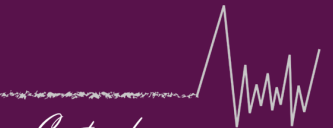


1.ª Bienal de Jurisprudência em Direito da Medicina

Cadernos da Lex Medicinæ
Lex Medicinæ Supplements


Centro de
Direito **Biomédico**


30
ANOS DE CDB

Cadernos da Lex Medicinæ

1.ª Bienal de Jurisprudência em Direito da Medicina atas



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



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



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

Ficha Técnica

Coordenação Editorial da Coleção

João Carlos Loureiro

André Dias Pereira

Carla Barbosa

Propriedade

Centro de Direito Biomédico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

Telef./Fax: 239 821 043

cdb@fd.uc.pt

www.centrodedireitobiomedico.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Cadernos da Lex Medicinæ n.º 1 · 2018

Execução gráfica

Ana Paula Silva

ISBN 978-989-8891-18-1

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

Sumário

Cadernos <i>Lex Medicinae</i> : Algumas Palavras em Torno de um Projeto Editorial	5	Consentimento Informado e Problemas Penais de Direito Médico	47
Introdução	7	Responsabilidade Civil Médica I	
Programa	9	Pressupostos da Responsabilidade Civil;	
Responsabilidade Civil Médica		Ilícitude e Culpa; Obrigações de Meios e Obrigações de	
I — Pressupostos da Responsabilidade Civil;		Resultado	55
Nexo de Causalidade	13	Responsabilidade Extracontratual do Estado e	
Problemas Penais do Direito Médico	27	Outros Entes Públicos e Funcionamento Anormal do	
		Serviço e Perda de Chance	73

CADERNOS *LEX MEDICINAE*: ALGUMAS PALAVRAS EM TORNO DE UM PROJETO EDITORIAL

João Carlos Loureiro

Cadernos da *Lex Medicinæ* é uma nova série que se centrará na publicação dos resultados de projetos de investigação ou de contribuições apresentadas em seminários, organizados no quadro do Centro de Direito Biomédico e/ou do antigo grupo (agora rebatizado de área) *Vulnerabilidade e Direito*, do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Regularizada a edição da revista, tendo sido publicado há alguns anos um número especial (dedicado à *IV EAHL Conference on European Law and Patient Safety*), entendemos que tem sentido e é oportuno criar uma linha centrada em temas. Às fontes de textos referidas poderão acrescer outras incursões no direito da saúde, num mundo onde partilha e circulação são palavras-chave.

A nossa proposta de criação desta nova coleção mereceu imediato acolhimento pelo Senhor Doutor André Dias Pereira, Presidente da Direção do Centro de Direito Biomédico. A Mestre Carla Barbosa assegurou o cuidado paciente da preparação dos textos, com a sua sabedoria tecida no construir de imprescindíveis pontes com os autores. Honrados, mais uma vez, com a chancela editorial do Instituto Jurídico, não queremos deixar de assinalar e agradecer a pronta disponibilidade do Senhor Doutor Aroso Linhares, Presidente do Conselho Coordenador. Este caderno de estreia é dedicado à *Bienal de Jurisprudência em Direito da Medicina*, es-

tando também já em fase de composição o n.º 2, consagrado a *Direito e Cancro*; o n.º 3, em princípio, reunirá as comunicações do Congresso *Saúde, novas tecnologias e responsabilidade: perspetivas contemporâneas*, sob o mote *Comemorando os 30 anos do Centro de Direito Biomédico*.

Procura-se, assim, um alargamento do território editorial com a assinatura CDB, até agora corporizado na *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, e em livros (em regra, em coleção desde as três obras com capas em vermelho e negro, próprias de um direito que, como a personagem de Stendhal na obra homónima, procura conquistar um lugar, aqui no quadro dos saberes jurídicos, até aos 25 títulos da coleção, primeiramente com a chancela da Coimbra Editora e agora da Petrony), sem prejuízo de título “robinsoniano” (*Genome Analysis: legal rules, practical applications: reports of the workshop*, 1992, Coimbra, 1994) ou de volumes ligados pelo vínculo de amiga e associativa celebração e da unidade temática (*Direito da Saúde — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, com a marca da Almedina). Nascidos de uma revista, os *Cadernos* não são, no entanto, uma publicação dessa natureza, não estando amarrados às obrigações de periodicidade, figurando antes no domínio dos “calhanários”, engenhosa e subtil classificação de Barbosa de Melo.

Uma breve referência ao título *Caderno*, que em inglês aparece, com bastante liberdade, como *Supplements*. A palavra cadernos reveste-se de plasticidade suficiente para acomodar escritos com diferente natureza e extensão. Mergulhando as suas raízes em *quaternus* (de quatro em quatro), evoca usos diversos que se adequam à natureza do empreendimento. Desde logo, o caderno é lugar de esboços, de desenhos, correspondendo ao caráter de alguns textos que, face a uma biomedicina frenética, se limitam a aproximações. O caderno é também um espaço onde se tomam notas e, assim, se deixam intencionalmente em branco folhas, recomendando generosidade no comprimento das margens (que o digital potencia), e convidando o leitor a um diálogo com os autores. O caderno (*Heft*, em alemão) abre para um suplemento (*Beiheft*), permitindo outras incursões que excederiam o número de páginas da revista. A ideia de caderno convoca também a do caderno de encargos da investigação, em termos coletivos ou pessoais. Cadernos de investigação, seguramente, não um exercício de literatura no registo de diário entendido como “um romance com uma só personagem” (Saramago, *Cadernos de Lanzarote: Diário — I*, 9) ou, mergulhando no século XIX, *Cadernos da Casa morta* (Dostoievski).

Por último, mas não menos importante: aproupe a *Kronos* traçar um outro elo de união entre o referido número especial da *Revista* (uma espécie de número 0 destes *Cadernos*) e o primeiro desta série. Com efeito, publicado em 2014, espelhava um evento que celebrava os 25 anos da fundação

do Centro de Direito Biomédico, a Conferência da prestigiada *European Health Law Association*, materializando firme empenho do Senhor Doutor Guilherme de Oliveira, pioneiro entre os pioneiros do Centro, que aqui também honramos, todos e cada um, na singularidade e na diferença das suas contribuições. Este primeiro *Caderno* apresenta também o tom engalanado da festa, agora dos 30 anos, sendo as velas símbolo de serviço prestado e tentativa de entrever o futuro, animados pelos ventos da reflexão intelectual séria que não os da efemeridade das modas. Preferimos antes a permanente monda do discurso e do texto, a revisão dos caminhos trilhados, os ensaios clínicos — aqui traduzidos na ideia de experimentação (“a experiência é mãe das cousas”) e na clínica (remetendo literalmente para um inclinar-se em registo de cuidado). Na barca entram cultores mais académicos e outros mais práticos; juristas e outros profissionais dedicados às artes no campo da saúde; autores consagrados e neófitos; nacionais e estrangeiros (mas não “estranhos”); irmanados pela língua portuguesa, na divers(un)idade dos seus sotaques ou pelo espanhol, nesta ibericidade que não traduz “jangada de pedra”, mas mundialização primeira cerzidora de continentes; ou ainda no mundo plural dos idiomas, um ecumenismo traçado num inglês reinventado pela necessidade esperançosa da comunicação.

Aos leitores caberá a próxima palavra sobre o sentido do projeto e também contributo não despiçando para o seu futuro.

Apresentação da Obra

ATAS DA 1.^a BIENAL DE JURISPRUDÊNCIA EM DIREITO DA MEDICINA

André Gonçalo Dias Pereira

Presidente da Direção do Centro de Direito Biomédico

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Numa organização conjunta do *Centro de Direito Biomédico*, do *Centro de Estudos Judiciários* e da *Ordem dos Advogados* reunimos em Coimbra especialistas em Direito da Medicina e Responsabilidade médica, em algumas das suas vertentes: a *responsabilidade civil no âmbito da medicina privada*, a *responsabilidade civil extracontratual do Estado e outros entes públicos no âmbito da medicina pública* e a *responsabilidade penal*, para além de mesas especiais sobre temas candentes como o *consentimento informado* e a *“perda de chance”*.

Tivemos a honra de contar, na abertura da Bienal, com uma conferência do Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, o Dr. António Henriques Gaspar, autor pioneiro desta temática que em 1978 publicou o artigo “A responsabilidade Civil do Médico”, na *Coletânea de Jurisprudência*, Ano III.

Foram apresentados e discutidos 28 casos da jurisprudência. Assistiram e participaram na discussão mais de 80 participantes — juízes, advogados e académicos — portugueses e estrangeiros, entre os quais 30 participantes brasileiros.

Durante a jornada de trabalho, verificou-se um debate franco e aberto, com advogados, magistrados, professores de direito e alguns médicos, num ambiente científico marcado pela liberdade e pela confiança, onde cada um pôde debater os casos selecionados pelos apresentadores, portugueses e brasileiros, os quais foram escolhidos pela sua reconhecida competência,

incluindo Juízes Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional.

A culminar esta jornada de trabalho contámos com notáveis conferências do Prof. Nelson Rosenvald, Promotor de Justiça de Minas Gerais e reputado autor nas áreas da responsabilidade civil no Brasil, e do Prof. Donal Nolan, Professor da renomada Universidade de Oxford, na Inglaterra.

Uma palavra de agradecimento é devida a todos os membros da Comissão Executiva, em especial aos representantes dos parceiros Ordem dos Advogados e Centro de Estudos Judiciários e ao dinamismo da Dr.^a Carla Barbosa, Secretária executiva do Centro de Direito Biomédico.

Uma palavra de apreço e publico reconhecimento ainda para os relatores da Bienal, mestrandos e doutorandos da FDUC: Dr. Abel Chicunha, Mestre Andreia Costa Andrade, Mestre Ana Lopes Chaves e Mestre Mafalda de Sá, cujo trabalho primoroso que alia a capacidade de síntese com o rigor jurídico permitem trazer até ao leitor esta obra.

É ainda de realçar o contributo da Fundação Luso Americana para o Desenvolvimento, Fundação Eng. António de Almeida e Direção Geral de Saúde essenciais, à realização deste encontro.

Se esta primeira edição decorreu com tanta qualidade, a tal não é alheia a experiência que parte da equipa organizadora já tinha das várias *Bienais* de

Direito da Família, que em boa hora o Senhor Prof. Doutor Guilherme de Oliveira lançou para aquele amplo e prático ramo do Direito.

Por isso, ao lançador de sementes e Presidente Honorário do Centro de Direito Biomédico, *Doutor Guilherme Freire Falcão de Oliveira*, dedicamos a publicação desta 1.ª Bienal de Jurisprudência em Direito da Medicina.

Coimbra, 17 de julho de 2018

André Gonçalo Dias Pereira

1.ª BIENAL DE JURISPRUDÊNCIA EM DIREITO DA MEDICINA

20 janeiro de 2017 · Hotel D. Luís · Coimbra

9h00m · Sessão de Abertura

SALA COIMBRA

Comunicação:

Juiz Conselheiro António Henriques Gaspar

Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Presenças confirmadas:

Procuradora-Geral da República

Prof. Doutor José Manuel Silva

Bastonário da Ordem dos Médicos

Dr. Rui Lopes | Ordem dos Notários

Dr. Paulo Guerra | Centro de Estudos Judiciários

Procurador-Geral Distrital

Dr. Carlos Diogo Cortes | Ordem dos
Médicos · Secção Regional do Centro
da Ordem dos Médicos

9h30 · 13h30

MESAS TEMÁTICAS

1. Responsabilidade Civil Médica

I – Pressupostos da Responsabilidade Civil;
Nexo de Causalidade

SALA DE CELAS

Presidente da Mesa:

Francisco Caetano | Juiz Conselheiro do STJ

Relatores:

Mafalda de Sá | Doutoranda da FDUC

Abel Chicunha | Mestrando da FDUC

Apresentantes:

Marcos Vinicius Coltri | Advogado

José Manuel Costa Galo Tomé de Carvalho

Juiz Desembargador

Paula Natércia Mendes Moreira Rocha

Juíza de Direito

Isabel de Matos Peixoto Imaginário

Juíza Desembargadora

Carlos Gabriel Donoso Castelo Branco

Juiz de Direito e Secretário do

Conselho Superior da Magistratura

João Pires da Rosa | Juiz Conselheiro

Jubilado (STJ)

Nelson Rosendal | Investigador

2. e 3.

Consentimento Informado e Problemas Penais de Direito Médico

SALA SANTA CLARA

Presidentes da Mesa:

Helena Moniz | Juíza Conselheira do STJ
 André Dias Pereira | Professor Universitário
 Diretor do Centro de Direito Biomédico

Relatores:

Andreia da Costa Andrade | Doutoranda da FDUC

Apresentantes:

Orlando Manuel Jorge Gonçalves | Juiz
 Desembargador · Tribunal da Relação de
 Coimbra

Andreia da Costa Andrade | Advogada estagiária e
 Doutoranda FDUC

Afonso Luís Torneiro Pedrosa | Advogado

Arthur Kullok | Doutorando FDUC

Luís Farinha Rosa | Procurador-Geral Adjunto ·
 Tribunal da Relação de Coimbra

Olga Maurício | Juíza Desembargadora do
 Tribunal da Relação de Coimbra

Catarina Fernandes | Procuradora da República

Maria Clara Sottomayor | Juíza do Tribunal
 Constitucional

Sephora Marchesini | Advogada

13h30

Almoço

14h30 · 17h30

4.

Responsabilidade Civil Médica I – pressupostos da responsabilidade civil; ilicitude e culpa; obrigações de meios e obrigações de resultado

SALA SANTA CRUZ

Presidente da Mesa:

Luís Filipe Pires de Sousa | Juiz Desembargador
 Tribunal da Relação de Lisboa

Relatores:

Ana Lopes Chaves | Advogada

Apresentantes:

Maria da Graça Trigo | Juíza Conselheira (STJ)

Cristina Isabel Santos Coelho Ferreira Neves
 Juíza de Direito

Maria Fernanda Almeida | Juíza de Direito

Filomena Girão | Advogada

Ana Elisabete Ferreira | Advogada

Gabriela de Fátima Marques | Juíza de Direito

5. e 6.

Responsabilidade Extracontratual do Estado e Outros Entes Públicos e Funcionamento Anormal do Serviço e Perda de Chance

SALA COIMBRA

Presidente da Mesa:

João Vaz Rodrigues | Advogado e Professor da U. Évora

Relatores:

Mafalda de Sá | Doutoranda da FDUC; Abel Chicunha | Mestrando da FDUC

Apresentantes:

Rafael Vale e Reis | Assistente convidado da FDUC e Advogado
Sérgio Nuno Coimbra Castanheira | Advogado
Higina Orvalho Castelo | Juíza Desembargadora no Tribunal de Relação Guimarães
Rute Teixeira Pedro | Professora Auxiliar da FDUP e investigadora do CIJE

18h00 · 18h30

Sessão de encerramento:

Presidente da Mesa

Prof. Doutor Sinde Monteiro | Professor da FDUC/CDB

Moderador:

Prof. Doutor João Loureiro – Professor da FDUC/CDB/IJ

Conferencista:

Donal Nolan - Professor of Private Law, University of Oxford

English cases on medical negligence

Comissão Executiva:

Álvaro da Cunha RODRIGUES, André DIAS PEREIRA, Carla BARBOSA, Carla MORGADO, Francisco CAETANO, Helena MONIZ, João Vaz RODRIGUES, Luís Filipe PIRES DE SOUSA, Mónica QUINTELA, Paulo SANCHO

Informações:

Centro de Direito Biomédico
Tel. 239821043 · E-mail: cdb@fd.uc.pt

Apoios:

Fundação Luso-Americana
Fundação Eng. António Eugénio de Almeida
Direção Geral da Saúde

11

Agradecimentos:

fundação
LUSO-AMERICANA
PARA O DESENVOLVIMENTO



Mesa 1

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

I — PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL; NEXO DE CAUSALIDADE

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

Relatores: *Mafalda de Sá* | Doutoranda da FDUC · *Abel Chicunha* | Mestrando da FDUC

CASO 1

APRESENTADO PELO DR. MARCOS VINICIUS COLTRI — ADVOGADO

A. **Identificação da decisão:** *recurso de apelação — Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo — 2.ª Câmara de Direito Privado*

B. **Palavras-chave:** *esterilização por laqueação das trompas — nova gravidez — consentimento informado — prova*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) A autora, mulher grávida pela terceira vez e com dois filhos vivos, pede à sua médica obstetra que proceda a uma esterilização através de laqueação das trompas.
- ii) O procedimento foi realizado no seguimento do parto.
- iii) Aproximadamente um ano e oito meses depois, a autora engravidou novamente.
- iv) O consentimento para o procedimento de laqueação não foi reduzido a escrito.
- v) De acordo com a prova testemunhal de outras mulheres seguidas pela mesma médica obstetra, todas elas foram informadas da possibilidade de, após a realização do procedimento de esterilização, poder ocorrer uma nova gravidez.

vi) A autora consultou um outro médico, a quem pediu que, durante o parto do seu quarto filho, procedesse a uma nova laqueação.

vii) A primeira intervenção de laqueação foi correctamente executada.

viii) É, ainda assim, possível que, no seguimento de tal procedimento, ocorra reanastomose espontânea das trompas, podendo a mulher voltar a engravidar.

2. O Direito

A esterilização voluntária no Brasil está regulada na Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996. O artigo 10.º exige que a pessoa em causa tenha capacidade civil plena e seja maior de vinte e cinco anos ou, pelo menos, com dois filhos vivos. É ainda necessário, que decorra um período mínimo de sessenta dias entre a manifestação de vontade e o acto cirúrgico. Durante esse período, deverá ser dado acesso a um serviço de acompanhamento com o intuito de desincentivar uma esterilização precoce.

A norma estabelece, ademais, que é condição da esterilização a redução a documento escrito e assinado da manifestação de vontade, após ser dada informação sobre os riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldade da reversão do procedimento e opções de contracepção reversíveis existentes.

3. A Decisão

A sentença do tribunal de primeira instância, confirmada em recurso, analisou as duas questões invocadas na petição inicial a título de causas de pedir, a saber, erro médico na execução da cirurgia de esterilização e ausência de informação.

Quanto ao erro médico, a decisão baseou-se na prova pericial realizada aquando do quarto parto e antes de se proceder à segunda cirurgia de esterilização, tendo sido pedida e concedida antecipação da produção de prova. O relatório pericial concluiu que a laqueação tinha sido correctamente executada e que a posterior reanastomose das trompas ocorreu espontaneamente, tratando-se de um efeito raro, mas possível e estatisticamente comprovado.

Em relação à ausência de informação, o tribunal entendeu que recaía sobre a autora o ónus da prova de que não lhe tinha sido transmitida uma informação completa sobre a cirurgia, em particular sobre o risco de reversibilidade espontânea do procedimento. Não só a autora não logrou em demonstrar a ausência de informação, como o tribunal tomou em consideração prova testemunhal, prestada por outras doentes, no sentido de que a ré as informou dessa possibilidade antes de realizar a cirurgia.

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

Esta decisão suscita, sobretudo, a questão da validade do consentimento e da sua prova. Estava em causa não o consentimento para a cirurgia em si, mas saber se se tratava de um consentimento informado, quanto à possibilidade de não se alcançar o resultado pretendido, que era não voltar a engravidar.

A quem compete o ónus da prova da existência de um consentimento informado, ao médico ou ao paciente? Entre nós tem-se entendido que deve caber ao médico, não só pelos conhecimentos técnicos de que dispõe, mas também porque a solução contrária exigiria ao paciente uma prova negativa e, por conseguinte, extremamente difícil.

Para além da questão do ónus da prova, a decisão é particularmente controversa pelo facto de se basear em prova testemunhal de outras doentes da médica. Estes testemunhos, relativos à informação que fora transmitida a outras doentes pela médica ré, foram valorados de modo a formular um juízo sobre o que provavelmente fora informado à autora. A admissibilidade desta prova é ainda mais contestável num caso em que é a própria lei que exige, como condição da intervenção, um consentimento por escrito.

A discussão realçou, ainda, a problemática em torno da materialidade do consentimento e a sua relação com a realidade. Na verdade, pode existir um consentimento por escrito que mais não é do que uma mera formalidade, tendo a paciente assinado sem a informação lhe ter sido transmitida de forma a que pudesse verdadeiramente assimilá-la. Em contraposição, é igualmente possível que, também na ausência de documento escrito, o médico tenha diligentemente informado o seu paciente de toda a informação relevante e este o venha negar. Nesta perspectiva, o que deve ser o consentimento — um documento formal ou uma realidade substancial?

De todo o modo, sustentar a prova do consentimento em testemunhas, que são muito falíveis, é deveras arriscado, sendo, contudo, certo que a lei portuguesa apenas exige consentimento por escrito em casos muito específicos.

CASO 2

APRESENTADO PELO DR. JOSÉ MANUEL COSTA GALO TOMÉ DE CARVALHO — JUÍZ DESEMBARGADOR

A. Identificação da decisão: *processo crime comum — 2.º Juízo do Tribunal Judicial de Portalegre*

B. Palavras-chave: *homicídio negligente — nexo de causalidade — interrupção do nexo causal — nexo causal objectivo*

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

- i) A 26 de Maio, o autor deslocou-se às urgências de um hospital por ter vindo a sentir progressivas dores no peito e dificuldades respiratórias.
- ii) O primeiro médico que o observou na triagem pediu exames radiológicos e bioquímicos.
- iii) Como dos últimos resultavam valores normais, não realizou um electrocardiograma e diagnosticou uma patologia gástrica, reencomendando o doente para a cirurgia geral.
- iv) Neste serviço, o doente foi visto por um segundo médico que receitou medicação e deu alta.
- v) Mantendo-se o estado de dor, o doente dirigiu-se, no dia seguinte, ao centro de saúde.
- vi) O seu médico de família e suspeitou da ocorrência de um enfarte agudo do miocárdio.
- vii) Encaminhou-o, de ambulância, para as urgências do hospital com uma carta de referência onde indicou essa suspeita e recomendou internamento.

viii) Chegado às urgências, foi visto por um terceiro médico que pediu exames bioquímicos, cujo resultado foi equivalente aos anteriormente realizados.

ix) Assim, e apesar da recomendação do médico de família, não realizou electrocardiograma e deu alta ao doente.

x) Já no dia 28 de Maio, o doente voltou ao centro de saúde, onde o médico de família, apesar de entender que o mesmo quadro se mantinha, não o voltou a reencomendar para as urgências, alertando, porém, que se o doente piorasse se deveria dirigir ao hospital.

xi) Nessa noite, o estado de saúde do doente piorou, acabando por falecer enquanto era transportado para o hospital numa ambulância.

xii) A autópsia determinou que a causa de morte foi um enfarte agudo do miocárdio.

2. O Direito

Estava em causa, nesta acção, o apuramento da responsabilidade criminal dos três médicos que estavam de urgência no hospital e que viram o doente em causa, tendo sido acusados, em autoria material e em concurso real, da prática de um crime de homicídio por negligência, na forma omissiva, nos termos do artigo 137.º, n.º 1, do Código Penal, com referência aos artigos 10.º e 15.º do mesmo diploma.

3. A Decisão

Quanto aos elementos objectivos do tipo de crime, entendeu o tribunal que a actuação dos três médicos não correspondeu à que lhes era exigida e que o resultado morte poderia não se ter produzido caso a actuação tivesse sido a correcta. Contudo, estabelecido este nexos causal, o tribunal questionou, separadamente, se haveria uma imputação

objectiva, isto é, se a conduta era susceptível de causar, por omissão, a morte da vítima.

O segundo médico foi absolvido, na medida em que actuou no seguimento de uma triagem que havia, embora erradamente, despistado a hipótese de um problema cardíaco e reencaminhado o doente com indicação de resolução de uma patologia gástrica. Nestas circunstâncias, a actuação do agente foi condicionada por um erro sobre a ilicitude que exclui a censurabilidade do facto.

O terceiro e último médico que assistiu a vítima foi condenado por homicídio negligente por omissão. A sua actuação mereceu particular censura pelo facto de ter sido precedida de um diagnóstico e de uma recomendação efectuados pelo médico de família. Exigia-se-lhe que tivesse efectuado um electrocardiograma e que tivesse procedido ao internamento do doente.

Já à actuação do primeiro médico não foi imputado o resultado morte, pois apesar de existir uma relação de causalidade naturalística, não se pode fazer um juízo de imputação objectiva, já que a posterior actuação do terceiro médico deu origem a uma interrupção do nexo causal. Nestas circunstâncias, interrompeu-se o processo de formação da vontade criminosa e o desvalor da sua actuação foi absorvido pelo perigo directo de produção do dano associado à conduta posterior. À final, a sua conduta foi subsumida no crime de ofensa à integridade física por negligência, nos termos do artigo 148.º, n.º 1, do Código Penal, já que a conduta aumentou o risco de realização do evento danoso e causou dores e mal-estar físico e psicológico.

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

A apresentação deste caso deu origem a um debate sobre a causalidade adequada, nomeadamente quanto à sua diferenciação em processo cí-

vel e em processo penal, quanto à sua suficiência enquanto critério de imputabilidade e quanto à sua aplicabilidade a vários intervenientes.

1. Quanto ao primeiro ponto, avançou-se a perspectiva de que em ambos os ramos do direito a causalidade adequada visa responder à mesma questão e é mobilizada através de um mesmo tipo de raciocínio. A diferença reside, apenas, no facto de em penal vigorar a presunção de inocência. De notar que, frequentemente, uma condenação em processo penal será a base para um processo cível.

2. Já quanto à questão da adequação do critério, a causalidade adequada tem vindo a ser contestada por ser desadequada para os casos de responsabilidade médica, tanto cível, como penal. A intervenção médica é particularmente moldada pelo risco. O próprio corpo humano é uma álea que pode, por si mesmo, alterar o resultado, independentemente da actuação médica ser a mais diligente possível. Ora, o critério da causalidade adequada pode conduzir a uma imputação do dano à conduta, globalmente considerada, mas falhar ao nível de uma imputação objectiva a um concreto indivíduo — e esta é que deve ser relevante. Assim, avançou-se a ideia de que devemos recorrer à causalidade adequada objectiva, sopesada por um critério do risco e atendendo às *leges artis*.

3. As intervenções médicas colectivas aumentam a dificuldade no apuramento do concreto nexo de causalidade. A tentação natural é considerar todos responsáveis pela totalidade do resultado, mas na realidade cada interveniente pode ter uma responsabilidade parcial do resultado final ou de um resultado intermédio ou simplesmente não ter responsabilidade nenhuma. Por outro lado, a pré-selecção de indivíduos potencialmente responsáveis, a título de réus/arguidos, pode deixar de lado outros intervenientes que seriam relevantes.

Por todas estas considerações, e outras, concluiu-se que, na apreciação do nexo causal, é fundamental a prova realizada no processo e o modo como o juiz a gere e valora. É necessário que os juristas e, em especial, os magistrados compreendam os conceitos médicos em causa e a realidade clínica subjacente. Como exemplo, a prova pericial é essencial, mas está dependente de serem feitas as perguntas certas às pessoas correctas. Depende, igualmente, da capacidade de isenção tanto das testemunhas, como dos intervenientes processuais no âmbito de processos mediáticos.

CASO 3

APRESENTADO PELA DRA. PAULA NATÉRCIA MENDES MOREIRA ROCHA — JUÍZA DE DIREITO

A) Identificação da decisão: *acção declarativa de condenação*

B) Palavras-chave: *responsabilidade extracontratual — cirurgia de colocação de prótese da anca — lesão nos nervos crural e ciático*

C) Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) A autora, acompanhada no seu centro de saúde, foi diagnosticada com coxartrose na anca direita.
- ii) Em virtude de um acordo de cooperação com um hospital privado, foi para aí reencaminhada.
- iii) Um médico ortopedista confirmou o diagnóstico e afirmou a necessidade de sujeição a uma cirurgia para colocação de prótese total da anca (artroplastia).

- iv) A cirurgia foi realizada no hospital privado, por dois cirurgiões ortopédicos.
- v) O pós-operatório durou seis dias, durante os quais apresentou algumas queixas, que foram desvalorizadas.
- vi) Nas consultas de seguimento, com diferentes médicos, a autora apresentava sempre as mesmas queixas e, inicialmente, os exames médicos estavam normais.
- vii) Nas últimas consultas, apresentava já uma marcha claudicante progressiva, com défice muscular no membro inferior direito.
- viii) Veio a ser diagnosticada uma lesão parcial e irreversível dos nervos crural e ciático.
- ix) Lesão esta que foi provocada pela intervenção cirúrgica.
- x) Conduzindo a marcha claudicante e desequilibrada, limitada mobilidade no pé direito, atrofia muscular no membro inferior direito, cansaço ao andar e dores na coluna.
- xi) A autora deixou de realizar algumas tarefas básicas, como conduzir, e não conseguiu retomar a actividade profissional.
- xii) Reformou-se por invalidez.

2. O Direito

A acção de indemnização foi proposta contra os dois cirurgiões, os médicos que a atenderam nas consultas de seguimento e a sociedade gestora do hospital privado. A sentença foi decidida com base nos pressupostos da responsabilidade extracontratual e com recurso ao artigo 70.º do CCiv.

3. A Decisão

Foi mobilizado o instituto da responsabilidade civil extracontratual pelo facto de a cirurgia apenas ter

ocorrido no hospital privado em virtude de um protocolo com o hospital público, não por escolha da doente.

Assim, e centrando-se na actuação do cirurgião que efectuou a operação, considerou-se existir ilicitude pela existência de lesão correspondente a ofensas à integridade física, tratando-se, portanto, da violação de um direito absoluto contido no direito geral de personalidade do artigo 70.º do CCiv. A lesão em causa é decorrente da intervenção cirúrgica a que a autora foi submetida, assim se estabelecendo o nexo de causalidade. Quanto à culpa, considerou-se não agir de acordo com a *leges artis* o cirurgião que, ao proceder a uma artroplastia total da anca direita, lesiona simultaneamente o nervo crural e o ciático.

A autora logrou fazer prova de que o médico realizou de forma deficiente ou errada o acto médico e que tal produziu o dano, condenando-se o réu a indemnizar a autora. Além dos danos patrimoniais, foram considerados os seguintes danos não patrimoniais: tristeza, angústia, frustração, desgosto, dores sofridas, incómodos ou dificuldades no seu quotidiano em face das limitações físicas de que ficou a padecer — conducentes a uma indemnização de 25.000 euros.

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

Esta sentença traz à colação a questão do nexo de causalidade, em particular as suas consequências ao nível de ónus probatório. Foi entendido que, logrando a autora a prova do nexo de causalidade entre o facto e o dano, deve caber ao médico afastar a ilicitude e a culpa da sua actuação. A teoria da causalidade adequada tem vindo a ser questionada, sendo certo que o nexo tem um papel de extrema relevância, assumindo a dupla função de fundamento e pressuposto da responsabilidade.

De um modo geral, concluiu-se que devemos aceitar que os pressupostos da responsabilidade civil não são conceitos estanques, antes dinâmicos e que devemos rever e estudar de modo a serem o mais possível adequados e operativos.

Como nota para o futuro, foi referida a possibilidade deirmos a abdicar da ideia de perseguir o agente, em prol de nos centrarmos no erro, visando, sobretudo, que ele não se repita. Esta pode ser ou não uma melhor via de avaliação da responsabilidade, mas o certo é que exigiria uma mudança de mentalidade.

CASO 4

APRESENTADA PELA DRA. ISABEL DE MATOS PEIXOTO IMAGINÁRIO — JUÍZA DESEMBARGADORA

A) **Identificação da decisão:** *acção declarativa de condenação — 8.ª Vara Cível de Lisboa*

B) **Palavras-chave:** *parto realizado tardiamente — responsabilidade contratual — responsabilidade extracontratual*

C) Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) A autora, mulher grávida, tinha o parto programado num hospital privado com o médico que seguiu a sua gravidez.
- ii) Este médico não integrava os quadros do hospital, sendo um médico externo.
- iii) A mulher chegou ao hospital à hora prevista, pelas 12 horas, tendo-lhe sido colocado um sensor da frequência cardíaca do feto, mas não um sensor de contrações.
- iv) Queixou-se de dores, para as quais foi administrada anestesia.

- v) As dores permaneceram e foram desvalorizadas.
- vi) Pelas 15h30, verificou-se uma desaceleração da frequência cardíaca fetal.
- vii) O registo cardiotocográfico do feto extravioou-se, mas diversos médicos testemunharam neste sentido.
- viii) A extracção fetal ocorreu apenas às 17h15.
- ix) O feto foi sujeito a um sofrimento sustido e prolongado decorrente de falta de oxigenação, desde as 15h30 até às 17h15.
- x) Como consequência da falta de oxigenação e da extracção não atempada, o bebé nasceu inanimado e com diversas lesões.
- xi) Tinha de ser alimentado por sonda, não chorava, não abria totalmente os olhos, tinha poucos movimentos e descoordenados.
- xii) Foi sujeito a diversas intervenções cirúrgicas e tratamentos.
- xiii) Passado três anos, acabou por falecer.

2. O Direito

Estavam em causa dois tipos de contrato. Por um lado, um contrato de prestação de serviços médicos entre os progenitores e o médico com a especialidade de ginecologia e obstetrícia, aplicando-se-lhe os pressupostos gerais da responsabilidade contratual. Por outro, o contrato com o hospital privado é um contrato misto de prestação de serviços médicos, paramédicos e de internamente, sendo tal entidade responsabilizada pela actuação dos seus profissionais de saúde por via do artigo 800.º, n.º 1, do CCiv.

Quanto à criança nascida e que veio a falecer, que também constava da acção como autor, recorreu-se ao instituto da responsabilidade

extracontratual.

3. A Decisão

Como questão prévia, a sentença determinou que os contratos supra referidos não eram extensíveis ao filho nascido, na medida em que, à data da celebração, era apenas um feto. Como tal, não tem personalidade jurídica e não é titular de direitos próprios, pelo que fica, igualmente, afastada a possibilidade de os seus pais terem actuado como seus representantes na relação contratual.

A actuação relevante era apenas a do médico, na qualidade de especialista de ginecologia e obstetrícia, pois competia-lhe a direcção e vigilância aquando do trabalho de parto, da realização do parto e do pós-parto. Os demais profissionais de saúde actuaram sob as suas instruções.

Quanto à responsabilidade, tanto contratual, como extracontratual, o tribunal considerou estarem preenchidos todos os pressupostos, condenando o réu aos seguintes montante indemnizatórios:

1. Danos não patrimoniais (i) do pai — €50.000; (ii) da mãe — €80.000 (superior pelo facto de ter abdicado da sua actividade profissional para dedicar-se em exclusivo a cuidar do filho) e (iii) do filho — €300.000.

2. Danos patrimoniais dos pais — €30.639,19. Não havia danos patrimoniais do filho, na medida em que todos os custos foram suportados pelos pais, não havendo lugar a danos futuros pelo facto de ter vindo a falecer na pendência da acção.

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

O caso suscitou considerações interessantes quanto à averiguação do preenchimento dos pressupostos dos dois tipos de responsabilidade.

1. Ilícitude

- a) Responsabilidade contratual: O ónus da prova de que o tratamento ou a intervenção foram omitidos ou que os meios utilizados foram deficientes ou errados, assim se concluindo por incumprimento da obrigação contratual, impende sobre os autores. No caso, o feto esteve sujeito a sofrimento fetal sustido e prolongado decorrente da falta de oxigenação, o que tem expressão na frequência cardíaca fetal. Assim, é manifesto que este dado não foi devidamente considerado pelo réu, o que conduziu à omissão de actos necessários e adequados à situação clínica, de tal modo que a posterior intervenção cirúrgica não foi tempestiva.
- b) Responsabilidade extracontratual: A actuação negligente do médico réu é ilícita por ter violado o disposto nos artigos 70.º, n.º 1, e 486.º do CCiv — violação de direitos de personalidade por omissão. O feto foi sujeito a falta de oxigenação, o que lhe causou um sofrimento sustido e prolongado e implicou directamente as lesões irreversíveis com que nasceu. Considerou-se que o bem jurídico protegido pelos direitos de personalidade é, em última análise, o próprio ser da pessoa e que o nascituro deve estar abrangido pela norma. É um ente humano com estrutura própria, ainda que funcionalmente dependente da sua mãe, encontrando apoio na letra do artigo 70.º, n.º 1, na parte em que se refere à protecção de “indivíduos”.

2. Culpa

- a) Responsabilidade contratual: Perante a divergência doutrinal quanto ao ónus da prova da culpa, considerou o tribunal que cabe ao médico demonstrar que utilizou, em tempo oportuno, todas as técnicas adequadas à situação. Neste

contexto, o critério do bom pai de família do artigo 487.º, n.º 2, do CCiv é substituído pelo critério do bom profissional da categoria e especialidade de devedor à data da prática do acto.

- b) Responsabilidade extracontratual: O ónus da prova impende sobre o médico, enquanto réu, sendo que do quadro factual dado como provado resulta demonstrado que a actuação médica foi culposa.

3. Nexo de causalidade e danos

O nexo de causalidade adequada implica sempre o exercício de um juízo de prognose objectivo formulado a partir das circunstâncias conhecidas e cognoscíveis a um observador experimentado. Também na responsabilidade contratual devem ser considerados os danos não patrimoniais, aplicando-se o artigo 496.º do CCiv. O autor tem direito a ser compensado pelas dores e sofrimento de que padeceu, assim como por ter sido privado do gozo da vida na sua plenitude, estando em causa danos irreversíveis e violação de direitos de personalidade.

CASO 5

APRESENTADA PELO DR. CARLOS GABRIEL DONOSO CASTELO BRANCO — JUIZ DE DIREITO E SECRETÁRIO DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

A) Identificação da decisão: *acção declarativa de condenação — 1.ª Vara Cível de Lisboa*

B) Palavras-chave: *responsabilidade contratual — afastamento da presunção de culpa - wrongful birth*

C) Os factos, o Direito e a Decisão1. *Os factos*

- i) Mulher grávida, autora, realizou várias ecografias com diferentes médicos.

- ii) A ecografia realizada às 12 semanas pelo médico réu não detectou nenhuma malformação.
- iii) Às 18 semanas um outro médico fez ecografia e sugeriu que a autora procedesse a uma ecografia morfológica.
- iv) Esta veio a ser realizada pelo réu às 21 semanas.
- v) As imagens desta ecografia sugeriram suspeita de desvio do coração da sua posição normal.
- vi) Este desvio é um dos elementos para o diagnóstico de hérnia diafragmática congénita (HDC) e que aconselharia a realização de um estudo aprofundado desta estrutura anatómica.
- vii) Do relatório desta ecografia consta a menção “aparentemente sem malformações”.
- viii) Às 30 semanas, uma nova ecografia morfológica foi realizada por um médico diferente, na qual se detectou uma HDC.
- ix) O diafragma, enquanto estrutura anatómica, contribui para que as vísceras não subam até ao tórax, sem o qual, apesar de o feto continuar a desenvolver-se, terá dificuldades respiratórias quando nascer.
- x) A HDC pode ser resolvida intrauterinamente ou nas 24 horas a seguir ao parto.
- xi) Detectada esta malformação, é pedido ao réu nova ecografia morfológica, que vem a confirmar o diagnóstico.
- xii) A autora pediu ao réu que interrompesse a gravidez, pedido por este recusado.
- xiii) A criança vem a nascer e, posteriormente, a falecer, ainda no mesmo dia, devido a hipoplasia pulmonar grave causada pela HDC.

2. O Direito

A acção foi intentada contra o médico por ter realizado exames sem a diligência necessária, omitindo o diagnóstico de malformação congénita (HDC) e contra tanto o médico, como o hospital pela recusa em proceder a uma interrupção da gravidez.

O tribunal socorreu-se dos pressupostos da responsabilidade civil contratual, embora quanto à culpa tenha lançado mão do artigo 487.º, n.º 1, do CCiv.

Quanto à interrupção voluntária da gravidez, relevava especificamente a alínea c) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, que dispõe que aquela é possível se “houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo”. De acordo com o artigo 20.º da Portaria n.º 741-A/2007, de 21 de Julho, a averiguação da existência da situação descrita compete a uma comissão técnica de certificação. O modo de consentimento informado está regulado na circular informativa n.º 20/SR, de 18/07/2007.

3. A Decisão

O acto médico em causa foi a realização de um exame ecográfico às 21 semanas de gravidez, que se consubstancia numa obrigação de meios. Do relatório desta ecografia não consta referência a um diagnóstico de malformação congénita, que veio, contudo, a ser detectada posteriormente, às 30 semanas de gravidez, por um outro médico.

A sentença considerou que tal omissão não corresponde a uma actuação ilícita, nem culposa, atendendo a que: (i) resultava do consentimento

informado assinado pela autora o facto de a ecografia ser uma técnica limitada; (ii) a detecção da anomalia em questão não depende apenas da formação do diafragma, mas também de outros indícios (tal como a presença de órgãos abdominais no tórax); (iii) o diagnóstico de HDC surge, em percentagem não desprezível, apenas em fase muito tardia da gravidez ou mesmo após o nascimento; (iv) não resultava dos autos nenhum elemento que pudesse fazer o médico réu suspeitar, aquando da realização da ecografia, da existência de HDC.

De todo o modo, não existia nexo de causalidade com o dano, pois os autores não demonstraram que se o réu tivesse detectado a HDC aquando daquela ecografia o dano não viria, com toda a probabilidade, a produzir-se. Também não demonstraram que se a HDC tivesse sido detectada antes das 24 semanas de gravidez a opção dos autores teria sido de realizar uma interrupção da gravidez.

Nem sequer se demonstrou que, se detectada atempadamente, se estaria em condições de realizar a interrupção da gravidez de acordo com o artigo 142.º, n.º 1, alínea c), do Código Penal e que a oportunidade de a realizar tenha sido perdida. Com efeito, mesmo que o diagnóstico tivesse sido feito antes das 24 semanas, não seria possível concluir que a anomalia fosse incurável, desde logo porque existem opções terapêuticas. Não é possível afirmar que aos autores tenha sido retirada a capacidade de poderem optar por interromper a gravidez.

Assim, declarou o tribunal a acção improcedente.

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

A primeira questão suscitada pela sentença foi a do tipo de responsabilidade em causa e o regime aplicável. A sentença afirmou que o autor pode

escolher o tipo de responsabilidade, contratual ou extracontratual, que lhe for mais favorável. Esta conclusão é relevante porque, se em relação à mãe era inequívoca a existência de um contrato de prestação de serviços, este não fora celebrado com o pai.

Uma particularidade foi a consideração de que, apesar de se tratar de responsabilidade contratual, o pressuposto da culpa não poderia ser aferido pela presunção do artigo 799.º, n.º 1, do CCiv, antes tendo de ser demonstrado por via do regime aplicável à responsabilidade civil extracontratual, nos termos do artigo 487.º, n.º 1 do CCiv.

Já quanto à questão ligada ao *wrongful birth*, a autora alega que lhe foi retirada a possibilidade de optar atempadamente pela interrupção voluntária da gravidez. Contudo, esta não está apenas dependente de um requisito temporal, em termos de semanas de gravidez, mas igualmente dependente de um determinado diagnóstico feito ao feto, exigindo-se que haja motivos médicos seguros para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita. Daqui resulta, para resolução destes casos, a questão fundamental de saber se a patologia em causa determina ou não a inviabilidade do feto.

CASO 6

APRESENTADA PELO DR. JOÃO PIRES DA ROSA — JUIZ CONSELHEIRO JUBILADO — STJ

A) Identificação da decisão: recurso de revista — Supremo Tribunal de Justiça

B) Palavras-chave: responsabilidade contratual — não detecção de malformações congénitas graves — interrupção voluntária da gravidez — *wrongful birth* — *wrongful life*

C) Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) Uma mulher grávida, segunda autora, dirigiu-se a uma clínica de radiologia para realizar ecografias.
- ii) Foram realizadas duas ecografias por médico com especialidade de ginecologia e obstetrícia, réu, respectivamente às 12 e às 19 semanas de gravidez.
- iii) Do primeiro exame concluiu-se existir uma gravidez normal com evolução favorável.
- iv) O segundo exame foi uma ecografia morfológica, a qual analisa toda a anatomia fetal e detecta a maioria das malformações graves.
- v) O segundo relatório ecográfico indica, novamente, um desenvolvimento normal do feto, com expressa menção de não terem sido evidenciadas anomalias morfofuncionais e de terem sido visualizados cabeça, coluna e membros.
- vi) As ecografias foram realizadas de acordo com os parâmetros exigidos.
- vii) Confiando no diagnóstico do réu, a segunda autora não repetiu o exame, nem adotou nenhum cuidado médico especial.
- viii) O filho, primeiro autor, nasceu com síndrome polimalformativa, em virtude do qual sempre padecerá de uma multiplicidade de patologias definitivas e irreversíveis.
- ix) De entre as quais a agenesia de ambos os antebraços e braços, hipogenesia dos membros, deficit de crescimento de 70%, dificuldades respiratórias e incapacidade de falar.
- x) O primeiro autor nunca poderá ter uma vida normal, estando absolutamente de-

pendente dos cuidados permanentes da segunda autora para a execução das mais básicas tarefas do quotidiano.

- xi) O seu desenvolvimento mental é, aparentemente, normal, o que o levará a ter progressivamente maior consciência das suas profundas malformações e correspondentes limitações.
- xii) Necessitará de acompanhamento clínico permanente e, para sua instrução e educação, serão necessários professores, técnicos e materiais especialmente direcionados ao seu estado clínico.
- xiii) Caso a segunda autora tivesse tido conhecimento das patologias do seu filho aquando da realização das ecografias, teria optado por interromper voluntariamente a gravidez.
- xiv) Após o nascimento do filho, a segunda autora deixou de ter emprego e dedica-se em exclusivo a cuidar do primeiro autor,
- xv) Tem, ainda, a seu cargo um outro filho mais velho e a sua mãe.

23

2. O Direito

O presente caso exigiu a mobilização de regras da responsabilidade contratual, conjugadas com as regras da interrupção voluntária da gravidez, em especial a alínea c) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal. Implicou, ainda e aprofundadamente, uma análise das categorias dogmáticas de *wrongful birth* e *wrongful life*.

3. A Decisão

O Supremo teve de se pronunciar sobre dois recursos de revista, interpostos, respectivamente, pelos réus e pelos autores, rejeitando ambos como improcedentes.

1. Recurso dos réus — pressupostos da responsabilidade contratual

A actuação do médico foi **ilícita** por violar o dever de cuidado aquando da execução do diagnóstico quanto ao desenvolvimento fetal. Atendendo à correcção dos meios empregues e à especial capacidade e preparação do réu, uma correcta leitura das ecografias deveria ter conduzido a um diagnóstico de malformações congénitas. O erro médico consistiu na deformada representação da realidade imagiológica decorrente das ecografias.

A presunção de **culpa** do artigo 799.º, n.º 1, do CCiv não foi ilidida.

A errada representação da realidade fetal contribuiu decisivamente para que a segunda autora levasse a gravidez até ao fim, tendo tal conduta possibilitado o nascimento da criança com as suas malformações. Este resultado não teria ocorrido se os relatórios ecográficos tivessem sido diligentemente elaborados, pelo que há **nexo de causalidade**.

O facto de ser legalmente permitido à primeira autora interromper a gravidez não consubstancia uma quebra do nexo de causalidade entre a conduta médica e o resultado. Pelo contrário, o facto de existir essa possibilidade legal integra o nexo causal, na medida em que o recurso a esta opção só é possível com base em informação adequada e obtida através de um acto médico.

Quanto aos **danos** a indemnizar, o Supremo, começando por afirmar a inexistência de um autêntico direito a interromper a gravidez, sublinha que é uma possibilidade concedida pela lei em certos casos. Em particular na previsão da alínea c) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, essa possibilidade assenta num juízo de certeza de que o feto padece de doença e/ou malformação, de tal modo que a interrupção consubstancia o único meio de tutela dos

interesses juridicamente protegidos.

Nestas circunstâncias, atendendo a que, se devidamente informada, a segunda autora teria optado pela interrupção da gravidez, o dano não se limita à não prestação de informação por parte do médico. Todos os custos adicionais resultantes da deficiência da criança nascida são danos patrimoniais que cabem dentro da obrigação de indemnizar.

2. Recurso dos autores — ressarcibilidade dos danos do próprio filho nascido

Antes de mais, o Supremo distinguiu a referida pretensão do caso de *wrongful birth*, pelo qual se aceita, se aceitou no caso concreto, responsabilidade médica pelos danos, suportados pela mãe, decorrentes da gravidez, e pelos danos decorrentes das necessidades especiais da criança nascida. O filho, enquanto tal, não tem uma pretensão autónoma por ser inadmissível a consideração do facto de se ter nascido como um dano (*wrongful life*).

Para tal militam diversos factores, desde logo a impossibilidade de quantificar o valor vida e as questões em torno da consideração de uma vida com deficiência como menos valiosa. Consagrar um “direito à não vida” levar-nos-ia, igualmente, a questionar outras situações, como a eutanásia e o suicídio. A protecção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, tal como constitucionalmente consagradas, opõem-se ao reconhecimento daquele direito. Admitindo uma pretensão autónoma da criança contra o médico, abrir-se-ia a porta para considerar a possibilidade de a criança intentar uma acção contra a sua mãe quando ela tivesse tido a oportunidade de interromper a gravidez.

Também em termos de pressupostos da responsabilidade não seria possível dar uma resposta

afirmativa. Por um lado, não existiu um facto ilícito e culposo que se pudesse considerar como causalmente ligado às malformações. Por outro lado, o filho nascido não era parte no contrato em causa, mas apenas a sua mãe. A invocação do instituto do contrato com eficácia de protecção de terceiro foi rejeitada, pois um feto, sem personalidade jurídica, não pode ser havido como terceiro.

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

O Juiz Conselheiro Jubilado Pires da Rosa votou vencido no caso em apreço, por considerar justificado o ressarcimento do filho pelos seus danos não patrimoniais próprios. A apresentação desenrolou-se em jeito de refutação dos diversos argumentos apresentados contra a admissibilidade da acção de *wrongful life*, seguida de uma discussão que mobilizou argumentos tanto a favor, como contra.

1. Direito à não existência: antes de mais, a problemática do reconhecimento a um direito a não viver, ou a não existir é extremamente sensível e de impossível consenso. É, todavia, concebível, em tese, reconhecer um direito à não existência, desde logo atendendo à possibilidade dada pelo legislador português no artigo 142.º do Código Penal, a qual coloca a vida nas mãos da mulher-mãe.

2. Relação contratual: este caso pode ser analisado sem recurso a um direito à não existência, mas tão-só com base na concreta violação contratual por parte do médico obstetra ao ler mal as ecografias.

Neste âmbito, e quanto à questão de saber quem era a parte visada no contrato, não é necessário recorrer ao instituto do contrato com eficácia de protecção para terceiro. O contrato em causa foi celebrado, não com uma qualquer mulher,

mas com uma mulher grávida e foi, aliás, celebrado precisamente pela sua condição de grávida. Nestas circunstâncias, a contraparte contratual é uma unidade constituída pela mãe e pelo seu feto. Enquanto durar a gravidez, são um só, ou seja, o feto já era relevante na relação contratual. O feto só se autonomiza e, concomitantemente, adquire personalidade jurídica com o nascimento com vida, porque só aqui deixa de estar dependente da sua mãe.

3. Direito do próprio feto: na perspectiva acima referida, a mãe e o seu feto foram, ambos e sendo um só, atingidos no seu direito de poderem optar pelo não nascimento, por uma mesma e única violação contratual. O direito que assiste ao filho não é outro nem é diferente, antes resulta daquela violação contratual, na parte em que atingiu o feto e já nessa altura existente. Vem, posteriormente, a autonomizar-se no património da criança quando ela nascer, passando a ser ele o único titular da indemnização. O nascimento autonomiza a criança, mas surge na continuidade da relação contratual previamente estabelecida.

Esta concepção tem em atenção o facto de o direito em causa ter um tempo muito limitado, especificamente definido no artigo 142.º do Código Penal. Esta norma dá à mãe a possibilidade de exercer um direito em nome e em representação do seu filho, que, na altura relevante para o seu exercício, é apenas um feto. Ora, um direito que só existe enquanto o filho é feto não pode, em nome de uma qualquer dignidade, ser deixado para uma altura em que ele já não é feto.

4. Natureza da obrigação: é discutível se a obrigação do médico era de meios, como decidiu o acórdão, ou de resultado. Ao realizar uma ecografia e fazer um diagnóstico com base nela, pode considerar-se que o médico se vincula a um resultado, que

é o de correcta interpretação da ecografia — nem que essa interpretação não permitisse afirmar mais do que a impossibilidade de observar o que quer que seja. Ora, no caso afirmou-se terem-se visto os braços de um feto, quando este feto nunca os teve.

5. Critérios de fixação do montante do dano: Quanto à fixação do montante do dano, o acórdão invoca as dificuldades que esse exercício implicaria, desde logo pela possibilidade de se considerar uma vida com deficiência como uma vida menos valiosa. É, desde logo, difícil saber que ponderação se deve fazer: contraposição entre não-vida e vida sem qualidade? Ou entre vida com qualidade e vida sem qualidade? Se na primeira emerge a questão de um direito à não-existência, na segunda pode objectar-se com ausência de nexo causal, já que, no caso *sub iudice*, as malformações não foram causadas pelo médico e ele nada poderia fazer para as eliminar. Isto é, uma vida com qualidade nunca foi uma hipótese real para esta criança.

Acresce que se pode alegar ser atentatório da dignidade do filho nascido considerar a sua vida com deficiência como um dano. Em contraposição, não será verdadeira indignidade recusar a este filho, pela via indemnizatória, uma quantia que lhe permita suportar o encargo da sua condição, precisamente de forma mais digna?

6. Titularidade dos danos patrimoniais: admitindo a ressarcibilidade dos danos do filho, seriam apenas os danos não patrimoniais. A total ausência de autonomia actual e futura faz recair sobre a sua mãe a necessidade de patrimonializar em si própria o montante de que necessitará para garantir a dignidade mínima da vida do filho.

Contudo, a atribuição destes montantes, que

visam despesas com a saúde, a educação e o bem-estar da criança à mãe pode ser um risco. Ao integrar o seu património, o montante indemnizatório não só fica à mercê da actuação da mãe, como fica exposto aos seus credores e, ainda, à eventualidade da morte da mãe, havendo outros sucessores. Discutiu-se, nesta sede, a possibilidade de a indemnização dever ser fixada sob a forma de renda e, bem assim, a necessidade de se repensar o instituto do *trust*, para acautelar estas situações e permitir a constituição de patrimónios separados.

7. Natureza da interrupção voluntária da gravidez: o debate não podia deixar de passar pela discussão em torno da natureza da interrupção voluntária da gravidez, mormente a sua consideração ou não como um direito da mulher e, nos termos supra expostos, até como um direito do feto. Questiona-se, ainda, se poderá ser concebido como um dever da mãe legitimador de uma pretensão ressarcitória de um filho contra a sua progenitora, pelo facto de ter nascido.

8. Prova da escolha pela interrupção voluntária da gravidez: um outro elemento essencial neste tipo de casos é o de saber se a responsabilidade para com a mãe, e ainda que apenas para com ela, poderá ficar dependente da alegação e demonstração de que, tivesse ela tido conhecimento das malformações do feto, teria optado pela interrupção da gravidez. Se, por um lado, pode ser difícil de provar, por outro pode ser tão fácil quanto aceitar a alegação da mãe. Fará sentido impor este requisito? Ou deverá esta prova ser dispensada, relevando tão-só o dano de remoção da possibilidade de escolha, ainda que não se possa saber que escolha teria sido feita?

Mesa 2

PROBLEMAS PENAIS DO DIREITO MÉDICO

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

Relatores: *Andreia Costa Andrade* | Doutoranda da FDUC

CASO 1

APRESENTADO PELO DR. ORLANDO MANUEL JORGE GONÇALVES | JUIZ DESEMBARGADOR DÓ TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

A. **Identificação da decisão:** *Acórdão da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra*

B. **Palavras-chave:** *homicídio, omissão, negligência, princípio da confiança, leges artis*

C. *Os factos, o Direito e a Decisão*

1. *Os factos*

- i) Foram submetidos a julgamento em processo comum, com intervenção do Tribunal Singular, os arguidos A, B, C, e D, todos médicos, imputando-se a cada um dos arguidos, como autores materiais, a prática de um crime de homicídio por negligência (por omissão), previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, 15.º e 137.º, n.º 1, todos do Código Penal.
- ii) Porquanto: no dia 25 de Setembro de 2004, a J sentiu-se subitamente indisposta, com náuseas e com fortes dores na zona da nuca e na cabeça, tendo sido conduzida pelas 21H45, em ambulância, ao Hospital, na companhia do marido.

iii) No percurso até ao hospital a J vomitou, já no Hospital foi atendida e observada pelo arguido A, que se encontrava no serviço de urgência a prestar serviço como médico. J apresentava vômitos, cefaleias e tonturas. Ainda informou o médico que sofria de Hipertensão Arterial, mas o arguido A limitou-se na respetiva ficha de atendimento a descrever os seus sintomas e sinais clínicos não realizou qualquer diagnóstico ainda que provisório em relação à doente nem solicitou a realização de qualquer exame.

iv) Perante os níveis de glicemia e sinais vitais, inscritos na ficha da doente, o arguido instituiu como terapêutica que lhe fosse administrada a seguinte medicação: «1f de Ranitidina diluída em 100cc de soro fisiológico; 1 f ev de Metoclopramida; 1 f ev de Buscopan». E mais tarde determinou a administração de 5mg de Adalat sublingual. Após a administração deste último fármaco verificou-se uma melhoria da sintomatologia apresentada pela doente (TA=132/89 mmHg; P = 79bpm – dados estes inscritos na ficha da doente).

v) Ainda assim, o arguido A sugeriu à paciente J a sua transferência para o Hospital, mas esta recusou e regressou ao respetivo domicílio, dando o arguido A indica-

ções aos familiares daquela que poderiam administrar-lhe «Brufen 400» para alívio das cefaleias. Já em casa, a J apresentou movimentos comprometidos aparentando um estado sonolento e cambaleante. Após medição da tensão arterial e novo contacto com o Hospital, o arguido A resolveu então optar pela sua transferência para o Hospital, para observação e para realização de análises, sem jamais fazer qualquer diagnóstico ainda que de presunção em relação à mesma. No Boletim de transferência o arguido manuscreeu as seguintes informações: que o seu diagnóstico foi em relação à doente «Má disposição, vômitos alimentares, cefaleias e tonturas, pálida» e que a mesma «Fez: Glicemia: 112; TA 148/105 P: 79bpm» e que havia sido medicada com «Metoclopramida», «Buscopan», «Ranitidina» e «Adalat» sublingual para a hipertensão arterial».

- vi) A J foi então transportada de ambulância para o Hospital, onde deu entrada pelas 00H30 do dia 26 de Setembro de 2004, e encaminhada para o serviço de urgência onde foi atendida pela arguida B. O boletim de transferência remetido pelo arguido A não chegou ao conhecimento dos médicos que assistiram a paciente J no Hospital.
- vii) Como a doente apresentasse vômitos à entrada no serviço, e bem assim náuseas, a arguida B após observar a doente e a indagar sobre os sintomas que apresentou anteriormente e que levaram à sua condução ao hospital, medicou a J com «Primperan» - medicamento destinado a prevenir ou evitar náuseas - e com soro fisiológico para uma eventual desidratação. Diagnos-

ticando-lhe um problema gastro-intestinal, manteve-a no serviço de urgência para observação e administração de soro para a desidratação. Também a arguida B não fez nem solicitou qualquer observação neurológica da J.

- viii) Foi com a referência de problemas gastro-intestinais que a doente foi depois transferida para o médico C, assistente de clínica geral, tendo este entrado ao serviço no mesmo hospital, pelas 00H00 do referido dia 26 de Setembro de 2004. Este arguido, também observou a doente, e recolheu junto desta informação sobre as razões da sua ida ao Hospital e sintomas que tinha apresentado anteriormente. Soube pela mesma e respectivos familiares da situação de súbita ocorrência de cefaleias intensas, náuseas, tonturas e vômitos. Soube da medicação anteriormente prescrita pela arguida B
- ix) Pelas 05H00 do referido dia 26 de Setembro de 2004, este arguido deu alta à J, uma vez que esta teria estado a dormir desde as 00H30, sem qualquer alteração do seu estado. Também este não efectuou qualquer diagnóstico ainda que de presunção, não obstante, ter observado a doente e ter tido acesso à sua ficha clínica e a informações prestadas pessoalmente pela mesma e pelos seus familiares.
- x) No boletim clínico o arguido C diagnosticou à J uma «dispepsia», e medicou a mesma com «Primperan». No percurso do hospital até casa a J apresentou um quadro de algas generalizadas e vômitos, razão pela qual regressou ao serviço de urgências do hospital, cerca das 5 horas e 30 minutos.

- xi) Pelas 9H00 da manhã a J foi conduzida numa cadeira de rodas à presença do médico de serviço, o arguido D, assistente graduado de clínica geral que se inteirou da ficha clínica da doente, efectuou observação da mesma e determinou que esta fizesse análises ao sangue, mas não realizou qualquer diagnóstico de encefalopatia hipertensiva, ainda que de presunção. Na presença deste médico a J voltou a vomitar.
- xii) Depois de ter verificado que não havia nenhum registo fora dos parâmetros de normalidade nos resultados das análises realizadas, este médico deu indicações à filha de J que iria dar alta a esta. Face às reservas apresentadas pela filha, em levar a mãe para casa, interpelando o arguido D no sentido de saber se não seria adequado sujeitar a sua mãe a uma T.A.C. (tomografia computadorizada craneoencefálica), o mesmo referiu que tais exames ali não se realizavam. Face à insistência dos familiares, D acabou por manter J em observação.
- xiii) Pelas 12H30, J apresentou um quadro de tremores seguido de cianose marcada dos lábios, mãos e dedos acompanhado de incontinência dos esfíncteres. Conduzida à sala de emergência, verificou-se que J sofreu paragem respiratória, tendo o médico de serviço requisitado a sua transferência imediata para o Hospital Central para realizar TAC e para observação em Neurologia (Neurocirurgia). A doente foi medicada com Manitol a 20%, Dexametasona, Dopamina e Haemacel e foi transportada já em coma e sob ventilação artificial.
- xiv) Deu entrada pelas 15H40, no Hospital

Central onde foi confirmado o diagnóstico de hemorragia subaracnoideia, revelando a TAC: «extenso hematoma lobar temporal direito, com rotura para o sistema ventricular e espaço subaracnoideu, condicionando efeito de massa e desvio das estruturas da linha média.».

- xv) Dada a gravidade da situação neurológica não foi possível encarar a hipótese de intervenção neurocirúrgica. A doente faleceu pelas 22 horas e 30 minutos do mesmo dia 26 de Setembro de 2004, sendo indicada como causa da sua morte «hemorragia sub-aracnoideia». A J sofria de hipertensão arterial estando devidamente medicada, facto este que os familiares comunicaram aos vários médicos que observaram aquela, e designadamente aos arguidos.

29

2. O Direito

As questões suscitadas pelo presente caso envolvem essencialmente a interpretação do tipo legal de crime de homicídio por negligência (por omissão), previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, 15.º e 137.º, n.º 1 todos do Código Penal.

3. A decisão

O Tribunal Singular, por sentença proferida em Julho de 2009 e confirmada pelo Tribunal da Relação de Coimbra, instado a pronunciar-se pelos arguidos C e D, decidiu:

- Absolver o arguido A da prática do crime de homicídio por negligência (por omissão), previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, 15.º e 137.º, n.º 1 todos do Código Penal que lhe era imputado na douda acusação pública;

- Absolver a arguida B da prática do crime de homicídio por negligência (por omissão), previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, 15.º e 137.º, n.º 1 todos do Código Penal que lhe era imputado na douda acusação pública.
- Condenar o arguido Jorge C pela prática do crime de homicídio por negligência (por omissão), previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, 15.º e 137.º, n.º 1 todos do Código Penal, na pena de 140 (cento e quarenta) dias de multa, à razão diária de € 20,00 (vinte euros), o que perfaz a quantia de € 2.800,00 (dois mil e oitocentos euros).
- Condenar o arguido D pela prática do crime de homicídio por negligência (por omissão), previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, 15.º e 137.º, n.º 1 todos do Código Penal, na pena de 150 (cento e cinquenta euros), à razão diária de € 20,00 (vinte euros), o que perfaz a quantia 3.000,00 (três mil euros).

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

Após a exposição dos factos e da decisão tomada e confirmada sobre eles, a discussão centrou-se sobre dois aspetos essenciais:

- A decisão de absolvição dos arguidos A e B da prática do crime que lhes era imputado pela acusação proferida pelo Ministério Público seria adequada tendo em conta que em sede de produção dos meios prova foi afirmado pelo Perito que no caso concreto e perante a sintomatologia apresentada, se imputa já a realização de TAC. A absolvição teve por fundamento a inexigência de actuação diferente por parte dos arguidos em causa visto que não dispunham de meios para a realização do dito exame.
- Em sede de recurso, os arguidos C e D fundamentaram as suas alegações com base na quebra do nexo de causalidade entre a sua conduta e o evento morte. A discussão centrou-se pois na conduta de cada um dos arguidos e contributo das mesmas para o desfecho, tendo sido introduzido nesta sede o Princípio da Confiança, as suas limitações e necessária articulação com as *leges artis* médicas.

CASO2

APRESENTADO (APRESENTADO PELA DRA. ANA ELISABETE FERREIRA — ADVOGADA E DOUTORANDA PELA FDUC)

A. Identificação da decisão: *Decisão da Secção de Instrução Criminal da Instância Central do Tribunal da Comarca de Viseu*

B. Palavras-chave: *crime de aborto, homicídio negligente, intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos com violação das *leges artis**

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- A assistente, A, estava grávida de gémeos, uma gravidez de risco, tendo-se deslocado várias vezes ao hospital e à maternidade. No dia 14 de Novembro de 2010, deu entrada no serviço de urgência do hospital, no serviço de obstetria com corrimento líquido, tendo sido observada pelo médico M, ora arguido, que depois de ter auscultado os corações dos fetos, disse estar tudo

bem e mandou a assistente para casa. A perícia médica realizada à posteriori também entendeu que não havia razão objectiva para internar a grávida.

- ii) Mais tarde, no mesmo dia, A deu entrada no mesmo serviço de urgência, com as mesmas queixas, tendo desta feita o arguido solicitado a uma enfermeira a realização de exames, após os quais encaminhou a assistente para a maternidade. Não foi efectuada ecografia fetal, mas não era obrigatória, não só porque a grávida estava bem estudada sob o ponto de vista ecográfico, mas também por a frequência cardíaca de ambos os fetos serem audíveis.
- iii) Já na maternidade, um dos fetos nasceu sem vida e o outro morreu 17 minutos após o nascimento, sendo que a morte do segundo ficou a dever-se ao longo período que o primeiro permaneceu sem vida no interior da barriga da assistente.
- iv) Em face da prova documental, pericial e testemunhal produzida em sede de inquérito, o Ministério Público proferiu despacho de arquivamento dos autos.
- v) A assistente requereu a abertura de instrução, fase facultativa do processo criminal que visa a comprovação judicial da decisão que

2. O Direito

O circunstancialismo concreto do caso implicam a interpretação dos tipos legais previstos e punidos nos artigos 140.º, n.º 1 e 150.º, n.º 2 ambos do Código Penal, respetivamente um crime de aborto e de intervenções médicas com violação dolosa das *leges artis*.

3. A Decisão

A assistente requereu a abertura de instrução, fase facultativa do processo criminal que visa a comprovação judicial da decisão que pôs termo ao inquérito, determinando no caso concreto o arquivamento. Perante a prova produzida, o Juiz de Instrução criminal concluiu que a morte de qualquer um dos fetos não poderia ser imputada ao arguido. Todas as testemunhas e pareceres técnicos foram unânimes em concluir que o Dr. M, ora arguido quer no primeiro, quer no segundo episódio de urgência, utilizou os procedimentos correctos e que se impunham, não existindo qualquer violação de *leges artis*, nem qualquer negligência médica, pelo que proferiu despacho de não pronúncia.

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

Após a exposição dos factos e da decisão tomada sobre eles, a discussão na sessão centrou-se sobre os elementos probatórios relativos ao primeiro episódio de urgência, disponíveis nos autos e desconsiderados para efeitos de apreciação do crime de violação dolosa das *leges artis* nos termos do artigo 150.º, n.º 2 do C.P.. De facto, desde logo, foi afastado o enquadramento dos factos pela perspectiva do tipo de ilícito criminal de aborto. A questão mais debatida pelos auditores foi antes a não consideração da realização de mais exames ou transferência da assistente para hospital central a fim de os realizar, já que seria impossível realizá-los naquele serviço, mas determinante para em concreto avaliar o verdadeiro estado dos fetos. Saber se essa transferência cabia ou não no conceito de *leges artis* e se consistia a não transferência uma violação das mesmas, foi pois o foco principal da sessão de debate.

CASO2

APRESENTADO PELO DR. ARTHUR KULLOK — DOUTORANDO FDUC

A. Identificação da decisão: *Acórdão da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra*

B. Palavras-chave: *recusa de médico, tipo objectivo, dolo de perigo, direito de queixa*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) No presente caso, A, o denunciante que entretanto se constituiu assistente, apresentou queixa contra B, médico especialista de oftalmologia, imputando-lhe responsabilidades pela cegueira no seu olho direito, sem aludir a um específico tipo legal de crime. De facto, o paciente foi acompanhado pelo médico oftalmologista em três consultas, tendo na última delas constatado a cegueira e encaminhado para a médica de família.
- ii) Findo o inquérito, e depois de considerar que os factos investigados seriam susceptíveis de integrar, em abstrato, o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos p. e p. pelo artigo 150º n.ºs 1 e 2 do Código Penal, pelo Ministério Público foi proferido despacho em que, declarando extinto, por prescrição o procedimento criminal, determinou o arquivamento dos autos.
- iii) Não se conformando com o teor de tal despacho, A requereu a constituição de assistente (que entretanto foi admitida) e a abertura de instrução, pugnando pela pronúncia do arguido por um crime de re-

cusa de auxílio médico p. e p. no artigo 284º do Código Penal.

- iv) No âmbito de processo disciplinar que decorreu junto da Ordem dos Médicos, o Conselho de Especialidade de Oftalmologia emitiu parecer em que conclui pela culpa do médico. Considera o Conselho que no acto da primeira consulta ocorrida em 10 de Agosto de 2004, nada fazia supor ter havido qualquer erro ou acto negligente pois a conduta técnica é a correcta. Na segunda consulta datada de 27 de Abril de 2005 considera incorrecto que perante uma situação em que o glaucoma no OD ao doente não tenha ficado marcada consulta para o máximo de uma semana depois. Menciona o referido parecer que não é aceitável que uma situação com uma gravidade destas o doente só tenha sido observado 5 meses depois ou mesmo naquela altura transferi-lo de imediato para uma estrutura hospitalar com carta de referência. Tal procedimento só veio a ser feito na consulta de 14 de Setembro de 2005, quase cinco meses depois e considera completamente desajustada a transferência do processo para a médica de família, pois poderia e devia-se logo enviar o doente directamente para o hospital, deixando os processos burocráticos para depois.
- v) A decisão de não pronúncia proferida pelo Juiz de instrução criminal no término da Instrução, considerou que não resulta indiciariamente preenchido o necessário elemento subjectivo do crime de recusa de médico p. e p. art. 284º do C. P., visto que se trata de um crime doloso, bem como o crime de intervenções e tratamento médi-

co p. e p. art. 150º do C.P., pois ambos os casos se exige como elemento subjectivo do tipo, o dolo ainda que em qualquer das suas modalidades. E qualifica-se juridicamente a conduta do arguido como subsumível ao crime de ofensas à integridade física por negligência, agravadas pelo resultado, p. e p. art. 148º n.º 1 e 3 do C.P. Porém, considerou-se ainda que o referido crime depende de queixa, tratando-se o crime previsto no art. 148º n.º 1 e 3 do CP um crime semipúblico e nesta medida porque a queixa foi apenas apresentada em 5 de Março de 2010, tinha já passado os seis meses que a lei prevê para a sua apresentação, desde a notificação do Assistente do Parecer do Colégio de especialidade de oftalmologia, a 26 de Junho de 2009.

2. O Direito

O caso concreto suscitou a apreciação da vertente processual e formal dos factos, procurando aferir se verdadeiramente havia decorrido prescrição do procedimento criminal em relação aos crimes de recusa de médico (art. 284º do CP) e de ofensa à integridade física agravada pelo resultado (art. 147º do CP).

3. Da Decisão

Independentemente da questão de saber se nos presentes autos se estaria (ou não) perante um crime de ofensa à integridade física por negligência p. e p. pelo artigo 148º n.º 1 e 3 do Código Penal, e depois de analisados os documentos constantes dos autos e mencionados na decisão recorrida, considerou que o prazo de seis meses para o exercício do direito de queixa se iniciou com a notificação feita ao ofendido em 26/06/2009, concretizada

através da assinatura do AR respeitante à carta registada que continha o despacho de acusação do arguido (no âmbito do processo disciplinar do Conselho Disciplinar da Ordem Médicos). De modo que, independentemente do desfecho final que e quando venha a ter o procedimento disciplinar, ao ter apresentado a queixa que deu origem aos presentes autos apenas no dia 05/03/2010, resulta para o tribunal *ad quem* que essa apresentação foi após o prazo legal de 6 meses a que alude o n.º 1 do artigo 115º do Código Penal, prazo esse que havia terminado em 26/12/2011. Naquela data (05/03/2010) já havia caducado o referido prazo, pelo que a queixa foi extemporaneamente apresentada. Faltando, pois, uma condição de procedibilidade – a apresentação de queixa dentro do prazo imposto por lei – jamais o arguido poderia ser pronunciado pelo crime de ofensa à integridade física p. e p. no artigo 148º n.ºs 1 e 3 do Código Penal, crime este que, como dizemos no item anterior, reveste natureza semipública.

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

Além da questão relativa à efetiva prescrição ou não do procedimento criminal pelo enquadramento possível no crime de ofensas à integridade física agravada pelo resultado, de recusa de médico ou de intervenções médico-cirúrgicas com violação dolosa das *leges artis*, a discussão centrou-se nas propostas de alteração da lei apresentadas pelo orador, tendo em conta o regime estabelecido pelo regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, a Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro. De facto, foi entendimento geral que este regime, conjugado com a denúncia obrigatória prevista no artigo 242º do Código de Processo Penal, deveria determinar a

obrigação de denúncia pela Ordem dos Médicos, em face da conclusão do processo disciplinar pela culpa do médico.

CASO 4

APRESENTADO PELO DR. LUÍS FARINHA ROSA – PROCURADOR GERAL ADJUNTO — TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

A. Identificação da decisão: *Acórdão da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra*

B. Palavras-chave: *ofensa à integridade física por negligência — acto médico — imputação objetiva do resultado*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) No dia 22 de Junho de 2006, C desempenhava as funções de carpinteiro quando ao apertar uma castanha da cofragem metálica de uma pilar, soltou-se um estilhaço que se introduziu no seu olho direito, tendo-lhe provocado fortes dores. Transportado ao serviço de urgência, queixando-se de ter sido atingido no olho direito por um estilhaço metálico que estava a montar, pelo que lhe foi atribuído a prioridade laranja pela enfermeira da triagem por traumatismo ocular penetrante.
- ii) De seguida o C foi observado pelo arguido, médico especialista em oftalmologia, que prestava serviço no Hospital como assistente de oftalmologia, que procedeu à visualização directa do referido olho e, após, prescrever antibióticos, penso oclusivo, cicloplégico e corticosteroides dando alta ao doente no mesmo dia com indicação de re-

correr aos serviços clínicos da companhia de seguros no dia 26 de Junho de 2006.

- iii) O arguido fez constar no registo de observação clínica do doente que o mesmo apresentava laceração conjuntival e hiferna do OD, não tendo feito quaisquer referências às circunstâncias em que ocorreu o traumatismo referido pela enfermeira na triagem e reafirmado pelo doente ao arguido aquando da sua observação, nem fez constar o resultado de qualquer exame oftalmológico efectuado, nomeadamente do fundo ocular, bem como não procedeu à realização de qualquer exame complementar de diagnóstico, nomeadamente, radiografia do globo ocular, TAC ou ecografia ocular.
- iv) Face ao agravamento das dores, no dia 26 de Junho de 2006, o C dirigiu-se à Clínica L onde funcionavam os serviços médicos da companhia de seguros para quem a sua entidade empregadora havia transferido a responsabilidade por acidentes de trabalho. Ali foi-lhe recomendado, depois de ter entrado em contacto telefónico com o arguido, que também ali prestava serviço como médico especialista em oftalmologia, para se dirigir às Urgências do Hospital o que ele fez de imediato.
- v) No serviço de Urgência o ofendido foi observado pelo Dr. H assistente graduado de oftalmologia, que constatou que o doente tinha uma endoftalmite, tendo requisitado uma radiografia da órbita, através da qual detetou um corpo metálico intra-ocular no OD do ofendido. De seguida medicou o doente com antibiótico sistémico e or-

denou a transferência para os Hospitais da Universidade de Coimbra, com vista a ser submetido a intervenção cirúrgica. Nesse mesmo dia, foi realizado uma TAC e uma radiografia ocular, tendo resultado que o doente apresentava “OD – Corpo estranho intra-ocular na cavidade vítrea inferior, às 7h com 96h de evolução e endoftalmite, membrana inflamatória espessa, pupilar, com sedusão e edema da córnea”. No mesmo dia, o doente foi submetido a extração do corpo estranho intra-ocular com electroíman, via para plana e foi efectuada antibacteriana terapia tópica e sistémica. Após a cirurgia e depois da observação oftalmológica, foi concluído que o doente apresentava membrana inflamatória na câmara anterior catarata e organização do vítreo por endoftalmite. Por essa razão, no dia 30 de Junho de 2006, o ofendido foi submetido a uma faco facofagia e a uma vitrectomia posterior.

- vi) No dia 9 de Julho de 2006, o ofendido teve alta daquele hospital quando já apresentava ausência da percepção luminosa e a existência de um descolamento total da retina com vitreorretinopatia proliferativa de grau D3, sem solução cirúrgica, (cegueira do olho direito e sinais de inflamação geral).
- vii) Após aquela data o ofendido continuou a necessitar de tratamento médico, pelo que passou a ser acompanhado na Clínica L, pelo arguido até 28 de Setembro de 2006, continuando sem percepção luminosa do OD e uma acuidade visual de 9/10 sem correção do OE, sendo o prognóstico do OD praticamente nulo.

viii) Em 16 de Outubro de 2010, o ofendido foi observado pelo Dr. J médico especialista de oftalmologia na Clínica de M em Coimbra, apresentando ausência de visão do OD, hemorragia da camara anterior e posterior e uma leve inflamação revelando uma acuidade visual do OE 10/10, tendo sido medicado com gotas anti-inflamatórias. O ofendido voltou a ser observado pelo Dr. J no dia 7 de Novembro de 2006, permanecendo o OD sem visão, com hemorragia intra-ocular em reabsorção e uma baixa de visão do OE de 4/10 com edema da papila e da mácula desencadeado pelo processo inflamatório geral.

- ix) Em consequência da inflamação geral que atingia o OE, o doente foi medicado com elevadas doses de cortisona e no dia 29 de Novembro de 2006, submetido a anucleação (remoção) do olho cego e colocada uma prótese artificial em sua substituição. Por outro lado em Janeiro de 2007, o OE ainda revelava um edema macular apresentando por fim, em 2 de Dezembro de 2008, uma acuidade visual do OE de 9/10, sem lente data em que teve alta clínica.
- x) Consideradas as queixas apresentadas pelo doente/ofendido, a indicação feita na triagem de traumatismo ocular penetrante e, conforme as regras da praxis médica, que o arguido bem conhecia, perante qualquer traumatismo ocular, o arguido podia e devia ter feito um interrogatório pormenorizado sobre as circunstâncias em que ocorreu o traumatismo, bem como, não tendo sido possível a visualização directa de um corpo estranho intra-ocular, podia e devia o arguido ter procedido a exames comple-

mentar de diagnóstico que o detectariam, designadamente radiografia do globo ocular, TAC ou ecografia ocular.

- xi) Ao não proceder desta forma provocou um atraso de 4 dias na detecção e remoção do corpo estranho no OD, agravando por isso o risco de complicações, nomeadamente infecciosas que tiveram como consequência as lesões descritas e discriminadas nos relatórios periciais, as quais foram causa directa e necessária de 894 dias de doença sendo 21 dias com afectação da capacidade de trabalho geral e 112 dias com afectação da capacidade profissional, tendo ainda resultado doença particularmente dolorosa e a perda de um importa órgão, no caso, o OD.

36

2. Do Direito

O caso em análise suscita a aplicação de normas de Direito Penal, nomeadamente as concernentes à prática de crimes negligentes e não apenas na determinação dos requisitos formais que determinam a responsabilidade civil em resultado de acto médico.

3. Da Decisão

Acusado o arguido, médico no serviço de urgência, pela prática de um crime de ofensa à integridade física por negligência, p. e p. pelo art. 148.º, n.º 1 e 3 do CP, foi o mesmo condenado numa pena de 200 dias de multa à taxa diária de € 25,00. Foi ainda condenado o Centro Hospitalar onde foi prestada assistência médica ao doente/vítima do crime, no pagamento da quantia de € 50.000,00 a título de danos não patrimoniais, acrescida dos juros de mora legais e ainda da quantia de € 88.305,78 a título de danos patrimoniais pela incapacidade para o trabalho, acrescida dos juros de mora legais.



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

Importa pois reflectir sobre a noção de negligência constante do art.10.º do CP, sem olvidar a imputação de um resultado danoso a uma omissão de dever segundo as *leges artis*, na medida em que essa omissão aumentou ou incrementou um risco proibido, sem sequer ser necessário ter a certeza do tratamento adequado e omitido. Dito de outro modo, só não será censurável plenamente por negligência uma omissão que tenha sido questionada que de facto não tenha aumentado, incrementado ou criado um risco proibido para o bem jurídico protegido pelo tipo de ilícito.

CASO 5

APRESENTADO PELA DRA. OLGA MAURÍCIO — JUÍZA DESEMBARGADORA — TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

A. Identificação da decisão: *Acórdão da 4.ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra*

B. Palavras-chave: *recusa de médico; violação das leges artis; potenciação do risco*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) No dia 20 de Maio de 2007, o assistente D teve um acidente de viação, quando o veículo automóvel onde seguia se despiu e foi embater contra um muro. Devido aos ferimentos sofridos, foi socorrido e transportado pelo INEM ao hospital. Apresentava traumatismo do membro superior direito, com fracturas. Deu entrada nos serviços de urgência do Hospital, foi-lhe atribuída prioridade vermelha, com queixa

inicial de “acidente de viação com esfacelo do braço direito” e “hemorragia exsanguinante”. Foi encaminhado imediatamente para a sala de emergência. Aí, foi observado pelo médico especialista em cirurgia geral Luís, assistido pela enfermeira Cátia. Foram colocadas talas a imobilizar membro superior direito, que se apresentava sangrante. Foi efectuado raio-x ao tórax e ao membro superior direito. Foi-lhe colocada sonda nasogástrica, por se apresentar nauseado. Foi-lhe administrada medicação e identificado esfacelo grave do membro superior direito com fractura exposta e muito complexa do cotovelo. Encontrava-se estável a nível hemodinâmico e foram excluídas lesões traumáticas crâneo-encefálicas, abdominais ou torácicas que pusessem em perigo a vida do assistente nos momentos ou horas imediatas e excluídas lesões passíveis ou a carecer de tratamento por cirurgia geral.

- ii) Assim, após observação, dada a inexistência de lesões do foro de cirurgia geral e a necessidade de tratamento das lesões descritas por ortopedia, foi encaminhado para esta especialidade. Nessa noite, no serviço de urgência de ortopedia do hospital encontravam-se de serviço o arguido Carlos e o arguido Alexandre, médicos especialistas em ortopedia, aos quais coube toda a observação do assistente e a determinação da assistência médica e da medicação a efectuar. Os dois arguidos não pertenciam aos quadros do hospital e iam aí prestar serviço de ortopedia através da empresa H, sendo inclusivamente esta empresa que procedia à sua selecção, recrutamento, or-

ganizava a escala de serviço e pagava aos médicos, não exercendo qualquer controlo quanto à forma como o serviço era efectuado, dentro da instituição hospitalar. No serviço de urgência não existia a especialidade de cirurgia plástica. Após observação, foram identificadas pelos arguidos no membro superior direito do assistente as seguintes lesões: fractura exposta grau III do cotovelo, fractura do terço inferior diáfise umeral, fractura multiesquilorosa supra e intracondiliana do úmero, fractura cominutiva do terço proximal do cúbito, fractura do taciculo radial, lesão do nervo radial e esfacelo extenso com perda considerável de substância da região posterior do cotovelo.

- iii) A descrita fractura exposta de grau III constitui uma urgência ortopédica e, segundo a boa prática médica, deve ser imediatamente (logo de início) estabilizada com osteotaxia e sujeita a limpeza cirúrgica (desbridamento), feita mediante anestesia e no bloco operatório. Esse tratamento deve ser efectuado no mais curto espaço de tempo possível, sendo de preferência efectuado antes de decorridas 6 horas. O decurso do tempo sem o tratamento descrito potencia o aparecimento de lesões seque-
lares e ficam também potenciados os riscos hemorrágicos, neurológicos e infecciosos, sendo que a taxa de infecção chega a atingir 40%, na ausência de tratamento. O afastamento desses riscos e lesões só podia ser efectuado com a realização imediata da cirurgia que inclui a limpeza cirúrgica e a estabilização da fractura mediante a colocação de fixadores provisórios no membro

superior direito, ainda que a imobilização com tala gessada, a limpeza da ferida feita com soro e desinfectante e a administração de antibiótico diminua, temporariamente, esses riscos.

iv) Observado o assistente, foram efectuados penso, limpeza e lavagem da ferida e imobilização gessada do membro superior direito. A final, os arguidos não efectuaram o internamento imediato do assistente em ortopedia para ser sujeito a cirurgia para limpeza cirúrgica e para estabilização da fractura com osteotaxia, quando o deviam e podiam ter feito, porquanto tinham conhecimentos para tal e existiam todas as condições para o efeito, decorrido que fosse o prazo de seis a oito horas após a ingestão de alimentos. Resolveram, antes, transferi-lo para os Hospitais da Universidade de Coimbra por entenderem que carecia de cuidados de cirurgia plástica. Antes da transferência, não diligenciaram no sentido de averiguar se estes hospitais dispunham dessa especialidade. O serviço de urgência dos HUC não tinha cirurgia plástica entre as 0h e as 9h.

v) Pela 1h 20m, foi transportado em ambulância medicalizada, com acompanhamento pelo enfermeiro Ricardo, aos Hospitais da Universidade de Coimbra, onde chegou às 2h05m. Foi observado em cirurgia geral pela médica interna que lhe deu alta e pediu orientação pelos colegas de ortopedia. Foi, então, encaminhado para o serviço de ortopedia onde se encontrava de serviço, na qualidade de chefe de equipa de ortopedia, o arguido José, especialista em ortopedia.

vi) Como o assistente foi sem qualquer contacto prévio do hospital de Aveiro, o arguido José falou telefonicamente com o arguido Alexandre que lhe afirmou que lhe enviava o assistente porque carecia de cuidados de cirurgia plástica. Informou o colega de Aveiro que o serviço de urgência dos Hospitais da Universidade de Coimbra não tinha cirurgia plástica entre as 0h e as 9h e que, se o tivesse contactado previamente, não se teria justificado esse envio. Disse-lhe ainda que, após avaliação do assistente, se não se justificasse uma acção emergente da parte da equipa de ortopedia dos Hospitais da Universidade de Coimbra lho iria devolver e reforçou a necessidade de o mesmo ser operado e de lhe serem aplicados fixadores externos.

vii) Posto isto, o assistente regressou de ambulância ao hospital de Aveiro, onde chegou às 5h 28m. É encaminhado para o serviço de urgência de ortopedia onde ainda se encontravam em funções o arguido Carlos e o arguido Alexandre e o enfermeiro Ricardo. Estes dois arguidos não efectuaram novamente o internamento imediato do assistente em ortopedia para ser sujeito a cirurgia para limpeza cirúrgica e para estabilização da fractura com osteotaxia, quando o deviam e podiam ter feito, porquanto tinham conhecimentos para tal e existiam todas as condições para o efeito. Resolveram, antes e tão-só, prescrever medicação e deixar os cuidados médicos a prestar ao assistente, designadamente, a realização da cirurgia e a estabilização com osteotaxia, para os colegas da nova equipa do serviço de urgência de ortopedia que entraria de

serviço às oito horas da manhã.

- viii) Às 8 horas, houve mudança na escala da equipa médica no serviço de urgência de ortopedia e entraram ao serviço o médico especialista em ortopedia Miguel e o médico especialista assistente graduado em ortopedia José, que pelas 9h 15m, decidiu pelo internamento imediato do assistente em ortopedia para ser sujeito a cirurgia. A cirurgia teve início às 9h 25m, e nela intervieram como operador o médico Manuel e como ajudante, entre outros, o referido médico Miguel. Foram efectuados limpeza e desbridamento cirúrgico, osteotaxia do úmero e encavilhamento do cúbito.
- ix) Foi sujeito a nova operação em 28/06/2007 e a outra operação em 27/07/2007, primeiro para estabilização definitiva das fracturas e posteriormente para remoção da osteotaxia mantida. Teve alta a 8 de Agosto de 2007. Foi tratado na Clínica C de 23/10/2007 a 15/05/2008, data da alta definitiva. Aí foi operado novamente em 21/11/2007 e em 27/02/2008. Fez fisioterapia para recuperação da mobilidade e força muscular. Em 11/03/2009, constata-se consolidação da fractura do úmero com placas e parafusos, fractura do cotovelo que teve perda de osso no rádio e no cúbito e grandes perdas de partes moles, pseudoartrose grave do cotovelo com instabilidade articular e rigidez na extensão que só atinge 120°.
- x) Em 14/10/2010, foi sujeito a exame médico-legal, constatando-se que o assistente apresentava as seguintes lesões: cicatriz com depressão profunda e perda de massa muscular, abaixo do cotovelo, no

terço superior da face posterior do antebraço com 14cmx12cm, que inclui enxerto cutâneo; apenas 30° de extensão e cerca de 90° de flexão do antebraço; atrofia muscular do braço e do antebraço; três cicatrizes operatórias verticais, no braço, a maior com 15cm, posterior, do terço médio ao cotovelo; cicatriz operatória no antebraço, no terço médio do bordo lateral com 9,5cmx1,5cm. O assistente ficou, assim, com sequelas que afectam de modo grave a utilização do seu corpo e a sua capacidade de trabalho, para além de o desfigurarem de forma grave e permanente.

- xi) Os arguidos representaram o perigo de grave lesão da integridade física do assistente, tinham consciência da indispensabilidade e da adequação dos cuidados médicos que deviam ter prestado e omitiram e, dessa forma, violaram o dever que lhes incumbia de proceder de imediato a limpeza cirúrgica e à estabilização da fractura com osteotaxia e de, assim, prestar a concreta assistência médica que se lhes impunha de acordo com o conjunto de regras recomendadas pela ciência e técnica médicas, e, não obstante isso, conformaram-se com esse perigo, demonstrando uma atitude de indiferença perante a situação.
- xii) O Tribunal de primeira instância decidiu condenar os arguidos Alexandre, Carlos e José nas penas de, respetivamente, 10 meses de prisão, substituída por 300 dias de multa à taxa diária de 15 €, 10 meses de prisão, substituída por 300 dias de multa à taxa diária de 15 €, e 5 meses de prisão, substituída por 150 dias de multa à taxa diária de 15 €, pela prática de um crime de

recusa de médico, do art. 284º do Código Penal.

2. Do Direito

O caso em análise suscita a análise e aplicação do tipo legal de crime previsto e púnico pelo artigo 284.º do Código Penal, havendo que ponderar os elementos do tipo objetivo, ou seja a conduta de recusa do auxílio, o perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outra pessoa, que não possa ser removido de outra maneira.

3. Da Decisão

O Tribunal da Relação entendeu que os arguidos sabiam que, na situação concreta, conhecidas as lesões e a situação de perigo, os únicos cuidados médicos susceptíveis de eliminar esse perigo eram a sujeição a cirurgia para limpeza cirúrgica e a estabilização com osteotaxia e que tinham o dever específico de os prestar, por ser a única forma de afastar tal perigo e por terem os conhecimentos para os prestar. Os arguidos Alexandre e Carlos e José não prestaram esses cuidados médicos imediatos quando o assistente entrou no hospital de Aveiro pela primeira vez e no hospital de e comportamento omissivo que os mesmos arguidos tiveram quando assistiram o assistente pela segunda vez quando, reenviado de Coimbra, nada fizeram e o deixaram para a equipa médica seguinte, sendo que foi esta que veio a realizar tal cirurgia cerca de onze horas depois da produção das lesões e da entrada do assistente no Serviço de Urgência do Hospital de Aveiro. Os arguidos representaram o perigo de grave lesão da integridade física do assistente, tinham consciência da indispensabilidade e da adequação daqueles cuidados médicos e ao não os terem prestado quando o assistente regressou ao hospital de Aveiro os arguidos Alexandre e Carlos,

dessa forma, violaram o dever que lhes incumbia de proceder de imediato a limpeza cirúrgica e à estabilização da fractura com osteotaxia e de, assim, prestar a concreta assistência médica que se lhes impunha de acordo com o conjunto de regras recomendadas pela ciência e técnica médicas, e, não obstante isso, conformaram-se com esse perigo, demonstrando uma atitude de indiferença perante a situação. Agiram livre, voluntária e conscientemente, bem sabendo que as suas condutas eram punidas e proibidas pela penal. Pelo que, decidiu absolver o Arguido José da prática do crime de recusa de médico e da condenação em indemnização civil, em que havia sido condenado; e condenar os arguidos Alexandre e Carlos pela prática de um crime de recusa de médico, condenar cada um deles na pena de 6 meses de prisão, substituídos por 180 dias de multa, à taxa diária de €15.

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

Na sessão, após a apresentação dos factos e da decisão que compõem o caso, foi analisada à luz das *leges artis* médicas a conduta dos médicos aqui arguidos, sendo unânime o entendimento de que se tratou de uma violação, visto que optaram pela transferência do paciente para outro serviço hospitalar a fim de realizar uma intervenção considerada secundária sem que tenham actuado, como era seu dever, de modo a reduzir o perigo para a vida e para a integridade física do assistente. De facto, considerou-se que este o elemento chave para a integração do crime de recusa de médico, pois a conduta omissa é evidente e incrementou um risco para os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico-criminal.

CASO 6

APRESENTADO PELA DRA. CATARINA FERNANDES — PROCURADORA DA REPÚBLICA

A. Identificação da decisão: *Acórdão da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra*

B. Palavras-chave: *homicídio por negligência grosseira, violação das leges artis*

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

- i) Maria, de 59 anos, obesa, hipertensa, diabética tipo II insulínica dependente, tomava medicação com antiagregantes plaquetares, fumadora. Era seguida numa clínica privada, por A (a sua médica assistente). No final do ano de 2006, fez exames complementares de diagnóstico, dos quais resultava que tinha uma “volumosa massa de limites bem definidos com 7,7cmX5,6cm de conteúdo líquido e gordura sugestiva de teratoma no ovário esquerdo”, além de um quisto no ovário esquerdo.
- ii) A encaminhou-a para o Serviço de Ginecologia do hospital distrital a fim de ser submetida a ressectoscopia para polipectomia e manter vigilância clínica e ecográfica do quisto. Em 07/01/2007, Maria foi internada no Serviço de Ginecologia, tendo sido recebida pela médica A (sua médica assistente). Em 10/01/2007 (quarta-feira), cerca das 08:15 horas, Maria foi submetida a ressectoscopia para polipectomia, pelo médico B. Do relato operatório resulta que foi encontrado “volumoso pólipó endometrial ocupando toda a cavidade endome-

trial e estendendo-se até ao istmo, tendo sido realizada uma histerotomia de 7cm, dilatação do canal cervical até à vela número 10, tendo-se procedido a polipectomia por histeroscopia”.

- iii) Acontece, porém, que, no decurso do procedimento cirúrgico ocorreu uma perfuração no útero, uma lesão no recto, laceração da vagina e ruptura do quisto no ovário. Nesse mesmo dia (10/01/2007), cerca das 12:00 horas, Maria regressou à enfermaria, referindo queixas algícas abdominais ligeiras. Às 15:00 horas, não apresentava perdas temáticas vaginais e estava ansiosa por fumar. Às 16:00 horas não estava no leito, porque tinha ido fumar. Às 17:00 horas alimentou-se sozinha e mostrou-se satisfeita. Às 17:30 horas queixou-se de dores abdominais moderadas, tendo-lhe sido administrado analgésico. Às 18:30 horas continuava a queixar-se de dores e não quis jantar. O médico B mandou administrar 5u de atropina e 1 amp de diclofenac IM. Durante a visita, Maria referiu aos familiares que tinha dores e vomitou na sua presença, uma substância de cor verde/castanha. Na noite de 10 para 11 /01/2007, Maria esteve aparentemente calma, dormindo por períodos, mas mantinha dores intensas, abdómen timpanizado, sem perdas hemáticas vaginais.
- iv) Na manhã de 11/01/2007 (quinta-feira), Maria mantinha o mesmo quadro (dores nível abdominais e no epigastro nível 10 e abdómen timpanizado), apesar de lhe ser administrado diclofenac 75mg via IM. Pelas 12:20 horas, foi administrado buscopan EV e 2 microclisteres via anal, por indicação da médica C (interna), sob orien-

tação da médica D (chefe de enfermaria). Às 13:00 horas, a estimulação intestinal não tinha surtido efeito, nem a analgesia e a doente mantinha-se apelativa, hiperglicémica e recusava alimentar-se. Às 14:20 horas, foi administrado 1 amp de Nolotil, via endovenosa, por indicação da médica C, sob orientação da médica D. Apesar disso, Maria manteve as mesmas queixas. Às 18:00 horas, Maria foi observada pela médica E (especialista em serviço de urgência), acompanhada pela médica C, que notou “doente com comportamento alterado, agressiva, com dores abdominais dispersas e timpanismo; recusou medicação (paracetamol) prescrita; foi observada, evidenciando agressividade e não tendo deixado efectuar o exame físico necessário, razão pela qual foi prescrito enteroclor e diazepam 10 mg im; contacta-se psiquiatra”. C, por indicação de E, mandou suspender alimentação, colocar soro e determinou uma análise à glicemia, constatando que estava muito elevada (235mg/dl), bem como solicitou que a doente fosse observada por psiquiatra e endocrinologista, o que sucedeu.

- v) No mesmo contexto, C determinou análises bioquímicas urgentes. Pelas 21:59 horas, chegaram os resultados das análises, de onde constava o marcador Creatin Kinase (CK) alterado e E viram os resultados das análises, mas nada determinaram. Na noite de 11 para 12 /01/2007, Maria esteve aparentemente mais calma, dormindo por períodos, mas mantinha dores intensas, abdómen timpanizado, sem perdas hemáticas vaginais e teve pequeno vômito biliar. Na

manhã de 12/01/2007 (sexta-feira), Maria mantinha o mesmo quadro (dores nível abdominais e no epigastro nível 10 e abdómen timpanizado), apesar da medicação. Às 11:00 horas foi administrada terapêutica SOS, devido às dores. Às 12:00 horas, foi observada pela médica A, que notou: “doente muito indisciplinada, sendo difícil de controlar a alimentação; contacto endocrinologista”. Foi observada por endocrinologista, que alterou a prescrição.

- vi) Durante a tarde, manteve-se o mesmo quadro (dores, apertava e com falta de apetite) teve um vômito abundante, de características biliares. Às 16:30 horas, a médica A voltou a observar Maria, e notou “2º DPO; apirética; muito queixosa, com dores abdominais generalizadas; Não obstante a estimulação, transito intestinal não restabelecido; Altero tabela de acordo com esquema insulínico prescrito por endocrinologista; dada a comorbidade da doente, de acordo com CDT realizada em 31/10/2006, fica sob controlo clínico e ecográfico; marco ecoaria e consulta de ginecologia geral para 31/05/2007”. Às 17:30 horas, Maria mantinha dor moderada a nível abdominal e do estômago e tinha reacções defensivas, mostrando-se muito debilitada. Pelas 18:00 horas de 12/01/2007, perante a médica A e na presença dos seus familiares, Maria manifestou intenção de assinar alta com termo de responsabilidade, argumentando que, “se era para morrer, queria ir morrer a casa”.
- vii) Pelas 19:00 horas, trouxeram-lhe o documento respectivo, no qual a sobrinha de Maria escreveu “solicito a alta apesar de indicação médica em contrário”, a pedido

de Maria que não conseguia escrever, sendo que Maria apenas assinou, com grandes dificuldades. Às 19:30 horas foi removido cateter e suspenso soro, sendo que a doente mantinha. As mesmas queixas algícas. Às 21:00 horas abandonou o serviço, numa ambulância. Às 22:00 horas, Maria chegou a casa. Às 23:00 horas, Maria foi observada por F, seu médico de família, a quem referiu as mesmas dores abdominais e desconforto geral e apresentou hemorragia ginecológica.

- viii) Pelas 00:00 horas de 13/01/2007, Maria piorou subitamente: dificuldades de locomoção, discurso desconexo, voz baixa e arrastada; por diversas vezes, vomitou uma água escura, acastanhada, com aspecto e cheiro a fezes. Pela manhã desse mesmo dia, Maria foi novamente observada por F: estava em estado comatoso/inconsciente e foi encaminhada para o Centro de Saúde, onde chegou cadáver, pelas 13:30 horas. Do relatório de autópsia resulta que a morte de Maria foi devida à perfuração do útero, à lesão no recto e à laceração da vagina, lesões essas causadas no decurso da ressectoscopia a que tinha sido submetida e que por não terem sido, como deviam, detectadas e devidamente tratadas, evoluíram para peritonite.

2. Do Direito

O caso implica a apreciação dos elementos do tipo legal de crime de homicídio por negligência grosseira, previsto e punido no artigo 137.º, n.º1 e n.º2 do Código Penal.

3. Da Decisão

O inquérito foi arquivado relativamente ao médico B. As médicas A, C e E foram acusadas, pela prática de um crime de homicídio por negligência grosseira, previsto e punido no artigo 137.º, n.º1 e n.º2 do CP. A, C e E requereram a abertura de instrução, que tendo sido admitida determinou a não pronúncia, por se entender que o processo clínico da doente foi atípico e imprevisível, que a actuação/omissão das arguidas não foi causa da morte de Maria e que a morte ocorreu em virtude de Maria ter abandonado o hospital, de o seu estado se ter agravado subitamente depois disso, e de ter sido impossível a actuação dos médicos. O Ministério Público recorreu. O Tribunal da Relação de Coimbra não deu provimento ao recurso e manteve a decisão de não pronúncia.

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

43

Os factos expostos foram apreciados no enquadramento legal do crime de homicídio por negligência grosseira, previsto e punido pelo art. 137.º, n.º1 do Código Penal. A análise centrou-se pois na verificação dos pressupostos do tipo de ilícito, mas não foi olvidado o facto de em momento algum se enquadrar a factualidade em sede da cláusula de exclusão da ilicitude estabelecida no art. 150.º, n.º1 do Código, como seria expectável.

CASO 7

APRESENTADO PELA DRA. ANDREIA DA COSTA ANDRADE — ADVOGADA E DOUTORANDA FDUC

A. Identificação da decisão: *Acórdão da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra*

B. Palavras-chave: *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos; leges artis; dolo; negligência; violação do dever de cuidado*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) A 25 de novembro de 2011, A... deu entrada no bloco operatório do Centro Hospitalar (...) para colocação de banda gástrica.
- ii) Por não ter sido possível visualizar a ponta do “goldfinger” pelo estômago que era muito volumoso e por dificuldade de pneumoperitoneu adequado concluiu-se pela impossibilidade de colocação da banda gástrica.
- iii) Entretanto foi lacerado um pequeno vaso aquando da abordagem à pars flácida o que causou hemorragia, laqueando-se com agrafos.
- iv) A Dra. I... diligenciou pela lavagem peritoneal e aspiração, realização da prova de estanquicidade com soro e betadine, verificação de inexistência de extravasamento do líquido utilizado para a cavidade abdominal, e colocação de dreno abdominal para drenagem de soro e sangue. Tendo a doente ficado sob vigilância.
- v) Pelas 14.00h. do dia 26 de novembro, o enfermeiro E... observa 400 cc na drenagem de conteúdo do dreno e contactou Dra. M... , a qual ficou de contactar o médico assistente. A Dra. I... constatou drenagem com conteúdo hemático e ar, e não mais contactou a doente.
- vi) Entretanto estava a parte respiratória nos 94% de saturação tendo sido colocada sonda nasal por parte da enfermeira F... fican-

do a doente com saturação de 98%, bem como por esta foi verificado drenos e penosos, tendo verificado vestígios de sangue.

- vii) Pelas 22.00h. ocorre um pico de febre associada à saída de 400 cc de sangue com ar. Intervêm Dra. M... e Dra. H... e como procedimento é dada medicação para a febre e dores e administrado o corante azul de metileno pelas 23.00h. Pelas 2.00h foi verificada a inexistência de qualquer saída de metileno.
- viii) Pelas 5.00h. foi verificada a inexistência de qualquer saída de metileno, apesar do mau estar da doente. Pelas 6.00h. a doente é observada, detectandose hipertensão, taquicardia, e hipertermia, diminuição da saturação de oxigénio e azul de metileno no dreno.
- ix) Ao longo do pós-operatório é verificado dreno com conteúdo hemático e ar de 400 cc até às 22h. do dia 26 e 1000cc pelas 00.00 do dia 27, dor abdominal, diminuição de saturação de oxigénio, agitação psico-motora, hipotensão, vestígios de sangue, dispneica, apelativa e mau estar. É efectuada laparotomia exploradora por suspeita de perfuração de víscera oca e consequente reparação, e pelas 8.00h. Dr. Q... Colocou cateter central, tendo a doente entrado em paragem cardíaca.
- x) Às 8.40h. A... falece devido a perfuração gástrica aguda complicada de peritonite produzida no contexto da operação cirúrgica aludida.

2. Do Direito

No caso *sub judice*, importa determinar se os

factos provados consubstanciam a prática do tipo de crime p. e p. pelo artigo 150.º, n.º 2, ou pelo artigo 137.º, n.º 1, ambos do Código Penal.

3. Da Decisão

No termo do inquérito o Ministério Público proferiu Despacho de Arquivamento por entender que *«compulsados os autos e, designadamente os elementos probatórios reunidos de natureza clínica, extrai-se dos mesmos o entendimento de que, na presente situação, houve um estudo prévio e um acompanhamento certos e uma prática operatória e de seguimento de A... corretas. Os quais afastam a ocorrência no presente caso de eventual omissão do dever de cuidado ou de violação das denominadas legis artis, seja por acção seja por omissão, por parte dos vários intervenientes hospitalares, entre estes se contando médicos, enfermeiros e demais pessoal a prestar serviço no Centro Hospitalar de (...) , EPE, que, porventura, tivesse causado a morte de A... »*. Os Assistentes apresentaram requerimento de abertura da Instrução imputando às médicas intervenientes na 1ª cirurgia, pós-operatório e 2ª intervenção cirúrgica, I... e M... , a prática do crime de homicídio negligente p. e p. pelo artigo 137º, n.º 2 do Código Penal e do crime de omissão de tratamento médico-cirúrgico por violação das *legis artis* p. e p. pelo artigo 150º, n.º 2, do mesmo Código. Finda a Instrução foi proferido Despacho de Pronúncia por se entender que: *«Não cuidaram as arguidas de detectar a tempo, os efeitos da perfuração gástrica aguda, nem em face disso realizar a prova da estanquicidade gástrica com azul de metileno, quando haviam tido em consideração tal perfuração ao procederem à lavagem peritoneal e aspiração e colocação do dreno de soro e sangue. Bem como no pós-operatório não diligenciaram tempestivamente pela realização de TAC, análises ou intervenção cirúrgica, por ser de prever que em face da perfuração surgisse um agravamento a reparar com urgência»*. Apresentado o caso

à apreciação do Tribunal da Relação de Coimbra, entendeu-se que *«...apontando a prova indiciária recolhida, tanto no inquérito como na instrução, no sentido de que as arguidas agiram com respeito pelas regras técnicas adequadas aos procedimentos exigíveis, impunha-se a não pronúncia das arguidas»*. Pelo que, se revogou *«a decisão instrutória, na parte em que pronunciou as arguidas I... e M... pela prática de um crime de homicídio por negligência inconsciente p. e p. pelos artigos 137º, n.º 1 e 15º al. b) do Código Penal»*.

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

Na discussão, incidente sobre da factualidade e da decisão tomada em cada fase do processo penal sobre a mesma, durante a sessão procurou-se determinar se os factos provados consubstanciam a prática do tipo de crime p. e p. pelo artigo 150º, n.º 2, ou pelo artigo 137º, n.º 1, ambos do Código Penal. Antes de mais importa demonstrar que não existe um verdadeiro concurso de normas entre os dois tipos legais. A aplicação do artigo 150º, n.º 2 do CP pressupõe a compreensão dos requisitos previstos no n.º 1 do mesmo artigo. Elemento fundamental de ambos são as *legis artis* médicas. De facto, o tipo de crime do artigo 150º, n.º 2, do CP, corporiza crime doloso, exigindo que o médico conheça e deseje a violação das *legis artis* e, para além disso, conheça e queira a criação do perigo previsto naquela norma. Diferente é o caminho para a aplicação do tipo legal de crime do 137º, n.º 1, visto que no campo de análise de comportamento negligente, o cumprimento das *legis artis* afasta inexoravelmente qualquer averiguação quanto à observância, ou não, do dever de cuidado, por ser de entender, por força do art. 150º, n.º 1, do CP, que se trata de um comportamento irrelevante para o direito penal.

Mesas 2 e 3*

CONSENTIMENTO INFORMADO E PROBLEMAS PENAIIS DE DIREITO MÉDICO

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

Relatores: *Mafalda de Sá* | Doutoranda da FDUC · *Abel Chicunha* | Mestrando da FDUC

CASO 1

APRESENTADO PELA DRA. SEPHORA MARCHESINI — ADVOGADA

A) Identificação das decisões: **(A)** *recurso de revista — Supremo Tribunal de Justiça;* **(B)** *recurso de apelação — Tribunal da Relação de Lisboa*

B) Palavras-chave: *consentimento informado — obrigação de informação — riscos previsíveis e sérios*

C) Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

(A)

- i) O autor, em virtude de um acidente no exercício da sua profissão de pedreiro, ficou com uma entorse lombar e uma hérnia discal.
- ii) Consultado pelo réu, médico da especialidade de neurocirurgia, foi inicialmente tratado através de medicação.
- iii) Revelando-se a medicação ineficaz, o réu aconselhou a realização de cirurgia lombar

com vista a extirpar a hérnia discal e eliminar a dor ciática.

- iv) Realizada a cirurgia, permaneceram, contudo, as queixas de dores.
- v) O réu aconselhou nova intervenção cirúrgica com o intuito de eliminar a persistente dor ciática.
- vi) Também esta não logrou atingir a finalidade terapêutica, subsistindo as dores lombares, que lhe impossibilitam o desempenho da sua actividade profissional.
- vii) As dores não foram consequência da errada execução das cirurgias, tendo o réu actuado com os melhores cuidados possíveis e segundo as *leges artis*.
- viii) Sempre foi comunicado ao autor, pelo réu, que a intervenção cirúrgica era o único meio adequado a corrigir a lesão resultante do acidente.
- ix) Além de que era de realização simples e apresentava um quadro bastante favorável de recuperação.
- x) Nunca lhe foi referido pelos médicos que o seguiram que da mesma poderia resultar um agravamento da sua situação.

* Os seguintes casos pertencem às Mesas 2 e 3, cujas apresentações decorreram de manhã, mas apenas foram apresentados à tarde, a seguir às apresentações das Mesas 5 e 6.

(B)

- i) O autor, electricista, foi diagnosticado com astigmatismo visual e miopia.
- ii) Sujeitou-se a uma intervenção cirúrgica denominada queratotomia radiária, realizada pela médica ré.
- iii) A ré informou o autor que cerca de 98% dos doentes que se submetem a esta intervenção cirúrgica melhoram os problemas de astigmatismo visual e miopia, deixando de necessitar de lentes de contacto e necessitando de usar óculos apenas ocasionalmente.
- iv) Após a intervenção, o autor ficou a ver pior do que via anteriormente com o recurso ao uso de óculos.
- v) A mesma médica realizou outras duas intervenções cirúrgicas para efeitos de refinamento das incisões previamente realizadas.
- vi) Em virtude das cicatrizes que o autor apresenta nas córneas, por força das referidas intervenções cirúrgicas, e de padecer de queratoconos bilateral, as suas dificuldades de visão apenas podem ser corrigidas com recurso a lentes de contacto.
- vii) Contudo, e em virtude da mesma condição, não suporta a utilização de lentes de contacto por período superior a 8 horas seguidas.
- viii) Acresce que se tem vindo a verificar o encurvamento bilateral das córneas, o que pode, no futuro, vir a impossibilitar a utilização de lentes de contacto e exigir um transplante das córneas.

- ix) Tem dificuldade no exercício da sua profissão, necessitando, para tarefas de maior precisão, de recorrer ao auxílio de colegas.

2. O Direito

Em ambos os casos estava em causa a apreciação da responsabilidade contratual dos médicos que realizaram as intervenções cirúrgicas na perspectiva do consentimento informado.

3.A Decisão

Os dois acórdãos negaram o recurso interposto, confirmando-se as decisões de absolver os réus em causa.

(A)

A invocação de responsabilidade civil do médico fundou-se, exclusivamente, na violação do dever de informação, enquanto pressuposto fundamental do consentimento informado, alegando que o autor não tinha sido alertado para o risco de a intervenção cirúrgica não produzir os efeitos desejados no seu estado de saúde ou mesmo de este poder piorar em consequência da intervenção. O acórdão analisou, assim, a definição da validade do consentimento informado, o conteúdo mínimo do direito à informação relevante e o ónus da prova:

1. O consentimento livre, consciente e esclarecido é uma causa justificativa que exclui a ilicitude de uma intervenção médico-cirúrgica enquanto violação objectiva do direito à integridade física e moral do doente. Só será válido e eficaz quando o doente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a necessidade, natureza e riscos da intervenção, sendo-lhe fornecidos os elementos suficientes para que a capacidade de decidir se revele consciente e livre. O dever de informação será

cumprido quando tenha sido previamente fornecida a informação tida por relevante, não podendo o posterior consentimento estar afectado por vícios de vontade.

2. O conteúdo desta obrigação de informação compreende os riscos tidos como previsíveis e sérios, admitindo-se que, em intervenções de particular grau de risco, se comuniquem ao doente os riscos graves (como morte ou invalidez permanente), ainda que de ocorrência excepcional.
3. O ónus da prova do cumprimento da obrigação de informação cabe ao médico, nomeadamente por ser mais fácil para este, enquanto que para o doente seria necessária a difícil prova de um facto negativo

No caso, o réu prestou ao autor todos os elementos de informação tidos como necessários. Alegar a necessidade de informar sobre a possibilidade de o seu estado de saúde não melhorar ou mesmo piorar é passar para o plano da informação sobre o a probabilidade de obtenção do resultado. Ora, no âmbito de uma cirurgia curativa ou assistencial, em que a obrigação é apenas de meios, o dever de informação não pode ser alargado nesse sentido. Apenas nos casos em que o médico se comprometa com um determinado resultado, por exemplo e no contexto de cirurgias plásticas ou dentárias, é que se exigirá a advertência sobre a probabilidade de sucesso/insucesso.

(B)

Não ficou provado nenhum erro médico na execução da cirurgia e a obrigação em causa era tão-só de meios. O réu não se obrigou a que o autor deixasse definitivamente de usar óculos, mas tão-só a realizar uma operação que tinha uma de-

terminada taxa de sucesso relativamente a esse objectivo pretendido. Acresce que não ficou demonstrado o nexo de causalidade entre o acto médico e o resultado danoso.

Quanto ao consentimento, cabendo ao médico o ónus de prestar a informação relevante para a obtenção do consentimento, cabe, contudo, ao doente 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. Não está provado que o dano de que o autor padece decorreu de um risco razoavelmente previsível, ou seja, de que é uma consequência de que era suposto, por ser suficientemente frequente, o autor ter sido informado antes da realização da cirurgia.

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

A questão prévia à do consentimento é de que modo deve ele ser informado. A doutrina tende a exigir que os riscos previsíveis e sérios sejam transmitidos, bem como o dano da morte e de invalidez.

Ora, a dificuldade está em determinar, na perspectiva dos médicos, qual a informação que devem ou não transmitir, não sendo necessariamente perceptível a que correspondem, na prática e em cada caso concreto, os riscos previsíveis e sérios. Por este motivo, é recomendável que haja um maior diálogo entre médicos e juristas, não só para aqueles saberem como devem agir, mas também para que estes saibam concretizar conceitos indeterminados com conhecimento da realidade médica subjacente.

Um outro aspecto que foi discutido foi o facto de ser contraproducente uma tendência no sentido de exigir a transmissão do máximo de informação possível. Além de não ser facticamente possível

informar sobre absolutamente tudo, não é fomentando uma atitude de cautela extrema por parte dos médicos, fazendo-os aumentar a lista de dados prévios ao consentimento, que o doente ficará, necessariamente, mais esclarecido em termos substanciais.

CASO 2

APRESENTADO PELA DOUTORA MARIA CLARA SOTTOMAYOR – JUÍZA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Identificação da decisão: *recurso de revista – Supremo Tribunal de Justiça*

B) Palavras-chave: *responsabilidade contratual – cirurgia plástica – obrigação de quase-resultado – tipos de consentimento*

C) Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) A autora tinha sido diagnosticada com hidrosadenite supurativa crónica, para a qual realizou diferentes tratamentos e duas cirurgias.
- ii) Em virtude destas intervenções, apresentava cicatrizes em toda a zona inguinal, visíveis em época balnear quando usava fato-de-banho.
- iii) Com o intuito de disfarçar tais cicatrizes, “subindo-as” de forma a que deixassem de ser visíveis em época balnear, consultou o réu, cirurgião plástico.
- iv) Acordou com este a realização de uma intervenção em dois momentos temporais distintos.
- v) Um primeiro consistente numa lipoaspiração à parte interna das coxas.

- vi) Seguido de uma cirurgia de lifting crural, destinada a “subir” as cicatrizes utilizando o excesso de pele resultante da anterior lipoaspiração.
- vii) A primeira intervenção foi marcada e realizada, tendo a autora tido alta no dia seguinte.
- viii) Durante a operação, o réu apercebeu-se de que a elasticidade da pele das regiões operadas era inferior à esperada, pelo que não seria suficiente para obter o efeito pretendido no segundo momento operatório.
- ix) Assim, decidiu aproveitar algum tecido adiposo, extraído por lipoaspiração, para injectá-lo nos grandes lábios.
- x) Este procedimento designa-se por vulvoplastia.
- xi) Assim, tentou num só momento operatório restaurar a anatomia da região e elevar as cicatrizes.
- xii) No dia seguinte, a autora encontrou-se com o cirurgião, que a informou que tinha resolvido o problema numa só cirurgia.
- xiii) Informou, ainda, que, uma vez que os grandes lábios tinham quase desaparecido, em virtude de operações anteriores, aproveitou a gordura resultante da lipoaspiração para a injectar nos grandes lábios.
- xiv) A possibilidade de enchimento dos grandes lábios não tinha sido anteriormente discutida.
- xv) Desde o dia a seguir à intervenção e durante vários dias depois, a autora queixou-se de dores intensas.
- xvi) Consultou, em diversas ocasiões, o réu, que reafirmou estar tudo a correr normalmente e receitou medicação.

- xvii) Quase duas semanas depois da intervenção, consultou o réu, com queixas de dores insuportáveis, tendo o réu dito que havia apenas duas opções: aguentar as dores ou retirar o enxerto, sendo que esta opção estragaria o resultado pretendido com a operação.
- xviii) Nesse dia, o réu aspirou o pus existente e injectou, através de uma seringa, água oxigenada.
- xix) No dia seguinte, a autora consultou um dermatologista que lhe diagnosticou uma reacção alérgica ao material de enchimento
- xx) Passado mais um dia, foi vista por um outro cirurgião plástico que lhe diagnosticou um abcesso do grande lábio vulgar direito e eritema inflamatório do grande lábio esquerdo, que terão ocorrido no pós-operatório da intervenção cirúrgica.
- xxi) No próprio dia e dois dias depois, este cirurgião procedeu a uma drenagem dos grandes lábios.
- xxii) A autora esteve 28 dias impossibilitada de realizar a sua vida normal.
- xxiii) As cicatrizes que pretendia esconder mantêm-se visíveis.
- xxiv) Anatomicamente ficou no mesmo estado em que se encontrava anteriormente.

2. O Direito

O caso foi resolvido com base no regime da responsabilidade contratual e, particularmente, do consentimento informado, sendo analisadas as diversas modalidades de consentimento.

3. A Decisão

1. Responsabilidade

O Supremo entendeu existir um concurso entre responsabilidade contratual e extracontratual, pois estava em causa tanto um incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação de serviços médicos, como a violação de direitos subjectivos à integridade física e moral, ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação (artigos 25.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1, da CRP e 70.º, n.º 1, do Código Civil). Deve aplicar-se o princípio da consumpção, prevalecendo o regime da responsabilidade contratual por ser o mais favorável aos interesses do lesado e mais conforme ao princípio geral da autonomia privada.

Quanto à obrigação em causa, tratando-se de uma cirurgia estética, é de uma obrigação de quase-resultado, pois é uma situação em que apenas o resultado vale a pena. A ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são evidência de um incumprimento ou cumprimento defeituoso, cabendo ao médico o ónus da prova de que tal resultado não procedeu de culpa sua.

2. Consentimento

Tomou-se em consideração que um consentimento inexistente ou ineficaz conduz à ilicitude da actuação por violação do direito à autodeterminação. Correrão por conta do médico os danos decorrentes dessa actuação – e isto mesmo que não haja danos à saúde, pois protege-se a autodeterminação e o direito à disposição sobre o próprio corpo. Aquela violação é um dano em si. De sublinhar que, pelas especificidades da cirurgia estética, exige-se um mais intenso e mais rigoroso dever de esclarecimento, pelo facto de serem intervenções não necessárias do ponto de vista da saúde (tal como a doação de órgãos para transplante e a participação em ensaios clínicos).

A questão central era a de saber se houvesse ou não algum tipo de consentimento quanto à vulvoplastia.

a) **Consentimento escrito:** a cláusula “autorizo o médico responsável e seus assistentes a fazerem tudo o que for necessário, incluindo operações ou procedimentos diferentes dos acima discriminados, na eventualidade da ocorrência de complicações no decurso daqueles” apenas legitimava intervenções não autorizadas urgentes e imprescindíveis para proteger a saúde da autora e para fazer face a circunstâncias supervenientes ocorridas durante a operação susceptíveis de causar perigo para a saúde ou para a vida. Uma cirurgia estética, sendo voluntária e não curativa ou assistencial, não pode considerar-se abrangida no contrato.

b) **Consentimento verbal:** a alegação de que teria sido dado consentimento verbalmente e que tal decorreria da relação de confiança médico-doente não só não tinha reflexo na matéria de facto, como aquela relação de confiança tem de passar pelo respeito total e escrupuloso do princípio da autonomia do paciente e do seu direito à autodeterminação.

c) **Consentimento tácito** (artigo 219.º, n.º 1, 2.ª parte, do CCiv): a matéria de facto não refere a existência de qualquer conversa sobre a possibilidade ou necessidade de uma vulvoplastia, nem qualquer comportamento da autora do qual se pudesse deduzir tal consentimento.

d) **Consentimento presumido** (artigo 340.º, n.º 3, do CCiv): tratando-se de uma

operação estética, que contende com a imagem da pessoa e com a relação consigo mesma, não é possível que se verifiquem os pressupostos do consentimento presumido, pois este instituto visa fazer face a situações em que há riscos para a vida ou a saúde que requerem uma intervenção médica absolutamente inadiável. Ao médico é exigido que dê prioridade à possibilidade de escolha do doente, face à incomodidade de se repetir a intervenção.

e) **Consentimento hipotético:** quanto à alegação de que, se a autora tivesse sabido da possibilidade da vulvoplastia, não a teria recusado, o ónus da prova cabe ao médico. De todo o modo, este instituto só pode ser mobilizado para violações menos graves do dever de informação, não em casos de violações graves – como a omissão de esclarecimento sobre riscos significativos e, por maioria de razão, os casos em que falta de todo a prestação de consentimento (intervenções não autorizadas).

f) **Ónus da prova do consentimento:** o ónus da prova impende sobre o médico, pois se coubesse ao paciente implicaria a prova de um facto negativo, com inerentes dificuldades probatórias, enquanto que para o médico, perito, será mais fácil proceder a essa prova. Além disso, sendo o consentimento uma causa de justificação que exclui a ilicitude da violação da integridade física, a parte que recorre a essa defesa é que o deve provar enquanto facto impeditivo do direito do autor.

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

A discussão iniciou-se em torno da determinação da natureza da intervenção cirúrgica em causa. Foi suscitada a questão de não se tratar de uma cirurgia estética, mas antes de uma cirurgia reconstrutiva, pois estava em causa o tratamento de tecidos doentes. Por outro lado, o intuito da doente era, sem dúvida, estético.

Foi contra-alegado que essa qualificação era irrelevante, já que tanto a cirurgia estética como a reconstrutiva consubstanciam, para o médico, uma obrigação de quase-resultado. Sobre este ponto, foi dada opinião no sentido de que a diferenciação entre obrigação de meios/ resultado/ quase-resultado não parece ter verdadeiro reflexo na realidade médica e pode estar em desarmonia com o que deve efectivamente ser exigido aos profissionais de saúde.

Sendo uma categoria dogmática pouco tratada, a obrigação de quase-resultado é invocada quando a operação, não sendo estritamente necessária para a saúde ou vida, é realizada apenas em vista de um determinado resultado. Em termos de consentimento, cabe ao médico explicar com rigor qual a probabilidade de esse resultado ser atingido e quais as consequências negativas que poderão advir.

Já quanto à questão central do acórdão, os tipos de consentimento, questionou-se se um consentimento não expresso, presumido, deveria ser admitido atendendo a um intuito de prevenção do risco de anestesia. O médico tomaria em conside-

ração que, uma segunda intervenção, exigiria nova anestesia e novos riscos. Sendo um ponto válido, o risco da anestesia em si não tende a ser muito elevado, o que é atestado pelo facto de não se exigir consentimento por escrito.

Com referência a um possível paternalismo médico, a concepção actual dita que devemos rejeitar, dando verdadeiro relevo à autodeterminação dos pacientes – sendo certo que, em jeito de provocação, este direito “imposto” pode não se compaginar com o direito de o doente não querer saber todos os riscos que está a assumir.

Por fim, abordou-se a questão da definição do consentimento informado substancial, que é, na verdade, avesso à transmissão excessiva de informação, pois conduz a um incremento do desfasamento entre informação dada e informação efectivamente assimilada. O que se pretende é um consentimento perceptível para uma pessoa média.

Contudo, não pode deixar de ficar absolutamente esclarecido o risco, por exemplo, de vir a sofrer dores intensas e prolongadas – sem ter de explicar, medicamente, em que consistem e por que surgem. Esta necessidade assume particular relevância num contexto estético, pois munido de toda a informação, o doente pode repensar e decidir qual o seu interesse que pesa mais. Porque não é uma cirurgia necessária, a liberdade do doente tem de ser significativamente maior do que nos casos em que uma intervenção cirúrgica é necessária para garantir a sua vida.

Mesa 4

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA I

PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL; ILICITUDE E CULPA; OBRIGAÇÕES DE MEIOS E OBRIGAÇÕES DE RESULTADO

Presidente da Mesa: *Luís Filipe Pires de Sousa* | Juíz Desembargador — Tribunal da Relação de Lisboa

Relatora: *Ana Lopes Chaves* | Advogada

CASO 1

APRESENTADO PELA DRA. GABRIELA DE FÁTIMA MARQUES — JUÍZA DE DIREITO — JUÍZO CENTRAL CÍVEL DE LISBOA

A) Identificação da decisão: *acção declarativa de processo comum*

b) Palavras — chave: *responsabilidade contratual/extracontratual, obrigação de meios/obrigação de resultado, presunção de culpa, consentimento informado*

c) Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- a) A A. foi sujeita a uma intervenção cirúrgica da especialidade de ortopedia realizada pelo réu (médico) no estabelecimento da ré (estabelecimento de saúde privado), a qual consistiu no alongamento do tendão de Aquiles a céu aberto, osteotomia do primeiro metatarso e alongamento tendinoso.
- b) A intervenção cirúrgica foi realizada pelo réu sob Anestesia loco-regional administrada pela médica anestesista, que presta serviço regular junto da primeira Ré.
- c) A A. antes da cirurgia não teve qualquer consulta pré-anestésica, sendo a anestesista

contactada pelo réu, que a informou do quadro clínico da Autora (pré-existência da paralisia cerebral), bem como da escolha pela A. da anestesia dita epidural.

- d) No relatório elaborado, o médico Réu fez constar, além do mais que “No pós-operatório entre as 24 e as 48 horas detectou-se um quadro de parésia do membro inferior esquerdo e défice sensitivo do mesmo”, e tendo-se ainda afirmado que “foram excluídas outras causas, pensando que se tratou de uma reacção excessiva da Anestesia e/ou DIB epidural”;
- e) A A. regressou a casa com esvaziamento vesical diário, mantendo o programa de reabilitação, e apoio domiciliário para higiene pessoal; passou a necessitar de ajuda de terceira pessoa para os actos normais da vida corrente; passou ainda a padecer de infecções urinárias de repetição; passou a ter que usar fraldas; apenas se pode deslocar na via pública com o auxílio da sua cadeira de rodas;
- f) Na sequência da intervenção cirúrgica a A. ficou portadora de sequelas anátomo-funcionais que lhe conferem uma incapacidade geral parcial e permanente de 50%, sendo esta incompatível com o exercício da sua profissão de professora de música e é

55

actualmente portadora de uma incapacidade permanente de 85%

- g) À data da cirurgia, a A. era já portadora de uma IPP de 70%, sofrendo de paralisia cerebral, mas tal não a impedia de realizar as suas tarefas do dia-a-dia, nem a sua actividade profissional, auferindo mensalmente no exercício das referidas funções a quantia de €900,27.
- h) Foi na sequência da intervenção cirúrgica que ficou incapacitada dessa forma e a necessitar do auxílio de terceira pessoa.
- i) A incapacidade de que sofre e tudo o ocorrido a partir da cirurgia causou e causa à A. grande sofrimento, alterando por completo a sua vida de forma a não mais poder ser autónoma como até aí tinha sido, não obstante a paralisia cerebral de que sofria, tendo deixado de auferir o valor referido, deduzido que foi o valor da pensão entretanto atribuída à A pela CGA, no valor de 546,89€.
- j) Na sequência destes acontecimentos a A. propôs acção de responsabilidade civil contra a clínica e contra o médico ortopedista, imputando-lhes a responsabilidade pelos danos de que passou a padecer, na sequência da intervenção cirúrgica.
- k) A Ré (clínica) pugnou pela sua ilegitimidade, uma vez que o médico apenas marcou a cirurgia nas instalações da Ré, sem qualquer intervenção desta. Deduziu ainda pedido reconvencional pelos serviços prestados à A.
- l) O Réu (médico ortopedista) que procedeu à intervenção cirúrgica em causa, também contestou dizendo que não lhe pode ser asacada qualquer responsabilidade no ocor-

rido, pois a A. já padecia de paralisia cerebral, decorrente da sua gestação ou parto, e já se encontrava afectada na sua capacidade motora com uma incapacidade de 70%, bem como uma fractura mal consolidada no pé direito, motivo pelo qual foi proposta a cirurgia em causa. Alegou ainda que a A. pretendia a anestesia epidural, dado o pavor que tinha da geral. A A. foi sujeita a uma consulta de anestesia prévia, e a cirurgia realizou-se normalmente e atingiu os seus objectivos relativamente ao membro objecto da cirurgia. Pediu a intervenção principal ou acessória da anestesista, pois a actuação do réu não pode ter originado as lesões alegadas pela A.

- m) Foi admitida a intervenção acessória da médica anestesista. A interveniente apresentou articulado dizendo, em suma, que a intervenção da mesma foi apropriada e autónoma em relação ao réu, pelo que não existe qualquer motivo para o seu chamamento nem principal, nem acessório, nem existe qualquer responsabilidade da mesma, uma vez que respeitou cautelosamente as regras da arte.

2. O Direito

Entendeu-se estarmos perante um caso de responsabilidade contratual, decorrente de um contrato de prestação de serviços médicos. Porém, não existindo aqui qualquer situação de responsabilidade pelo risco (ou seja, independente de culpa), uma vez que esta só existiria caso estivesse especificada na lei. O que não sucede.

Discutia-se igualmente a questão da culpa. A sentença entendeu aplicar à responsabilidade contratual médica a presunção de culpa contida no

artigo 799º n.º 1 do CC, pois não existe, nesta situação, qualquer razão específica que justifique o afastamento dessa regra. Todavia, a verificação de todos os outros pressupostos para fazer acionar a responsabilidade civil (o facto ilícito, o dano, e o nexo de causalidade entre o facto e o dano) e bem assim, a prova da existência do vínculo contratual e da verificação dos factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico competirá sempre ao Autor.

Por outro lado, concluiu-se que a obrigação do médico era uma obrigação de meios e não de resultado, uma vez que apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade para a obtenção de determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza.

A questão do consentimento informado como dever autónomo do médico: o médico tem o dever 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; por outro lado, o paciente deve fornecer colaboração ao médico, revelando-lhe qualquer facto da sua história clínica, com relevância para promover o sucesso ou evitar o insucesso do mesmo acto médico.

Existia consentimento informado da paciente. Provou-se em sede de julgamento que o médico tinha transmitido à anestesista a informação de que a A só aceitaria a epidural e jamais a anestesia geral.

A médica anestesista não examinou a A. antes da intervenção cirúrgica a que esta ia submeter-se, antes tomou a seu cargo a doente apenas na altura da cirurgia efectuando um questionário prévio, pelo que a sua responsabilidade civil por quaisquer danos advenientes da sua actuação dentro da sala

de operações seria de índole extra-contratual ou aquiliana.

Não ficou provado que a médica anestesista ou o réu tenha informado a A. dos riscos que advinham para a mesma, pelo que faltará desde logo esse esclarecimento (e esse nem sequer existe por banda da interveniente que se limitou a efectuar um questionário à A., sem aferir dos riscos existentes, riscos esses que se revelaram no caso concreto da A. pois da anestesia resultou uma lesão medular e que constituem os danos da A).

Por outro lado, foi imputada responsabilidade ao médico ortopedista, pela conduta levada a cabo pela médica anestesista, pois por força do disposto no art. 800º, n.º 1, do Código Civil, «o médico é responsável pelos actos das pessoas que utilizou no cumprimento das suas obrigações como se fossem praticados por si próprio».

3. A decisão

O médico e o hospital foram condenados e a A. foi absolvida do pedido reconvenional.

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

A apresentante informou que a decisão de 1.ª Instância, confirmada pelo Tribunal da Relação, acabou por ser alterada em sede de recurso, uma vez que o Supremo Tribunal de Justiça apenas condenou o Hospital.

Entendeu-se que o médico ortopedista deu conhecimento à médica anestesista de toda a informação relevante, tendo esta conhecimento de todo o historial da paciente.

O STJ, apesar de entender que o médico-cirurgião pode ser responsabilizado pela conduta daqueles que sejam auxiliares de cumprimento, por aplicação do art. 800º, n.º 1, do CC, considerou

que o médico anestesista não está subordinado ao cirurgião. Apenas seria de responsabilizar o cirurgião pela conduta da anestesista se se apurasse que esta última era, em concreto, uma auxiliar, ainda que independente, de cumprimento das obrigações de que aquele é devedor. Concluiu que não tendo tal prova sido feita, o médico-cirurgião não poderia ser responsabilizado pela conduta da anestesista. Coisa diversa se entendeu relativamente ao hospital, pois este será responsabilizado pela obrigação de prestação de serviços médicos de todos os agentes envolvidos (cirurgião, anestesista, enfermeiros e outros)

CASO 2

APRESENTADO PELA DRA. MARIA DA GRAÇA TRIGO — JUÍZA CONSELHEIRA — SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A) Identificação da decisão: *Três acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) acerca de responsabilidade médica*

B) Palavras — chave: *ilicitude, culpa, obrigação de meios/obrigação de resultado, deveres acessórios do contrato*

C) Os factos, o Direito e a Decisão

A apresentante subordinou a sua intervenção ao tema “Ilicitude e culpa: dicotomia entre obrigação de meios e obrigação de resultado”.

Para o efeito debruçou-se sobre três acórdãos do STJ, proferidos no ano de 2015 e 2016, a saber:

- Ac. STJ de 01/10/2015: colonoscopia em que ocorreu a perfuração do intestino
- Ac. STJ de 28/01/2016: Cirurgia de defeito ortopédico, com lesão da medula (que se reporta ao caso 1)
- Ac. STJ de 26/04/2016: Cirurgia para co-

locação de prótese no fémur (que se reporta ao caso 5)

Com a sua intervenção pretendeu abordar os seguintes pontos:

1. Opção entre o regime da responsabilidade civil contratual e extracontratual;
2. Utilização/distinção da classificação entre obrigação de meios e obrigação de resultado
3. Recurso à utilização dos deveres objectivos de cuidado.

1) Os três acórdãos aplicam a responsabilidade civil contratual, uma vez que estamos no âmbito da medicina privada, mobilizando os argumentos da autonomia privada e do regime mais favorável para o lesado

A apresentante introduziu a questão do princípio da consunção no direito Português da responsabilidade civil contratual pela responsabilidade civil extracontratual. No Ac. do STJ de 26/04/2016 aborda-se esta questão.

2) Sobre a obrigação de meios/obrigação de resultado, tem-se concluído que as prestações de serviços médicos são obrigações de meios.

Tal categorização torna-se relevante quando pensamos, por exemplo, que nas obrigações de resultado, não se provando a realização do resultado, fica provado o preenchimento do pressuposto da ilicitude; o que já não sucede quando nos encontramos perante uma obrigação de meios.

No Supremo Tribunal de Justiça tem-se vindo a concluir o seguinte: as prestações de serviços médicos com funções curativas são, em regra, obrigações de meios; mas outras há que são de resultado: certas cirurgias estéticas, exames laboratoriais e radiológicos, etc.

Por exemplo, a prótese mamária tem sido en-

tendida como uma “obrigação quase de resultado”.

Porém, nada impede que dos contratos de serviços médicos possam nascer obrigações de resultado.

O Ac. do STJ de 26/04/2016, apesar de começar por dizer que o contrato de prestação de serviços médicos, ao ter como obrigação principal a obrigação de tratamento, é de qualificar, como obrigação de meios, e não de resultado, por o médico não se ter vinculado a obter a cura do paciente, mas apenas a tentá-la por meio do tratamento que os seus específicos conhecimentos científicos e técnicos lhe apontem como adequado, refere depois que, no caso em apreço (artroplastia para colocação de uma prótese total da anca de longa duração), estaríamos perante uma obrigação de resultado no que à colocação de uma haste metálica no interior do fêmur diz respeito, o que efetivamente implicaria o recurso à presunção de culpa consagrada no art.º 799º, n.º 1, do Cód. Civil.

Citando Rute Teixeira Pedro in “A responsabilidade civil do médico”, pág. 100, refere que a aplicação de próteses é apresentada como exemplo de uma intervenção em que o médico se vincula à consecução de um resultado, pois na atividade de elaboração da prótese, o médico compromete-se a elaborar um dispositivo que se adequa à anatomia do concreto doente, de acordo com regras técnicas precisas. Porém, já no que respeita à actividade de aplicação da prótese no organismo do paciente, na medida em que a aceitação ou rejeição de um corpo estranho pelo organismo depende de um conjunto de fatores que o profissional não consegue controlar, a obrigação assumida deverá qualificar-se como obrigação de meios.

No caso concreto dos autos, tal haste metálica, com mais 2 cm do que o necessário, segundo alegação da autora, terá provocado estiramento do

nervo ciático. Todavia, o excesso de comprimento da haste metálica inexistia, pelo que não conseguiu a autora fazer a prova, que lhe competia, da inadequada conduta que imputa ao réu e que integra a causa de pedir.

Também não invocou a autora nos seus articulados, nem ficou provada, a violação de qualquer obrigação de meios.

3) Nos Acórdãos do STJ de 01/10/2015 e de 28/01/2016, mobiliza-se a doutrina dos deveres acessórios do contrato, da doutrina germânica, e que são abordados por Carlos Alberto Mota Pinto.

Integram os deveres acessórios do contrato os deveres de informação, de lealdade, de protecção.

A lesão da integridade física, ocorrida no âmbito e por causa da execução do contrato, pode conduzir a uma violação de deveres de protecção. O que constitui uma obrigação de resultado, aplicando-se, por conseguinte a presunção de culpa da responsabilidade contratual.

O recurso aos deveres acessórios de cuidado é muito útil para a decisão sobre a ilicitude e a culpa.

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

- a) O problema de determinar os sujeitos da responsabilidade civil. Designadamente, o problema das equipas médicas: umas vezes a equipa médica é trazida pelo médico, outras vezes é trazida pelo Hospital.
- b) A diferença entre a jurisdição cível e a jurisdição penal. Na jurisdição cível há muitas vezes a dificuldade da investigação e a dificuldade de manter a história. Na jurisdição penal, a investigação é feita a priori, com perícias médicas.
- c) A questão da inversão do ónus da prova —

existem já muitos actos que têm que ser provados pelos médicos.

- d) Cada médico é autónomo naquilo que faz. Um anestesista, por exemplo, é perfeitamente autónomo. O art. 800.º do Código Civil (“actos dos auxiliares”) foi uma solução para a situação em que a anestesista não era parte na acção. Alguém que é responsável por uma conduta que não é sua, mas de outros. Se o hospital é responsável por toda a operação, então responde por todos os intervenientes na operação (sejam dependentes ou não dependentes). O cirurgião é responsável não só por si, mas também por outros. O facto do anestesista ser técnica e cientificamente autónomo (quando auxiliar de médico-cirurgião), não torna o médico cirurgião irresponsável.

- e) A Sra. Juíza Conselheira avançou com uma categorização dos contratos em matéria de actos médicos:

- Contrato de serviços hospitalares divididos
- Contrato de serviços hospitalares totais
- Contrato total de escolha de médico

CASO 3

APRESENTADO PELA DRA. ANA ELISABETE FERREIRA — ADVOGADA

A) Identificação da decisão: *Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra — Erro no diagnóstico Pré-Natal — Wrongful birth e wrongful life*

B) Palavras — chave: *Wrongful birth, wrongful life, erro de diagnóstico pré-natal, responsabilidade extracontratual do Estado, legis artis, nexo de*

causalidade

C) Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- a) Os AA. são ambos portadores de fibrose quística, facto que descobriram após o nascimento da primeira filha.
- b) Desejavam ter um novo filho, mas apenas se lhes fosse garantido, através de diagnóstico pré-natal, que o mesmo não iria sofrer da doença. Caso durante o diagnóstico pré-natal fosse detectado que o feto padecia da doença, os AA. recorreriam à interrupção voluntária da gravidez (IVG).
- c) Foi-lhes assegurado pelo serviço de diagnóstico pré-natal da maternidade a possibilidade de proceder ao diagnóstico em causa.
- d) No decorrer da gravidez, efectuado o diagnóstico pré-natal, através da recolha e análise das vilosidades coriônicas (porque era o método que mais precocemente dava resultados) foi informado aos AA. que o feto seria normal, não padecendo da aludida doença, pelo que não se recorreu à IVG.
- e) A análise das vilosidades coriônicas foi feita num Instituto (INSA) que não a maternidade.
- f) Sucede que, após o nascimento veio a verificar-se que a criança era portadora de fibrose quística, o que veio a gerar complicações de diversa ordem, não só para os AA., como para a própria criança, que veio a falecer 3 anos depois, na sequência da doença.
- g) Os AA. peticionaram a quantia de 390 031,87€ por todos os prejuízos que

sofreram na sequência do erro de diagnóstico pré-natal.

- h) Os RR. vieram defender-se por excepção, invocando a prescrição do direito, bem como por impugnação, sustentando que não ocorreu qualquer erro de diagnóstico pré-natal e que os eventuais danos sofridos não se deveram ao alegado diagnóstico pré-natal, mas sim à doença de que a criança era portadora.

2. O Direito

Os AA. vieram peticionar a atribuição de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, decorrentes de um nascimento indevido (*wrongful birth*) da sua filha que veio a falecer três anos após o nascimento. De facto, e atenta a tese dos AA., sabendo estes que eram portadores de fibrose quística, apenas pretendiam ter um novo filho caso pudessem ter a certeza, através de diagnóstico pré-natal, que o feto não viria a sofrer da doença.

Na sequência do diagnóstico pré-natal efectuado, apurou-se que o feto era portador da doença, mas não era doente, razão pela qual os AA. não optaram pela interrupção voluntária da gravidez.

Sucede que, após o nascimento veio a constatar-se que, afinal, a criança era portadora da doença de fibrose quística, concluindo assim os AA. que houve erro no diagnóstico pré-natal.

Tal situação conduziu, até à morte da criança, a inúmero sofrimento, desgosto e despesas, decorrente do aludido erro de diagnóstico.

Na sentença que serviu de base a este terceiro caso, concluiu-se estarmos perante um caso de responsabilidade civil extracontratual do Estado por factos ilícitos, no âmbito da responsabilidade médica, mais concretamente, perante uma acção de responsabilidade fundada em nascimento

indevido (*wrongful birth*), tal como decorre da terminologia avançada pelo Prof. Doutor António Pinto Monteiro, na Anotação ao Ac. do STJ de 19/06/2001, in RLJ n.º 134, de 01/04/2002. Tal como os AA. configuram a acção, o que está em causa é um erro de diagnóstico que conduziu a que a A. mulher não interrompesse voluntariamente a gravidez, o que pretendia, caso soubesse que o feto era portador da aludida doença.

No caso das acções de *wrongful birth*, o que está em causa é o direito de os pais virem reclamar danos por eles sofridos, enquanto pais, por uma situação que afecta a filha. Nas acções de *wrongful life* o que está em causa são os danos sofridos pela própria criança por ter nascido com deficiência, sendo que é ela própria que pretende ser indemnizada.

À semelhança do que ocorre no direito privado, só existe responsabilidade civil do Estado, por actos ilícitos praticados pelos seus órgãos ou agentes, mediante a verificação dos cumulativos dos seguintes pressupostos: facto, ilícito, culposos, existência de um dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

A sentença proferida pelo TAF de Coimbra concluiu ter havido uma actuação ilícita e culposa do Réu INSA, ao ter omitido informação essencial para as tomadas de decisão posteriores. De facto, apesar de aquele Instituto ter procedido a todas as análises necessárias às vilosidades coriônicas, omitiu a informação de que não era possível excluir a contaminação materna do material analisado. Concluiu-se ter havido uma violação das *legis artis* por parte dos profissionais médicos daquele Instituto, que transmitiram informação incompleta à Maternidade (que, por sua vez, transmitiu informação incompleta à A.).

A A. decidiu avançar com a gravidez, em face daquela informação incompleta, não lhe tendo sido facultada a possibilidade de optar pela interrupção

voluntária da gravidez, violando-se assim o seu direito à autodeterminação.

A sentença em análise debruçou-se ainda sobre a questão do nexo de causalidade nas acções de wrongful birth e wrongful life, uma vez que neste tipo de acções os danos podem não ser causados directamente pela actuação dos profissionais de saúde. É fácil constatar que no caso dos autos, não foi a forma incorrecta como a informação foi transmitida que levou a que a filha dos autores ficasse com a doença.

No caso dos autos, os AA. vieram solicitar a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais por si sofridos — situação típica de wrongful birth — e também a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pela filha.

A sentença em análise entendeu serem indemnizáveis os danos sofridos pelos AA., uma vez que o fundamento para a sua indemnização é o facto de ter sido violado o seu direito à autodeterminação, designadamente, o direito de interromper a gravidez atento o diagnóstico pré-natal efectuado. Entendeu assim existir nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposos e o dano não patrimonial sofrido pelos AA. Mais se considerou serem danos patrimoniais indemnizáveis as despesas com viagens, medicamentos e funeral da filha dos AA. (já que se tratam de despesas que ocorreram devido ao nascimento indevido da criança).

Quanto aos danos patrimoniais peticionados em nome da filha (rendimentos que deixou de auferir se tivesse saúde e uma vida normal de trabalho) a sentença em apreço entendeu o seguinte: tal pedido representa um contrasenso, uma vez que a doença da filha não surgiu de qualquer acto médico e, por outro lado, se não tivesse havido erro no diagnóstico pré-natal (causa de pedir dos AA.) a filha destes não teria nascido e como tal não se

teriam verificado os danos que vêm invocar. Pelo que se entendeu não existir nexo de causalidade entre estes danos e o facto ilícito e culposos.

Sobre os danos não patrimoniais peticionados em nome da filha, a sentença em apreço convocou para a discussão o Acórdão da *Cour de Cassation Française*, de 17/11/2000 — Arrêt Perruche —, onde se entendeu ter a criança o direito de ser indemnizada nas acções de wrongful life, e o Acórdão do STJ de 19/06/2001, que entendeu que não pode a criança nascida com deficiência e no âmbito das acções de wrongful life solicitar o ressarcimento dos danos não patrimoniais por si sofridos, porque não pode ser invocado o “direito a não nascer”, não existindo um “dano vida”.

A sentença recorrida adopta o entendimento de Paulo Mota Pinto sobre esta situação, que entende que deve existir também o ressarcimento dos danos da própria criança, por necessidades acrescidas e até por danos não patrimoniais. Isto desde logo porque quando, em consequência do erro médico, ocorre o nascimento de uma criança deficiente, o primeiro e mais directo visado é desde logo a própria criança.

3. A decisão

Apenas o R. INSA foi condenado, tendo sido absolvidos todos os demais.

Todavia, e tendo em conta o pedido inicial, a condenação acabou por ser bastante modesta (25.000,00€ para cada um dos AA. e 25.000,00€ para a filha dos autores).

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

Os tópicos destacados na sequência da apresentação foram:

- Aceitação pacífica da acção de wrongful birth

- Problemas quanto à aceitação da wrongful life
- Apreciação da excepção peremptória da prescrição (a sentença não se debruçou sobre esta questão, uma vez que ela já havia sido apreciada no despacho saneador) — o momento a partir do qual começa a contar o prazo de prescrição: do nascimento ou da morte?

CASO 4

APRESENTADO PELA DRA. CRISTINA ISABEL SANTOS COELHO FERREIRA NEVES — JUÍZA DE DIREITO

A) Identificação da decisão: *Ação declarativa de condenação sob a forma de processo comum.*

B) Palavras — chave: *contrato de prestação de serviços médicos, obrigação de meios/obrigação de resultado, responsabilidade contratual/extracontratual, apreciação da culpa em concreto e em abstracto, erro médico,*

C) Os factos, o Direito e a Decisão

1) Os factos

- a) o A. alega ter-lhe sido recomendada a realização de uma biopsia prostática que foi examinada pela 1ª R., tendo esta concluído pela existência de adenocarcinoma de grau 7.
- b) A R. procedeu à análise do material biológico recolhido na biopsia prostática, de acordo com os métodos e mecanismos exarados neste tipo de exame.
- c) Face a este diagnóstico, o A. foi sujeito a prostatectomia radical, tendo sido realizada esta operação em 22/06/2010.
- d) Quase sempre esta intervenção dá origem a impotência e com frequência, a incontinência urinária.
- e) Sucede que, remetida a peça prostática para exame anátomo patológico, este concluiu pela existência de hiperplasia nodular benigna, não tendo encontrado qualquer vestígio de cancro nesta peça.
- f) O diagnóstico erróneo feito pela 1ª R., determinou a operação a que o A. se sujeitou e que não era necessária.
- g) Em consequência, o A. peticiona danos patrimoniais sofridos com os custos da intervenção cirúrgica e com as quantias despendidas (24.055,00€) e danos não patrimoniais (400.000,00€) decorrentes das cicatrizes, das dores, angústia e profundo abalo psicológico por si sofrido ao ser informado que sofria de cancro.
- h) Para fundamentar o pedido formulado contra o 2º R., alega ser este casado com a 1ª R., sendo esta remunerada pelos serviços que presta e concorrendo com essa remuneração para as despesas do agregado familiar.
- i) A 1ª R. citada alegou por excepção a sua ilegitimidade, uma vez que celebrou contrato de seguro de responsabilidade civil, sendo o capital contratado de € 300.000,00,
- j) Defendeu-se também por impugnação referindo que quando processou as amostras do A., teve algumas dúvidas sobre se se trataria de adenocarcinoma. Face a estas dúvidas realizou outro exame designado por imonocitoquímica, cujo resultado não foi completamente conclusivo, pelo que interpretou como tratando-se de adenocarcinoma, uma vez que na primeira ob-

servação, já tinha verificado a existência de atipia celular e distorção das formas nas glândulas, o que reforçou a sua conclusão de que se tratava de neoplasia.

- k) A R. aquando da realização deste exame desconhecia todo o historial clínico do A, bem como o resultado dos exames médicos efectuados anteriormente.
- l) A atrofia existente mimetizou a neoplasia sendo este tipo de diagnóstico qualificado como “pitfall” (dificuldade não facilmente apreensível) pela comunidade científica, tendo uma ocorrência de cerca de 1%; refere ter todos os exames que podia efectuar, tendo agido com todo o cuidado, saber e diligência que lhe eram exigidos pelas boas artes médicas.
- m) O A. em sede de réplica alegou não ter tido conhecimento da existência de um seguro celebrado pela R., alegando que esta litiga de má fé, por não ter prestado tal informação; deduziu em consequência incidente de intervenção principal provocada da referida companhia de seguros, alegando ter esta um interesse igual ao da R. na causa.
- n) Foi indeferida a intervenção provocada requerida pelo A., e a excepção dilatória de ilegitimidade passiva suscitada pela 1ª R. foi indeferida.

2. O direito

O A. qualifica a responsabilidade desta médica como extra-contratual por factos ilícitos e contratual, tendo por base a celebração de um contrato de prestação de serviços celebrado entre a 1ª R. e o A (o material biológico recolhido na biópsia prostática foi entregue à 1ª R., Médica Anátomo-Patologista, para que o analisasse)

A responsabilidade médica tanto pode ser contratual como extra-contratual, consoante exista ou não a celebração de um contrato de prestação de serviços com o paciente para a prática dos actos médicos.

Sendo responsabilidade contratual, aplicar-se-ão os artºs 798 e segs. do C.C., enquanto que se for extracontratual recorrer-se-á às regras previstas nos artºs 483 e segs. do C.C.

É requisito essencial do contrato de prestação de serviços, tal como definido pelo art. 1154.º do CC, uma obrigação de resultado de um trabalho manual ou intelectual, com ou sem remuneração.

Tem sido discutido no âmbito da responsabilidade médica, se a obrigação do médico é de meios ou de resultado. Na obrigação de meios, o devedor compromete-se a desenvolver prudentemente e com diligência certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza; já 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.

A jurisprudência e a doutrina vêm defendendo que a obrigação médica é tão só de meios, não se vinculando o médico (especialmente em áreas de especial complexidade e tendo em conta os limites da arte médica) a um determinado resultado. No entanto, existem certas especialidades em que a obrigação é de resultados (por exemplo, especialidade dos patologistas clínicos). No caso em apreço, na especialidade de anátomo-patologia, a obrigação é a de resultado. É esta especialidade, mediante o exame das biópsias, que efectua o diagnóstico do cancro.

Não obstante, independentemente de tratar-se de uma obrigação de meios ou de resultado, na responsabilidade contratual, o ónus de prova quanto à

inexistência de culpa no incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação incidirá sobre o R. médico, nos termos do art.º 799 do C.C.

Já na responsabilidade extra-contratual, aplica-se o art. 487.º, n.º 1 do Cód. Civil: é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão e, nos termos do n.º 2 do mencionado preceito, ela é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família em face das circunstâncias de cada caso.

No âmbito da responsabilidade médica, para se aferir da culpa, há que apreciar a conduta de acordo com o modo como devia agir um especialista idóneo colocado perante as mesmas circunstâncias: um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais e na mesma data.

Foi ainda feita uma incursão sobre o erro médico, definido por Germano de Sousa, como sendo “a conduta profissional inadequada resultante de utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorrectas que se revelam lesivas para a saúde ou vida do doente” (in “Negligência e Erro Médico”, B.O.A., nº6, fasc. 1, pág. 127). E sobre a importância de diferenciar o erro médico culposo do erro resultante de acidente imprevisível.

3. A decisão

No caso dos autos entendeu-se estarmos perante uma responsabilidade contratual entre o A. e a 1.ª Ré, uma vez que da prova produzida resultou existir um vínculo contratual entre ambos, sujeita às regras previstas no art. 798.º e ss do CC.

Mais se entendeu que a obrigação da 1.ª Ré, médica anátomo-patologista, era uma obrigação de resultado, tendo a mesma incorrido num erro de diagnóstico.

Todavia, a sentença em apreço entendeu que a

1.ª Ré, ilidiu a presunção de culpa que sobre si impendia, uma vez que o presente caso caía na situação de “pitfall”, ou seja, entendeu que por tal erro não poderia ser responsabilizada a médica, uma vez que esta foi confrontada com um caso de difícil diferenciação porque mimetiza o cancro, com uma taxa de ocorrência de menos de 1%, sendo certo que este erro poderia ocorrer mesmo com a observância de todas as boas práticas.

Logo, não poderia ser assacada culpa a nenhum dos RR., pelo que a presente acção foi julgada improcedente.

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

A apresentante esclareceu que, não obstante a decisão de primeira instância, houve a interposição de recurso por parte do A. para o Tribunal da Relação de Lisboa. Este Tribunal considerou que, estando em causa uma obrigação contratual e uma obrigação de resultado, a médica anátomo-patologista, 1.ª Ré, tinha o dever de pedir uma segunda opinião, tendo atribuído ao A. uma indemnização de 100.000,00€.

Foi depois interposto recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, que manteve a decisão da Relação.

Foi avançado na discussão que a médica não terá pedido uma segunda opinião, porque não adivinharia que estaríamos perante um caso de “pitfall”.

Por outro lado, foi questionada na discussão a razão de o médico urologista não ser parte na acção. A Dra. Cristina Neves esclareceu que isso apenas se deveu ao facto de o A. não ter proposto acção contra o mesmo, nem nenhum dos RR. ter requerido a intervenção daquele.

O Prof. Doutor André Dias Pereira referiu, sobre a questão do dano não patrimonial, que em

França e na Alemanha existem bases de dados que permitem, quer a quem propõe as acções, quer aos seus decisores, ter uma ideia das quantias peticionadas e atribuídas em casos análogos. Isto de forma a evitar disparidades tão elevadas.

Foi ainda questionada a violação ou não do princípio da igualdade quando feita a comparação com o dano biológico e sobre se na Jurisprudência do Supremo tem sido feita a mobilização do art. 8.º do CC, designadamente do seu n.º 3.

CASO 5

APRESENTADO PELA DRA. FILOMENA GIRÃO — ADVOGADA

A) Identificação da decisão: *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, na sequência de uma acção declarativa de condenação sob a forma de processo ordinário*

B) Palavras — chave: *contrato de prestação de serviços médicos, obrigação de meios/obrigação de resultado, responsabilidade contratual/extracontratual, presunção de culpa, actividade perigosa*

C) Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- a) A Autora propôs acção declarativa de condenação contra o médico responsável pela intervenção cirúrgica a que foi submetida, e ainda contra o estabelecimento privado de saúde onde aquela cirurgia decorreu, peticionando a condenação solidária dos Réus no pagamento de € 183.076,55, a título de danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos em consequência daquela intervenção.
- b) A Autora padecia de coxartrose bilateral com acentuação na anca direita.

- c) Em Maio de 2001, a Autora dirigiu-se às instalações da 2.ª Ré, tendo solicitado consulta do 1.º Réu que ali exerce funções.
- d) O 1.º réu tinha larga experiência em intervenções cirúrgicas como a dos autos, sendo reconhecido por muitas pessoas para a realização de intervenções cirúrgicas como a dos autos.
- e) O referido profissional de saúde prescreveu à Autora a realização de intervenção cirúrgica para a colocação de uma prótese total da anca (artoplastia com prótese total).
- f) Em face das explicações do réu e de outro médico que tinha consultado, a Autora pretendeu que ele lhe realizasse a operação, tendo assinado a declaração de consentimento junta aos autos.
- g) Cirurgia que sucedeu a 15 de Maio de 2001.
- h) A segunda Ré contratou com a A. prestar-lhe acompanhamento e cuidados pré e pós operatórios, de aluguer do bloco operativo, de alojamento, de alimentação, de enfermagem, e mesmo outros que são necessários em consequência de intervenções cirúrgicas que se realizem na Clínica.
- i) A operação a que a Autora foi submetida é realizada na grande maioria dos casos sem complicações, mas comporta alguns riscos, cujas causas são múltiplas e muitas vezes difíceis de identificar, entre os quais o de lesão de nervo ciático.
- j) Em consequência da cirurgia, a Autora veio a sofrer estiramento do nervo ciático, manifestando sintomas logo no 1.º dia de

- pós-operatório.
- k) Nessa data, o médico (especialista em ortopedia) reconheceu que tinha ocorrido uma complicação durante a cirurgia, em consequência de a prótese que lhe fora colocada ostentar uma haste mais longa do que a devida.
 - l) Assim, a 17 de Maio de 2001, a Autora foi novamente submetida a intervenção cirúrgica para encurtar a prótese e explorar o nervo ciático.
 - m) A A. esteve acamada cerca de um mês, fez fisioterapia durante cerca de 10 meses, fez várias radiografias e tomou várias injeções epidurais.
 - n) Não obstante tais tratamentos, a Autora perdeu a sensibilidade no pé direito, apresenta a perna direita definhada e mais fina do que a esquerda, exhibe claudicação acentuada na marcha e sofre de dores permanentes (mesmo nas posições de sentada ou deitada), sente graves limitações na movimentação, pelo que se desloca apenas com o apoio de uma ou duas canadianas.
 - o) A Autora, então com 48 anos de idade, viu-se impedida de continuar a exercer a sua atividade profissional, ou qualquer outra profissão ou atividade lucrativa.
 - p) Ficou, pois, com o seu futuro pessoal, familiar, profissional e social posto em causa, sentindo-se angustiada e deprimida, manifestando dificuldades em conciliar o sono, em fazer qualquer esforço físico, o que a faz sentir diminuída e com vergonha da sua perna direita.
 - q) O Tribunal de 1.^a Instância absolveu os

Réus do pedido, com fundamento na inexistência de nexo de causalidade entre os factos e os danos.

- r) A Autora interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa que, por acórdão de 27-10-2015, confirmou a decisão de primeira instância (com voto de vencido).
- s) A Autora interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, que confirmou o acórdão recorrido.

2. O direito

A Autora celebrou com os Réus um contrato de prestação de serviços, mediante o qual estes se obrigavam à prestação de serviços médicos à primeira. Alega, todavia, que o mesmo foi deficientemente cumprido, daí resultando para ela danos, patrimoniais e não patrimoniais, pelos quais pretende ser indemnizada.

No caso em apreço, estamos assim perante uma eventual responsabilidade civil contratual, tendo assim aplicação o disposto no art. 799.º do CC, ou seja, a presunção de culpa sobre o devedor.

O acórdão do STJ em análise discorre sobre a responsabilidade contratual e extracontratual e integra o contrato de serviços médicos, no contrato de prestação de serviços do art. 1154.º do CC.

Por outro lado, debruça-se depois sobre a questão de saber se o contrato de prestação de serviços médicos, não obstante a noção do art. 1154.º do CC, integra uma obrigação de meios ou de resultado.

Conclui que a obrigação principal assumida pelo médico é a de tratamento, sendo por isso de qualificar como obrigação de meios, e não de resultado, por não se ter ele vinculado a obter a cura do paciente, mas apenas a tentá-la por meio do tratamento que os seus específicos conhecimentos

científicos e técnicos lhe apontem como adequado, como se explica, entre outros, no Ac. deste Supremo Tribunal de 17/01/2013 (relatora Ana Paula Boularot).

Todavia, refere que em matéria de aplicação de próteses, apoiando-se no ensinamento de Rute Teixeira Pedro in “A responsabilidade civil do médico”, pág. 100, “existe uma especificidade que leva a que, em regra, seja apresentada como exemplo de uma intervenção em que o médico se vincula à consecução de um resultado. Trata-se, porém, de uma atividade complexa, em que o profissional médico assume obrigações de vária natureza, sendo necessário fazer uma distinção entre a atividade de elaboração da prótese e a de aplicação da mesma no organismo do paciente. No que se refere à primeira, o médico compromete-se a elaborar um dispositivo que se adeque à anatomia do concreto doente, de acordo com regras técnicas precisas, assumindo nessa medida uma obrigação de resultado. Mas no que respeita à segunda, na medida em que a aceitação ou rejeição de um corpo estranho pelo organismo depende de um conjunto de fatores que o profissional não consegue controlar, a obrigação assumida deverá qualificar-se como obrigação de meios.”

Apesar de o Supremo Tribunal de Justiça ter considerado que a responsabilidade médica apresenta, no caso em apreço, natureza contratual, alega a apresentante que este não considerou — como devia — a presunção de culpa constante do artigo 799.º do Código civil, segundo a qual “incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não resulta de culpa sua”.

Efectivamente, a aresto em apreço entendeu que a responsabilidade no âmbito do contrato de prestação de serviços médicos, por negligência, por violação das *leges artis*, tem lugar quando, por

indesculpável falta de cuidado, o médico deixe de aplicar os conhecimentos científicos e os procedimentos técnicos que, razoavelmente, face à sua formação e qualificação profissional, lhe eram de exigir: a violação do dever de cuidado pelo médico traduz-se precisamente na preterição das *leges artis* em matéria de execução da sua intervenção.

Porém, refere depois, lançando mão da noção de obrigação de meios, que cabe “ao paciente provar a falta de diligência do médico, a falta de utilização de meios adequados de harmonia com as *leges artis*, o defeito do cumprimento, ou que o médico não praticou todos os atos normalmente considerados necessários para alcançar a finalidade desejada: é essa falta que integra erro médico e constitui incumprimento ou cumprimento defeituoso. E só depois dessa prova funcionará, no domínio da responsabilidade contratual, a dita presunção de culpa.”

Pelo exposto, entendeu a apresentante que o acórdão violou claramente o disposto no artigo 799.º do Código Civil.

O acórdão em análise debruçou-se ainda sobre o cúmulo de responsabilidade contratual e extracontratual, que vem sendo há muito defendida em matéria de responsabilidade médica e que permitiria convocar para o caso em apreço o artigo 493.º, n.º 2 do Código Civil, segundo o qual: “quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”.

Sucede que o referido Acórdão entendeu o seguinte: “se vem invocada violação de uma obrigação contratual de que resultam danos para uma das partes, o pedido de indemnização deve alicer-

çar-se nas regras da responsabilidade contratual, com exclusão, face a um princípio da consunção, das da extracontratual, inclusive do disposto no art.º 493º, citado, que nesta se integra, aplicando-se o regime da primeira por ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada e por ser, em regra, o regime globalmente mais favorável ao lesado.

Não obstante, o STJ pronunciou-se sobre uma eventual aplicação subsidiária da responsabilidade extracontratual, caso a responsabilidade contratual não tivesse lugar na situação em apreço, dado que o Juiz, embora sujeito aos factos invocados pelas partes, lhes poderá atribuir qualificação jurídica diversa.

Concluiu que esse dispositivo (art.º 493º) não teria aplicação na hipótese dos autos. Desde logo, porque uma prótese, enquanto coisa móvel, para efeitos do n.º 1, não representa por si só qualquer perigo (como aconteceria com uma arma, um artigo de pirotecnia, uma caldeira, etc). Também o seu n.º 2 (lançando mão da noção de actividade perigosa), não teria aplicação no caso da actividade médica analisado nos autos, uma vez que esta “não tinha, por sua natureza nem pela natureza dos meios utilizados, uma perigosidade de tal ordem que, mesmo entendendo-se que nos encontrávamos no âmbito da responsabilidade extracontratual, justificasse a aplicação da presunção prevista no n.º 2 do mencionado art.º 493º, mantendo-se, em consequência, o ónus da autora de provar o incumprimento ou o cumprimento defeituoso das obrigações médicas do réu, por não lhe terem sido prestados os melhores cuidados possíveis, o que não conseguiu fazer.”

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

A apresentante considerou que o STJ ajuizou mal, sobretudo por não ter aplicado ao caso em apreço a presunção de culpa prevista no art. 799.º CC (por incumprimento das *legis artis* e dos deveres acessórios de conduta).

A discussão após a apresentação debruçou-se sobretudo na questão de qualificar a actividade médica como actividade perigosa, para efeitos de aplicação da presunção de culpa prevista no art. 493.º do CC.

CASO 6

APRESENTADO PELA DRA. MARIA FERNANDA ALMEIDA — JUÍZA DE DIREITO

69

A) Identificação da decisão: *Acção declarativa de condenação sob a forma de processo ordinário*

B) Palavras — chave: *contrato de prestação de serviços médicos, responsabilidade contratual/extracontratual, erro médico, legis artis/dever objectivo de cuidado,*

C) Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- a) A Autora propôs acção declarativa de condenação contra o médico responsável pela prescrição de um medicamento de correcção hormonal, e ainda contra o estabelecimento privado de saúde onde aquela consulta se realizou, peticionando a condenação solidária dos Réus no pagamento de € 68.539,94€, a título de danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos em

consequência daquela intervenção.

- b) Para tanto, alegou que foi consultada pelo 1.º R. nas instalações da 2.º Ré.
- c) Este prescreveu-lhe um medicamento de correcção hormonal, na sequência do qual a A. foi vítima de constantes hemorragias e de vários problemas de saúde.
- d) Chegou inclusivamente a ser submetida a cirurgia a laser ao colo do útero.
- e) O primeiro Réu contestou, alegando que, atendendo à idade, sintomatologia e história clínica (menopausa) aconselhou à A. terapia hormonal de substituição (THS), tendo-a esclarecido dos efeitos respectivos e obtido a sua concordância.
- f) Alega que a medicação prescrita era a correcta, sendo que as perdas de sangue ocorridas cessariam logo que a A. parasse a toma daquela medicação; mais refere que a cirurgia ao útero nada teve a ver com a medicação de THS.
- g) Suscitou ainda a intervenção provocada da seguradora para a qual transferiu a responsabilidade decorrente de responsabilidade civil profissional, tendo esta contestado, invocando a prescrição.
- h) A A. alegou ainda que o Réu não cumpriu o dever de registar as informações clínicas, o que motiva a inversão do ónus da prova
- i) A A. alegou por outro lado que o medicamento que lhe foi ministrado apenas se destinava a mulheres histerectomizadas, o que não era o seu caso.
- j) E por ultimo, que o prazo de prescrição aplicável ao caso em apreço é de 20 anos.

2. O Direito

A A. funda a sua pretensão, por um lado, na responsabilidade civil extracontratual, tal como configurada no art. 483.º do CC e por outro na responsabilidade contratual, ao invocar que ao caso é aplicável o prazo de prescrição de 20 anos.

Existem diferenças de regime entre uma e outra: ónus da prova da culpa (art. 799.º, n.º 1 e art. 487.º, n.º 1, ambos do CC); prazos de prescrição (art. 309.º e 498.º do CC, ambos do CC); responsabilidade por facto de outrem (art. 800.º, n.º 1 e 500.º, ambos do CC); atenuação equitativa de indemnização em caso de mera culpa (art. 494.º do CC).

O médico que tem um consultório aberto com placa, encontra-se numa situação de proponente contratual, sendo que o doente que aí se dirige está a manifestar a aceitação de tal proposta, gerando-se assim um vínculo contratual, de natureza pessoal, em regra de execução continuada, sinalagmático, oneroso e susceptível de resolução.

Sem prejuízo desta natureza contratual, muitas vezes a responsabilidade médica também pode ter natureza extracontratual, casos em que pode lançar-se mão de ambos os tipos de responsabilidade civil.

No caso dos autos é demandada uma clínica na qual o R. médico prestava os seus serviços. Todavia, a A. não alegou, nem muito menos fez prova sobre o vínculo que ligava a Clínica ao médico. Poderia ocorrer uma das seguintes situações: se o médico trabalhava por conta da clínica, poderia colocar-se a questão da relação comitente-comissário (Art. 500.º do CC) ou, no caso de responsabilidade contratual, a situação da responsabilidade por actos de representantes legais ou auxiliares (art. 800.º do CC); se o médico ali dava consultas, mas remunerava a clínica pela utilização do espaço, nenhuma responsabilidade pode ser assacada à clínica.

Ora, não sendo alegado (e provado) nenhum

facto que pudesse co-responsabilizar a clínica, a mesma foi absolvida.

Sobre a responsabilidade do médico, a A. refere duas circunstâncias distintas:

- Por um lado, o erro médico, por este lhe ter prescrito terapêutica que, não sendo adequada, a sua situação, lhe provocou hemorragias;
- Por outro lado, a recusa de assistência do médico, quando a A., na sequência das aludidas hemorragias, se dirigiu à Clínica para ser consultada, e na ausência de tal consulta, teve que se dirigir ao Hospital.

Sobre a primeira — o erro médico — não existe uma definição do que seja este. Mas pode afirmar-se genericamente que o mesmo consiste numa falha profissional, não intencional, resultante da realização de uma sequência de actividades físicas ou mentais, previamente planeadas, que falham em atingindo o resultado esperado (e essa falha não se deva à intervenção do acaso) — segundo José Fragata, em “Erro da Medicina”.

Já Germano de Sousa entende que erro médico será 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” (Negligência e erro médicos, in B.O.A., N.º 6, pág. 12-14).

A apresentante, por sua vez, define erro médico, como “a conduta médica em consequência da qual vêm a ocorrer na saúde ou vida do doente e devendo-se tal conduta à violação das *leges artis*, enquanto leis que encerram os deveres de cuidado exigíveis ao médico. Seria em tal violação do dever de cuidado que se centraria a ilicitude do acto médico, enquanto pressuposto da obrigação de indemnizar comuns aos dois campos da responsabilidade já mencionados) ”.

Na ausência de regras escritas, “o dever objectivo de cuidado é aferível pelo modelo-padrão que consiste em verificar os costumes profissionais, não quaisquer costumes ou hábitos, mas os próprios de um profissional prudente

Quanto à segunda circunstância, diga-se o seguinte: além do dever geral de assistência que impende sobre o médico, no âmbito de um contrato de prestação de serviços, é dever do médico vigiar e acompanhar o doente a quem prescreveu determinada terapia, designadamente para verificação dos efeitos secundários. No entender da sentença em análise, para que pudesse julgar-se verificada a violação de tal dever, a A. tinha que alegar e provar que procurou o R. na clínica e que lhe comunicou, ainda que por intermédio de terceiro, alguma informação sobre o seu estado de saúde que suscitasse a necessidade de consulta e, que estando ali presente, o R. se recusasse, activa ou passivamente, a consultá-la. E tal não foi provado.

3. A decisão

A sentença em análise entendeu que quanto à terapêutica ministrada e à sua relação com as hemorragias ocorridas com a A. não ficou demonstrada qualquer conduta do R. médico que denuncie a violação de *leges artis*, sendo certo que os problemas que teve posteriormente também nada tiveram a ver com a medicação prescrita.

Também pela via da alegada recusa de prestação de assistência, inexistem fundamentos para responsabilizar o R. pela sucessão de eventos relatada pela A.

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

Durante a discussão, colocou-se a questão do registo clínico: na altura eram meros apontamen-

tos, à mão, do médico; o tribunal teve que considerar um simples manuscrito do médico.

Dever de documentação e a situação das diretivas antecipadas de vontade

A prova foi feita através do depoimento dos médicos, que vinham depor como testemunhas, colocando-se assim o problema das “testemunhas-perito”, com a consequente comparação entre o que foi feito pelo médico e o que a testemunha, enquanto médico também, teria feito.

Falou-se ainda no pressuposto da ilicitude neste tipo de acções: guidelines da prática médica.

A apresentante é ainda da opinião que em pro-

cesso criminal é mais difícil a condenação do que em direito civil.

A questão da aplicação do art. 493.º, n.º 2 do CC na responsabilidade médica: só relativamente a actos mais arriscados e já não para os mais comuns, rotineiros e corriqueiros. Todavia, há quem entenda que não deve ser feita, de todo, a aplicação do art. 493.º, n.º 2 à actividade médica (ex. Dra. Cristina Neves).

Mesa 5 e 6

RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO E OUTROS ENTES PÚBLICOS E FUNCIONAMENTO ANORMAL DO SERVIÇO E PERDA DE CHANCE

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

Relatores: *Mafalda de Sá* | Doutoranda da FDUC · *Abel Chicunha* | Mestrando da FDUC

CASO 1

APRESENTADO PELO DR. RAFAEL VALE E REIS — ASSISTENTE CONVIDADO DA FDUC E ADVOGADO

A) Identificação da decisão: *recurso jurisdicional — Tribunal Central Administrativo Norte*

B) Palavras-chave: *responsabilidade civil extracontratual do Estado — criopreservação de esperma — destruição das amostras — dever de informação*

C) Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- a) O autor, na sequência de um tumor maligno no testículo e antes de ser submetido a quimioterapia, procedeu à recolha de esperma para criopreservação em Outubro de 1994.
- b) A recolha e criopreservação foi realizada por um médico no Serviço de Genética Médica da Faculdade de Medicina do Porto, sendo réus na acção tanto o médico, como o Serviço de Genética.
- c) A recuperação total do autor ocorreu no ano de 1996, tendo ficado com azoospermia.
- d) Em Julho de 2005, o autor consultou um médico no sentido de recorrer a um pro-

cedimento de fertilização, utilizando o esperma congelado.

- e) Em Agosto de 2006 solicitou aos réus, por escrito, informação sobre o estado das amostras.
- f) Um novo pedido de informação, por escrito, foi feito pelo mandatário do autor em Outubro de 2006.
- g) Em Novembro de 2006 os réus responderam, informando que as amostras tinham sido destruídas em Junho de 2005.
- h) O procedimento normal do réu era o de informar os utentes, aquando da recolha de esperma, que a criopreservação era garantida por um período máximo de 5 anos, findo o qual o utente deveria contactar pessoalmente o serviço de genética reiterando a vontade de manutenção da congelação, sob pena de destruição das amostras.
- i) Este protocolo era livremente fixado pelo serviço de genética, já que inexistia, à data, legislação.
- j) O protocolo foi definido atendendo aos conhecimentos obtidos pela experiência e pelo estudo, bem como pelo tempo que, em média, um doente que faça tratamentos com quimioterapia demora para recuperar totalmente.

73

2. O Direito

O caso foi analisado sob a perspectiva da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas, no domínio dos actos de gestão pública, na altura regida pelo artigo 2.º, n.º 1, do DL n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967.

3. A Decisão

O facto em causa foi a eliminação voluntária das amostras de esperma à guarda do réu. Sendo certo que a destruição era legalmente admissível, ainda assim o réu não logrou demonstrar que havia informado o autor do prazo de 5 anos e do dever de comunicar a vontade de manutenção da criopreservação. Esta omissão é ilícita, porquanto violadora do direito do autor de ser informado, nos termos em que o réu se autovinculou e no quadro dos direitos do autor decorrentes do artigo 70.º do CCiv e 36.º, n.º 1, da CRP.

Contudo, também não ficou demonstrado que os réus comunicaram ao autor que não havia qualquer limite temporal. Além disso, a eliminação das amostras ocorreu mais de 10 anos após a sua recolha, muito depois do prazo auto-imposto pelo protocolo e, de frisar, na ausência de qualquer legislação impositiva. Nestas circunstâncias, não é possível formular um juízo de censura, pelo que não está preenchido o pressuposto da culpa.

O tribunal negou, assim, provimento ao recurso interposto pelo autor.

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

Toda a factualidade do caso ocorreu antes da Lei da Procriação Medicamente Assistida de 2006. Apesar de esta legislação não se referir à destruição de gâmetas, mas apenas de embriões, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

entendeu que o período referido, de 3 anos, deve ser igualmente aplicável aos gâmetas.

O caso suscita dúvidas em relação aos dois pressupostos da responsabilidade analisados.

Quanto à **ilicitude**, o acórdão não explicita bem o sentido da sua decisão, pois apenas afirma que o réu não conseguiu provar que tinha dado informação sobre o limite temporal. O raciocínio que lhe parece subjazer é o da consideração daquele elemento como um facto impeditivo, recaindo o ónus da prova sobre o réu. Contudo, não é líquido que assim seja, podendo considerar-se como um facto constitutivo, cuja prova já recairia sobre o autor. É uma questão controversa que o tribunal, não se pronunciando directamente, não fundamentou.

Quanto à **culpa**, por um lado, não é inequívoca a relevância jurídica a dar ao facto de a destruição ter ocorrido mais de 10 anos após a recolha, que parece ter pesado na valoração judicial. Por outro, parece haver uma incongruência com o pressuposto anterior, já que a ilicitude foi afirmada em relação à ausência de informação, enquanto que a culpa foi aferida, e negada, em relação à destruição das amostras.

Um outro aspecto discutido foi a possibilidade avançada num voto de vencido que entendeu estar em causa uma responsabilidade contratual, aplicando as regras do contrato de depósito. O réu comprometeu-se a congelar e guardar o esperma do autor para que este o pudesse utilizar quando o solicitasse, sendo obrigação do depositário avisar o depositante quando saiba de algum perigo que ameace a coisa (artigo 1187.º do CCiv). A destruição do esperma, propriedade do autor e à guarda do réu, sem o conhecimento daquele, seria ilícito por violar os artigos 70.º do CCiv e 36.º, n.º 1, da CRP. A culpa seria presumida e não teria sido ilidida. É duvidoso que se possa aplicar ao caso o

regime do depósito. De todo o modo, o raciocínio parece assentar, como entendimento prévio e implícito, na assimilação desta situação aos casos de responsabilidade médica, que é, normalmente, contratual.

CASO 2

APRESENTADO PELO DR. SÉRGIO NUNO COIMBRA CASTANHEIRA - ADVOGADO)

A) Identificação da decisão: *acção declarativa de condenação — Secção Cível de Coimbra*

B) Palavras-chave: *SIGIC — incompetência em razão da matéria — legitimidade processual*

C) Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) Uma paciente, necessitando de cirurgia à coluna, foi colocada em lista de espera num hospital público.
- ii) Em virtude da imprecisão relativamente à data de marcação da cirurgia, foi-lhe dada a possibilidade de escolher entre diversos estabelecimentos de saúde privados, ao abrigo do Sistema de Gestão dos Utentes Inscritos para Cirurgia (SIGIC).
- iii) A cirurgia foi realizada no estabelecimento por ela escolhido por dois ortopedistas.
- iv) Após esta intervenção, recorreu diversas vezes aos serviços de urgência, tendo sido diagnosticada com espondilodiscite, um processo inflamatório-infeccioso na coluna.
- v) A origem deste processo inflamatório foi a intervenção cirúrgica.

vi) A paciente foi submetida a uma intervenção para extracção do material que havia sido colocado aquando da primeira intervenção.

vii) Não obstante os tratamentos a que foi sujeita, o seu estado de saúde continuou a piorar progressivamente.

viii) Voltou a ser internada com diagnóstico de espondilodiscite, endocardite bacteriana e colite pseudomembranosa.

ix) Veio a falecer e a causa de morte foi identificada como sendo septicémia provocada por endocardite bacteriana.

x) Os autores na acção são os seus progenitores, enquanto sucessores legais.

2. O Direito

A acção em causa foi intentada junto de um tribunal cível, tendo sido alegada a incompetência *ratione materiae* desta jurisdição. Assim, estava em causa sobretudo o artigo 4.º do ETAF, que delimita a competência dos tribunais administrativos e fiscais.

Quanto ao SIGIC, este protocolo foi criado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 79/2004, de 3 de Junho, o seu funcionamento obedece aos princípios gerais da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, e o clausulado tipo da convenção para a prestação de cuidados de saúde no seu âmbito é definido pelo Despacho n.º 24 110/2004, de 23 de Novembro. Foi, ainda, mobilizado o artigo 1.º, n.º 6, do Código dos Contratos Públicos, quanto à definição de contrato administrativo.

3. A Decisão

A acção de responsabilidade civil fundamenta-se em actos médicos praticados por utentes per-

tinentes ao serviço nacional de saúde, bem como a um prévio acto médico realizado numa unidade de saúde privada, mas ao abrigo do SIGIC.

O tribunal considerou que a relação jurídica estabelecida por via do SIGIC é com a entidade convencionada e não com o médico. A existir uma relação contratual será entre o Serviço Nacional de Saúde e a clínica e não com o médico individualmente. Além disso, atendendo à legislação que rege o SIGIC e ao facto de o doente se sujeitar ao Código dos Contratos Públicos, um acto médico praticado em unidade hospitalar privada ao abrigo deste protocolo é uma situação regida pelo direito público. Ou seja, o litígio a resolver decorre de uma relação jurídico-administrativa, sob a égide do direito público.

Assim sendo, a competência material para conhecer da acção em que se discute eventual responsabilidade civil emergente desta relação jurídica é dos tribunais administrativos, ao abrigo do disposto no artigo 4.º, n.º 1, alíneas e) e h), do ETAF, declarando-se absolvidos os réus da instância por incompetência absoluta em razão da matéria.

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

Sendo controvertida a determinação da competência dos tribunais administrativos e fiscais em casos referentes ao SIGIC, a discussão centrou-se noutros aspectos suscitados pelo caso, de índole processual.

A acção foi intentada contra três médicos, o terceiro dos quais só teve contacto com a vítima após a intervenção cirúrgica e sem qualquer relevo. Na petição inicial, apenas é invocado num artigo, sem haver alegações em termos de imputação. Assim, alegou ilegitimidade passiva, na medida em

que, mesmo que toda a factualidade invocada fosse provada, nenhuma consequência se extrairia para este médico, pois nada haveria a imputar-lhe. Ou seja, este réu não tinha interesse em contestar.

Na acção que se seguiu, proposta nos tribunais administrativos e fiscais, este terceiro médico não foi demandado. Quanto aos outros dois, também aqui havia uma questão de legitimidade. Toda a factualidade alegada, se integralmente provada, apenas conduziria a um juízo de negligência, o que, de acordo com o DL n.º 48/051, de 21 de Novembro, determinaria que apenas o Estado seria responsabilizado e já não o médico que actuou negligentemente.

Esta realidade denota uma tendência dos juízes em não quererem decidir incidentes de legitimidade *ab initio*. Ora, na perspectiva dos médicos, o simples facto de constarem como réus numa acção, independentemente da sentença que vier a ser proferida, é um pesado encargo, com repercussões profissionais. Deste ponto de vista, não é indiferente uma acção ser julgada improcedente por ilegitimidade “processual” ou por ilegitimidade “material”, na qual se discute, logo desde início, o mérito da causa.

Antes, o significado desta legitimidade material era bastante discutido, havendo posições divergentes no sentido de dever ser aferida com base na relação material controvertida ou com base na configuração dada pelo autor. A redacção actual do artigo 30.º do CPC optou pela última concepção, sendo relevante a legitimidade tal como configurada pelo autor.

CASO 3

**APRESENTADA PELA DRA. HIGINA
ORVALHO CASTELO — JUÍZA
DESEMBARGADORA — TRIBUNAL DA
RELAÇÃO DE GUIMARÃES**

A) Identificação da decisão: *acção declarativa de condenação — 1.ª Secção Cível de Lisboa*

B) Palavras-chave: *responsabilidade contratual — atendimento em urgências — morte por septicémia causada por pneumonia — perda de chance*

C) Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) Mulher de 29 anos deu entrada num serviço privado de urgências hospitalares por volta das 2 horas da madrugada.
- ii) Encontrava-se em processo de recuperação de um meningioma, que havia sido extraído.
- iii) A recuperação estava a correr bem, mas o seu estado físico era, ainda, de grande debilidade.
- iv) Este quadro foi explicado ao médico que a atendeu nas urgências.
- v) Foi diagnosticada com um quadro gripal e amigdalite, tendo-lhe sido dada alta médica uma hora depois.
- vi) Pouco após as 10 horas da manhã seguinte, regressa ao mesmo hospital com dificuldades respiratórias, hipotensa e taquicárdica.
- vii) Foi considerada em estado muito grave, tendo sido de imediato entubada e internada, aí permanecendo durante 18 dias.

- viii) O seu estado clínico foi-se agravando, evoluído rapidamente para choque séptico e falência multiorgânica, vindo a falecer.
- ix) A causa da morte foi choque séptico devido a pneumonia.
- x) Aquando da primeira entrada nas urgências, a doente já estava com pneumonia e esta já tinha começado a provocar a septicémia.
- xi) Os sintomas apresentados eram compatíveis com pneumonia.
- xii) Foi feita medição do oxigénio existente no sangue, com o resultado de 63%, correspondente a um estado muitíssimo grave de privação de oxigénio.
- xiii) Uma amigdalite não é causa muito provável de hipoxemia.
- xiv) Não foi efectuada uma radiografia ao tórax, que detectaria a pneumonia.
- xv) O principal factor que determina a evolução de uma septicémia é o diagnóstico atempado.
- xvi) Numa sépsis grave diagnosticada na primeira hora, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80%, descendo para cerca de 40% quando passam 3 horas e, ao fim de 12 horas, apenas 20% dos doentes sobrevivem.

2. O Direito

O caso foi analisado na perspectiva da responsabilidade contratual, recorrendo, ainda, à figura dogmática da perda de chance.

3. A Decisão

Aquando da primeira entrada nas urgências,

é feito um diagnóstico indiscutível, injustificada e culposamente errado. Era possível, logo nesta altura, ter efectuado o diagnóstico correcto. A actuação foi negligente em virtude da falta de atenção e de execução de certos actos que, perante as circunstâncias, eram exigíveis. Com efeito, não foram utilizados os meios auxiliares de diagnóstico e os conhecimentos existentes e que teriam conduzido a um bom diagnóstico e a um tratamento, pelo menos, mais atempado. Era ainda exigível ao médico que tivesse dado melhor atenção à doente, pela fragilidade, antecedentes clínicos e grande mal-estar que apresentava

Contudo, inexistia um directo nexo de causalidade entre esta actuação e o dano final da morte. Não se pode concluir que, caso tivesse havido um correcto diagnóstico e tratamento na primeira entrada nas urgências, a doente teria sobrevivido. Já é possível fazer um juízo de probabilidade sobre a sobrevivência, pois sabemos, com certeza, que a actuação em causa fez a paciente perder a oportunidade de sobreviver. Assim, a probabilidade de sobrevivência foi coarctada pela conduta do médico, gerando um dano concreto: a redução drástica da probabilidade de sobreviver. Entre a conduta do médico e este dano autónomo e intermédio há um nexo causal.

Assim, decidiu o tribunal estarem preenchidos os pressupostos da responsabilidade contratual, condenando o réu a uma indemnização com referência ao dano da chance perdida. Para a sua aferição, procede-se à avaliação do dano final e à fixação do grau de probabilidade de obtenção da vantagem, aplicando o segundo valor, em percentagem, ao primeiro valor. Considerou-se de 40% a probabilidade de sobrevivência entre as 2 e as 3 horas da madrugada.

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

O tema da perda de chance é suscitado neste caso pelo facto de estarem preenchidos todos os pressupostos da responsabilidade à excepção do nexo de causalidade. Com efeito, este não podia ser afirmado com o grau de probabilidade que normalmente se exige, atendendo a que, se tudo tivesse sido correctamente feito aquando da primeira entrada nas urgências, ainda assim a paciente poderia vir a falecer.

Ficou, todavia, provado que a probabilidade de sobrevivência foi diminuída, tratando-se de uma situação em que o diagnóstico e a intervenção atempados são cruciais. Ora, quando alguém se dirige a um hospital, faz parte da prestação acordada a preservação da chance de a pessoa sobreviver, ainda que venha, posteriormente, a falecer.

Assim sendo, é exigível que o médico actue, no âmbito da sua obrigação de meios, de forma a preservar as possibilidades de se alcançar o resultado pretendido, embora não prometido — é precisamente no campo das obrigações de meios que a doutrina da perda de chance encontra um campo fértil de aplicação.

Como crítica ao recurso a esta doutrina, foi colocada uma questão processual, no sentido de saber se o dano da perda de chance tem de ser expressamente invocado pelo autor ou se pode ser de conhecimento oficioso pelo juiz. Esta é uma questão muito discutida na doutrina e jurisprudência estrangeiras, mas há entendimentos no sentido de que, se da factualidade invocada ressaltar a existência do dano da perda de chance, ainda que não designado deste modo, a sua consideração resulta tão-só de uma alteração da qualificação jurídica, a qual compete ao juiz.

Já ao nível substantivo, outra crítica suscitada foi a de o dano da perda de chance não ser verdadeiramente autónomo, atendendo, desde logo, ao facto de o montante indemnizatório ser calculado por referência ao dano da morte. Acresce que é duvidoso saber se se invocaria o este instituto caso o dano morte não tivesse ocorrido. Contra esta posição, é possível afirmar que, pese embora relacionados, se tratam de danos distintos. A sua autonomia decorre do seu relevo próprio, já que se trata de uma chance juridicamente tutelada na medida em que está contida na obrigação imposta ao médico. A este exige-se que proteja a maior possibilidade possível de sobreviver e/ou de se curar.

Daqui decorrem dois limites ao recurso ao instituto da perda de chance: (i) por um lado, tem de estar demonstrada a existência de um facto ilícito e culposo com o qual se estabeleça um nexo de causalidade em relação à perda de chance; (ii) por outro lado, esta chance tem de ser juridicamente tutelável ainda antes de ter sido perdida. Estas limitações, se correctamente aplicadas, diminuem um recurso abusivo em que toda a perda passasse a fundar-se numa prévia chance.

CASO 4

APRESENTADA PELA DRA. RUTE TEIXEIRA PEDRO — PROFESSORA AUXILIAR DA FDUP E INVESTIGADORA DO CIJE

A. Identificação da decisão: *recurso de revista — Supremo Tribunal de Justiça*

B. Palavras-chave: *responsabilidade contratual — ausência de prova da ilicitude — perda de chance — mecanismos de simplificação probatória*

C. Os factos, o Direito e a Decisão

1. Os factos

- i) Paciente, mulher de 21 anos, decidiu submeter-se a uma intervenção de lipoaspiração dos culotes.
- ii) Para tal, consultou um médico na sequência de indicações de amigas de que se tratava de cirurgião plástico e por força de convicção gerada de que estava habilitado para o efeito.
- iii) Este médico licenciou-se em medicina, pela Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa, no ano de 1986.
- iv) Apesar de ter realizado o internato geral, o internato complementar em cirurgia geral e o internato em cirurgia cardiotorácica, e de ter completado, depois, ao longo de três anos, a especialização em cirurgia plástica e reconstrutiva na Universidade Católica do Rio de Janeiro, a Ordem dos Médicos não o reconhece como cirurgião plástico, nem como tendo outra especialidade médica.
- v) Ainda assim, este médico está autorizado a exercer todos os actos médicos para os quais se sinta devidamente habilitado, incluindo actos próprios da cirurgia plástica.
- vi) Antes da cirurgia e por indicação do médico, realizou exames que não revelaram qualquer contra-indicação à realização da intervenção, nem à administração de anestesia e sedação.
- vii) Prestou consentimento que foi reduzido a escrito.

- viii) A cirurgia ficou marcada para 9 de Dezembro, participando, além do médico previamente consultado, um outro médico com especialidade de anestesia.
- ix) Na sequência da sedação e do início da administração da anestesia local, a doente bradicardizou, tendo sofrido uma paragem cardio-respiratória.
- x) Os dois médicos de imediato administraram fármacos à doente e procederam a massagem cardíaca externa e a ventilação manual.
- xi) Atendendo a que a paciente não recuperava, foi feita uma entubação orotraqueal e dada continuidade à ventilação manual.
- xii) Chamaram o INEM que, quando chegou ao local, tomou a responsabilidade pela reanimação, tendo designadamente ministrado atropia e adrenalina, tendo sido obtida pulsação decorridos 5 minutos e, mediante a ministração de mais fármacos, pulsação e pressão arterial volvidos mais 5 minutos.
- xiii) Foi transportada para um hospital público, vindo a falecer a 12 de Dezembro.
- xiv) No local da intervenção cirúrgica existiam os equipamentos e fármacos necessários à administração de anestésias locais, onde se incluem todos os equipamentos e fármacos necessários à reanimação.
- xv) Não ficou provado que só trinta minutos depois de a paciente ter bradicardizado é que os réus chamaram o INEM.
- xvi) A intervenção e a ministração das doses que foram administradas à paciente podiam ter lugar no local em condições de segurança.

- xvii) O choque anafilático pode acontecer a qualquer pessoa que seja exposta a injeção de medicamento, sendo absolutamente imprevisível, mesmo quando as doses anestésicas administradas são as corretas.

2. O Direito

O caso baseou-se na aferição dos pressupostos da responsabilidade civil contratual, tendo um dos votos de vencido invocado a figura da perda de chance.

3. A Decisão

Cabia aos autores, sucessores legais da paciente, a prova do incumprimento ou cumprimento defeituoso. Ora, não se considerou provada a violação das *leges artis*, atendendo a que na cirurgia esteve presente um médico com especialidade em anestesia e que nada no estado de saúde da paciente fazia prever uma contra-indicação à anestesia, pelo que não era de contar com a consequência que adveio da administração da anestesia. Também não ficou provado o nexo causal entre a paragem cardíaco-respiratória e o choque anafilático.

Consequentemente, não se provou que a paragem cardíaco-respiratória fosse consequência da conduta errada ou indevida de qualquer um dos médicos, nem sequer do próprio choque anafilático, não se provando nem a ilicitude, nem o nexo causal. Pelo contrário, os réus lograram provar que actuaram diligentemente, incluindo nas manobras de ressuscitação que efectuaram.

Assim, o STJ concedeu o recurso de revista, interposto pelos dois réus, revogando a decisão impugnada da Relação e repristinando a decisão da 1.^a instância, havendo dois votos de vencido.

4. Votos de vencido

O primeiro voto de vencido, do Juiz Conse-

lheiro João Bernardo, afirma que a repartição do ónus da prova tem de ser tal que cabia aos réus demonstrar diligência na administração da anestesia e na utilização das técnicas de reanimação. São os médicos, enquanto especialistas, que estão melhor posicionados para proceder a tal prova. No caso, não é possível cindir a culpa do comportamento devido, abrangendo a presunção de culpa a ideia de que não se teve o comportamento devido e de que daí derivou a morte. Ora, considera o Conselheiro que os réus não lograram ilidir a presunção de culpa.

O segundo voto de vencido, do Juiz Conselheiro Oliveira Vasconcelos, considera que a insatisfação de um interesse final ou mediato, arrastando a insatisfação do interesse imediato ou intermédio, pode servir de indício ou demonstração do inadimplemento da obrigação de não destruição das possibilidades de êxito terapêutico. Nestas circunstâncias, caberá ao médico provar que actuou com a diligência exigível, sendo que a finalidade pretendida apenas não se logrou por razões que não podia prever nem controlar, sob pena de ser responsabilizado pelo dano de destruição das possibilidades/ chances. No caso, o resultado imediato que se pretendia, a lipoaspiração, estava ao alcance dos réus, tendo em conta as reais possibilidades que ela apresentava. Com a morte, um resultado mediato, perdeu-se a chance do aproveitamento da oportunidade que a paciente tinha de ser operada com êxito. Ora, para o Juiz Conselheiro, a actuação dos réus aquando da administração da anestesia esteve na origem do facto que originou a bradicardização e estes não lograram ilidir a presunção de culpa que sobre eles impendia.

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

O caso, suscitando outras questões, foi avaliado na perspectiva da teoria da perda de chance. Come-

çou por se frisar que o recurso a este instituto não pode servir para ressarcir consequências que antes de serem perdidas não teriam relevância jurídica — a chance já tinha de ser juridicamente tutelável.

O instituto tem sido mais aplicado quanto à aferição da responsabilidade de advogados, talvez por se tratarem de casos em que os magistrados mais facilmente identificam a chance em causa. No âmbito médico é mais difícil proceder a tal avaliação.

Em alternativa à perda de chance, é habitual invocarem-se outros mecanismos que actuam directamente ao nível probatório, convocando o funcionamento das presunções judiciais (artigo 351.º do CCiv), do princípio da apreciação livre da prova (artigo 607.º, n.º 5, do CPC) e do regime do n.º 3 do artigo 566.º e do mecanismo inversor do ónus da prova previsto no n.º 2 do artigo 344.º do CCiv. Ora, foi a estas figuras, que configuram mecanismos de simplificação da actividade probatória, mais precisamente à da prova *prima facie* ou de primeira aparência, que o Juiz Conselheiro João Bernardo recorreu na sua declaração de voto. Na prova da primeira aparência o julgador, para se considerar convencido da comprovação de certos factos, aceita factos menos “bem” provados. Entende-se que o resultado foi tão anómalo que os factos falam por si. Já se recorrermos à perda de chance, podemos adequar o montante indemnizatório, o que para alguns é uma vantagem e para outros uma desvantagem.

Ora, foi precisamente a perda de chance que foi convocada pelo Juiz Conselheiro Oliveira Vasconcelos no seu voto de vencido. Este Conselheiro tem muitas dúvidas sobre o comportamento dos médicos, nomeadamente aquando da tentativa de reanimação da paciente, sendo que se se provassem factos que permitissem demonstrar que os médicos não actuaram como era devido, surgiria a questão de saber se esses comportamentos podiam juridi-

camente ser causa da morte da doente. Ora, perante a dificuldade de afirmação da condicionalidade, e podendo afirmar-se a adequação, por terem diminuído as chances de evitar a morte, poderia ressarcir-se o dano da perda de chance de sobreviver ao evento ocorrido na sequência da administração da anestesia e sedação.

Contudo, há que sublinhar que o ponto essencial é que, antes de partirmos para este raciocínio, se tenha já provado um acto ilícito e culposo. Ora, no caso em apreço, contrariamente ao caso anteriormente relatado, a questão da demonstração da ilicitude, culposa ou não, foi a mais controvertida, tendo a Relação decidido em sentido distinto da 1.ª instância e do Supremo.

No entender da Professora Doutora Rute Pedro, a perda de chance, por vezes indevidamente invocada, é uma espécie de dano, actuando ao nível do nexo causal e pressupondo, em primeiro lugar, a afirmação da ilicitude e da culpa de uma conduta que faz perder as chances. Apenas após esta conclusão é que se analisará o nexo causal, o qual se afere não em relação ao dano (dito final) da perda da vida, mas ao dano de perda de possibilidade de sobrevivência. A figura da perda de chance, assim entendida, não transmuta a responsabilidade do médico numa responsabilidade objectiva que se efectiva perante a concretização de qualquer risco que a actividade médica comporte.



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



ISBN 978-989889118-1



9

789898

891181

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