



Universidades Lusíada

Rocha, Catarina Mafalda Menezes da

Responsabilidade civil médica em situações de pandemia

<http://hdl.handle.net/11067/6443>

Metadados

Data de Publicação	2021
Resumo	<p>A presente dissertação de mestrado patenteia como primordial objetivo proceder à análise do eventual impacto da COVID-19 na responsabilidade civil médica, concretizando-se, para o efeito, a explanação do regime geral da responsabilidade civil no âmbito do direito da saúde para que, em momento ulterior, se possa refletir acerca das eventuais divergências entre uma e outra situações. Estruturalmente, o presente projeto académico encontra-se fragmentado em três capítulos: erro médico; responsabili...</p> <p>This master's degree dissertation has the main purpose to proceed with the analysis of the possible impact of COVID-19 in the medical-civil responsibility, accomplishing, for that purpose, the explanation of the general regime of civil liability within the health law so that, at any time, thereafter, could reflect about the possible divergences between one and other situations. Structurally, this academic project is divided into three chapters: medical error; medical-civil responsibility: gener...</p>
Palavras Chave	Direito, Responsabilidade civil - Pandemia, Responsabilidade civil médica, Médicos - Responsabilidade Profissional, Erro médico - Direito
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-20T03:57:30Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM SITUAÇÕES DE
PANDEMIA**

Catarina Mafalda Menezes da Rocha

Dissertação para obtenção de Grau de Mestre em Direito, ramo Ciências Jurídico-Civilísticas, sob a orientação da Professora Doutora Sandra Passinhas

Porto, 2021

Agradecimentos

Volvidos seis anos desde o primeiro contacto com o Direito, chega ao fim mais uma etapa da minha vida académica. A mais estranha e distante de todas. Foram dois anos em que a tarefa de aprender só se pôde concretizar através de um ecrã. Longe dos docentes e dos colegas, mas em prol da saúde e do conhecimento de todos.

A redação de uma dissertação de mestrado consiste, indubitavelmente, numa jornada repleta de múltiplos desafios, inúmeras pesquisas, algumas incertezas e contrariedades, cuja conclusão seria utópica sem o apoio daqueles que nos são próximos.

À minha ilustre orientadora, Professora Doutora Sandra Passinhas, deixo um particular agradecimento por toda a ajuda, pela simpatia, pela disponibilidade e por ter acreditado em mim. Mais relevante do que a elaboração de um projeto de investigação é poder contar com o auxílio do orientador para que a nossa capacidade possa ser elevada a outro patamar, com acréscimo de uma contribuição para a ciência jurídica.

À Universidade Lusíada Norte-Porto agradeço a forma como tão bem me acolheu nestes dois últimos anos da minha vida académica.

À Biblioteca da Universidade Lusíada Norte-Porto e aos seus colaboradores agradeço todo o auxílio, a paciência e a constante preocupação em disponibilizar a informação que solicitávamos, mesmo nos momentos em que o acesso às suas instalações se tornou interdito. Bem-haja.

Aos meus pais agradeço o apoio incondicional em todas as fases da minha vida, a educação, os valores que me transmitiram e todos os sacrifícios que fazem para que os meus objetivos se concretizem.

Ao Bruno, que me acompanha desde a adolescência e que, aquando da concretização deste projeto, me facultou bibliografia agradeço o incondicional apoio, a generosidade, as palavras de incentivo, o companheirismo e a presença assídua nos momentos mais importantes da minha vida. Obrigada por seres, genuinamente, um bom ser humano e por deteres um bom coração.

À Janina, com quem compartilhei todo o ensino superior, agradeço a autenticidade, o companheirismo, os telefonemas, o incentivo, a partilha de infindáveis horas de estudo, de conhecimentos, de dificuldades, a amizade e os maravilhosos momentos de diversão que me proporcionou e que tornaram os meus dias mais leves e felizes. Obrigada por seres a amiga que muitos queriam ter, que nos suporta e apoia em qualquer momento. Que assim seja, para sempre.

Ao Daniel, à Patrícia F. e à Patrícia M., agradeço o facto de manifestarem a sua confiança nas minhas capacidades, a sua permanente preocupação em acompanhar o meu percurso académico e o privilégio que me facultam em acompanhar o seu crescimento pessoal e profissional. Obrigada por fomentarem sempre a nossa amizade e por serem quem e como são.

Agradeço, também, a todas as instituições de ensino pelas quais passei e a todos os professores que, nos últimos dezoito anos, com a sua sapiência, me transmitiram conhecimento e que, em mim, deixaram uma marca indestrutível – um bocadinho do seu “eu”.

Por fim, mas não menos importante, manifesto o meu agradecimento a todos aqueles que me acompanharam ao longo do percurso académico, com particular destaque à Carla, à Patrícia, à Teresa, à Juliana e à Stephanie por todos os momentos que compartilhamos e por todas as boas memórias que construímos desde o primeiro dia.

Índice

Agradecimentos	I
Índice	III
Resumo	V
Abstract.....	VI
Palavras-Chave	VII
Lista de abreviaturas	VIII
1. Introdução.....	1
2. Erro Médico.....	3
2.1 Conceito de erro médico	3
2.2 Categorização do erro médico	10
2.2.1 Erro de diagnóstico	10
2.2.2 Erro de tratamento.....	13
3. Responsabilidade civil médica: regime geral	15
3.1 Resenha histórica	15
3.2 Considerações gerais acerca do instituto da responsabilidade civil.....	17
3.3 Pressupostos da responsabilidade civil	20
3.3.1 Facto voluntário do agente	20
3.3.2 Ilicitude	21
3.3.3 Culpa	24
3.3.4 Dano	27
3.3.5 Nexo de causalidade.....	30
3.4 Responsabilidade civil contratual	31
3.4.1 Contrato de prestação de serviços médicos.....	31
3.4.2 Considerações jurídicas acerca da responsabilidade civil contratual... 40	
3.4.3 Os pressupostos ilicitude e culpa à luz da responsabilidade contratual41	
3.4.4 A atividade médica enquanto obrigação de meios ou obrigação de resultado.....	42
3.5 Responsabilidade civil extracontratual	56
3.5.1 Cúmulo de responsabilidades: divergências doutrinais	57
3.5.2 Os pressupostos ilicitude e culpa à luz da responsabilidade aquiliana .59	
3.6 Ónus de prova nas ações de responsabilidade civil: breves notas	60

3.6.1	Prova <i>prima facie</i>	62
3.6.2	Teoria do dano anormal e desproporcionado	64
3.6.3	Inversão do ónus de prova por falta de documentação, destruição de meios de prova ou falta de esclarecimento	66
3.6.4	Mecanismos de facilitação de prova: erro ou negligência grosseira, ausência de organização e “erro de recrutamento”	68
4.	A pandemia COVID-19 e a presumível mudança de paradigma na responsabilidade civil médica.....	70
4.1	O novo coronavírus: análise instrutiva	70
4.2	A pandemia COVID-19 e o erro médico	72
4.2.1	O erro de diagnóstico aquando da deteção de SARS-CoV-2.....	74
4.2.2	O erro de tratamento perante a implementação de mecanismos de combate à COVID-19 e a eventual responsabilização daí decorrente.....	78
4.3	A COVID-19 e as presunções de culpa dos arts. 491.º, 492.º e 493.º CC. 95	
4.3.1	Dever de vigilância dos pacientes: o caso particular dos hospitais psiquiátricos, UCCI e ERPI.....	96
4.3.2	O SARS-CoV-2 enquanto infeção hospitalar: o dever de assegurar a limpeza e segurança das instalações	100
4.3.3	A medicina enquanto atividade perigosa: eventual aplicação do art. 493.º n.º2 CC.....	105
4.4	<i>Quid juris</i> quanto à eventual isenção de responsabilidade por simples negligência?.....	107
5.	Conclusão	120
	Bibliografia citada	122

Resumo

A presente dissertação de mestrado patenteia como primordial objetivo proceder à análise do eventual impacto da COVID-19 na responsabilidade civil médica, concretizando-se, para o efeito, a explanação do regime geral da responsabilidade civil no âmbito do direito da saúde para que, em momento ulterior, se possa refletir acerca das eventuais divergências entre uma e outra situações.

Estruturalmente, o presente projeto académico encontra-se fragmentado em três capítulos: erro médico; responsabilidade civil médica: regime geral; a pandemia COVID-19 e a presumível mudança de paradigma na responsabilidade civil médica.

Com a concretização deste projeto académico foi possível retirar algumas ilações, de entre as quais se destacam as seguintes: o erro médico (erro de diagnóstico/erro de tratamento) é suscetível de desencadear responsabilidade médica desde que seja juridicamente relevante e uma vez verificados os cinco pressupostos instituídos no regime geral (facto voluntário, ilicitude, culpa, dano e nexos de causalidade); a pandemia COVID-19 pode ocasionar isenção de responsabilidade médica em casos de simples negligência devido ao esforço sobre-humano dos profissionais e aos poucos recursos das unidades hospitalares para albergar um elevado número de pacientes, mantendo-se, contudo, a responsabilização dos profissionais aquando da verificação de erros grosseiros ou de intencionais violações a normas éticas.

Abstract

This master's degree dissertation has the main purpose to proceed with the analysis of the possible impact of COVID-19 in the medical-civil responsibility, accomplishing, for that purpose, the explanation of the general regime of civil liability within the health law so that, at any time, thereafter, could reflect about the possible divergences between one and other situations.

Structurally, this academic project is divided into three chapters: medical error; medical-civil responsibility: general regime; the Covid-19 pandemic and the presumed paradigm shift in the medical-civil responsibility.

With the realization of this academic project it was possible to draw some conclusions, among which the following may be noted: medical error (mistaken diagnose/wrong treatment) can trigger medical responsibility provided it is legally relevant and once checked the five assumptions applied in the general regime (voluntary fact, unlawfulness, guilt, injury and the causal link); the Covid-19 pandemic may cause the exemption of medical liability in cases of simple negligence due to the superhuman effort by professionals and to the scarce resources in hospital units to accommodate a huge numbers of patients, remaining, however, the responsibility of the professionals when huge mistakes or intentional violations to ethical rules are verified.

Palavras-Chave

Dano – Erro médico – Pandemia – Responsabilidade civil médica

Keywords

Damage – Medical error – Pandemic – Medical civil liability

Lista de abreviaturas

Ac. - Acórdão

AIM – Autorização de Introdução no Mercado

Art. – Artigo

AVD – Atividades de vida diárias

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

BGH - Bundesgerichtshof

CC – Código Civil

CCB – Código Civil Brasileiro

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

COVID-19 – *Coronavíus Disease of 2019*

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

DGS – Direção-Geral da Saúde

ERPI – Estrutura Residencial para Pessoas Idosas

EUA – Estados Unidos da América

INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONIAM - *Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections*

Iatrogènes et des infections nosocomiales

PCR – *Polymerase Chain Reaction*

Proc. nº – Processo número

RCM – Resumo das Características do Medicamento

ss. – Seguintes

SNS – Serviço Nacional de Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRAg – Teste Rápido de Antígeno

TRC – Tribunal da Relação Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

1. Introdução

O último biénio encontra-se demarcado pela galopante propagação do SARS-CoV-2 que, de forma impetuosa, atingiu todos os países do mundo.

Consistindo o direito no dever-ser que é, não lhe é assentida displicência face a uma desafiadora realidade e tessitura social que proibem a sua intangibilidade, devendo, por esse motivo, o impacto pessoal, social e económico da pandemia evidenciar repercussões jurídicas.

Com a permanente evolução deste flagelo, a pouco e pouco, este foi assumindo o carácter de “nova normalidade” e, enquanto tal, o medo que até então era notório no quotidiano dos cidadãos, deu lugar a alguma racionalização, tendo sido equacionadas múltiplas formas de responsabilização, de entre as quais se pode destacar a responsabilidade médica.

Face ao quadro epidemiológico vivenciado e à responsabilidade médica que daí pode advir será, através do presente projeto de investigação, concretizada uma análise do regime geral da responsabilidade civil médica, cujo escopo se traduzirá na determinação de eventuais desvios que um quadro pandémico pode ocasionar face àquele regime. Todavia, sendo o tema em questão muito vasto e com alguma densidade do ponto de vista teórico-prático, optou-se por delimitar o objeto de estudo com a formulação das seguintes questões-problema: Serão os tempos de pandemia suscetíveis de desencadear uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência? Se sim, em que termos?, uma vez que o presente projeto académico patenteia como primordial objetivo aferir em que medida uma situação de pandemia pode ocasionar divergências face ao regime geral de responsabilidade civil médica aquando da ocorrência de erro médico.

Estruturalmente, o projeto de investigação, encontra-se dividido em três capítulos distintos.

O primeiro – Erro médico – terá por objeto o conceito de erro médico, bem como a concretização da sua categorização através do estabelecimento da distinção entre erro de diagnóstico e erro de tratamento.

Já o segundo capítulo – Responsabilidade civil médica: regime geral – dedicar-se-á, num primeiro momento, a uma breve resenha histórica, prosseguindo para as considerações gerais acerca da temática, à exposição dos diferentes pressupostos que a caracterizam e, ainda, à distinção entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual.

O terceiro e último capítulo – A pandemia COVID-19 e a presumível mudança de paradigma na responsabilidade civil médica – procurará, ao longo dos seus subcapítulos, estabelecer a correlação entre o enunciado nos capítulos precedentes, com o intuito de aferir se e em que medida, a pandemia pode influir no regime aplicável em casos de erro médico e de possível responsabilização ou isenção de responsabilidade do profissional de saúde pela atuação errónea que tomara.

No que respeita ao plano metodológico, serão analisadas a legislação em vigor, obras consideradas essenciais para descortinar o objeto de estudo do trabalho a elaborar, jurisprudência e algumas dissertações com o intuito de, em momento ulterior, se proceder a uma análise crítico-textual e comparativa acerca do objeto de estudo do presente projeto de investigação.

2. Erro Médico

2.1 Conceito de erro médico

O erro é uma realidade conatural à conduta humana (“*errare humanum est*”) e, enquanto tal, o exercício da medicina não é exceção, constituindo, portanto, o erro médico¹ uma realidade inata à prática daquela ciência. (Rodrigues, 2012, p. 6)

Ederhard Shmidt, médico e penalista emérito da universidade de Leipzig, afirma que todo o erro perpetrado por um médico aquando da prestação de assistência a um doente deve ser percecionado como erro profissional. Destarte, é possível antever que nem todo o erro médico assumirá relevância civil ou jurídico-penal, mas somente aquele que seja suscetível de preencher um tipo de ilícito criminal ou que, pelos danos dele advindos e congregados os demais pressupostos da responsabilidade civil, constitua o autor no dever de indemnizar o lesado. (Rodrigues, 2012, pp. 8-9)

Ainda no que ao erro médico diz respeito, José Fragata destaca que o erro em medicina é gizado como uma falha não intencional advinda da execução de uma sucessão de atividades físicas ou intelectuais antecipadamente idealizadas e que falharam no alcance do resultado almejado, sempre que a mesma não derive de uma intervenção do acaso. Esta conceptualização de erro médico é homeótrofa da definição apresentada por James Reason *an error is defined as the failure of a planned action to be completed as intended (error of*

¹ No que concerne ao erro médico, no domínio internacional, com o intuito de se proceder a uma nova “anatomia do erro” foram desenvolvidos estudos em Harvard, nos anos de 1991 e 1992, cujo objeto se traduzira na interpretação de registos clínicos de 30 000 pacientes para que se pudesse aferir quantos doentes são “vítimas” de erro médico. Este estudo, não se limitara aos EUA, tendo, em momento ulterior, sido levado a cabo na Austrália, Utah e Colorado e no Reino Unido para que a abordagem de incidência e das eventuais causas do erro em medicina fossem possíveis. Com o seu término, foram publicados os resultados auferidos num relatório do Instituto de Medicina norte-americano, no qual fora revelado que, anualmente, sucumbiam entre 44 000 e 98 000 pessoas nos EUA na sequência de erro médico na vertente de erro de tratamento, sendo os números assustadores, uma vez que superam as mortes vividas nas estradas, decorrentes de neoplasias malignas ou da contração de VIH. Por outro lado, mediante um estudo desenvolvido em território espanhol, no ano de 1998, foi possível inferir, através de relatórios provenientes de médicos legistas que, aquando da concretização do diagnóstico eram cometidos erros, pois em 44% dos casos o diagnóstico não era revelador das patologias graves de que os doentes padeciam em contraposição ao que sucedia no relatório da autópsia e em 26% dos casos era evidente uma discrepância entre o diagnóstico clínico e o parecer do relatório da autópsia. Perante a divulgação dos dados enunciados *in supra*, é possível afirmar-se que urge a necessidade de criação de mecanismos de combate ao erro médico, sendo José Fragata e Luís Martins, os grandes impulsores deste movimento. (Oliveira G. d., 2005, p. 290)

execution) or the use of a wrong plan to achieve an aim (error of planning). (Rodrigues, 2012, p. 9)

Na obra “O Erro em Medicina”, José Fragata e Luís Martins asseveram que pode considerar-se como erro aqueles que resultem de ações não intencionais em que, por desatenção, má aplicação de normas ou má deliberação, o plano falhara (erros honestos). Contudo, em antagonismo ao enunciado, encontram-se os erros que advêm de uma contravenção de regras consideradas como seguras e recomendáveis, os quais não serão desculpáveis, uma vez que poderiam evitar-se se as regras impostas não houvessem sido violadas (erros desonestos)². (Rodrigues, 2012, p. 9)

De salientar que o conceito de erro médico não é estanque e, enquanto tal, suscetível de diferentes interpretações.

A título meramente exemplificativo, é possível destacar a perspetiva de Germano de Sousa que nos dá a conhecer que o erro médico se traduz n’ *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*. Deste modo é possível inferir que a noção de erro médico engloba, também, o erro de diagnóstico, dado que ao médico incumbe o dever de recorrer à técnica idónea para emitir o seu entendimento desde que cumpridas as regras de cuidado exigíveis. O autor supramencionado destaca, ainda, a necessidade de se estabelecer a destriça entre erro culposo e erro acidental proveniente de caso fortuito, imprevisível ou inevitável. Considera, também, que não constitui erro o resultado incontornável decorrente de situação incontornável de curso inexorável quando, até ao momento da sua verificação, a ciência médica desconhece soluções viáveis, bem como o resultado desfavorável apesar de todos os meios disponíveis terem sido empregues para a obtenção do ambicionado sucesso. (Rodrigues, 2012, pp. 9-10)

Irany Moraes, professor da faculdade de medicina de São Paulo, assume uma orientação análoga à de Ed. Schmidt e exclui do conceito de erro médico as falhas oriundas da natureza e as lesões deliberadamente produzidas pelo profissional para o tratamento de

² As violações decorrentes de erros desonestos podem qualificar-se como sendo cometidas por atos imprudentes, comportamentos de risco ou advindos de atos desrespeitosos para com os preceitos previamente instituídos. (Rodrigues, 2012, p. 9)

um mal maior³. Para além disso, diferencia o acidente de uma complicação. O acidente⁴ corresponde, na sua perspetiva, *a uma ocorrência desagradável não esperada mas previsível, como as interocorrências que acontecem, tanto no processo de diagnóstico como no terapêutico* e a complicação⁵ *ao aparecimento de uma nova condição mórbida no decorrer de uma doença devida ou não à mesma causa.* (Moraes, 2003, p. 493 ss)

Por detrás de um acidente ou de uma complicação pode estar um erro cognitivo (erro de diagnóstico, profilaxia, de terapêutica por falta de conhecimentos técnico-científicos, errada interpretação da sintomatologia ou de dados provenientes de exames laboratoriais, imagiológicos ou clínicos) ou de execução (manejo indevido de instrumentos para a concretização de um ato médico e/ou cirúrgico, troca de produtos farmacológicos no tratamento do doente)⁶. (Rodrigues, 2012, p. 10)

Para que se verifique o erro médico é fundamental o desconhecimento do mesmo, pois, tal como destaca Sónia Fidalgo, *os erros não são cometidos de forma deliberada; eles caracterizam, na sua essência mais pura, a atuação humana e são verdadeiramente inevitáveis, qualquer que seja a atividade exercida pelo homem.* (Rodrigues, 2012, p. 12)

Concluída a breve análise acerca da noção de erro médico é, agora, essencial determinar a sua relevância jurídica no plano da responsabilidade civil.

No direito civil, o erro médico assume importância prática quando haja sido condição causal do dano. Tal como mencionado anteriormente, o erro pressupõe ausência de consciência da realidade (*ignorantia*), distorção da representação da realidade na consciência do agente (erro de percepção) ou a ocorrência de um acidente ou falha humana

³ Como figurino pode destacar-se uma intervenção cirúrgica (amputação) a um dos membros inferiores para efeito de tratamento de gangrena que, por si só, pode potenciar a morte do paciente que dela padeça. (Rodrigues, 2012, p. 10)

⁴ Uma situação acidental pode verificar-se, por exemplo, quando um paciente portador de gangrena e arteriosclerótico, na sequência do tratamento à primeira patologia indicada, acaba por morrer vítima de enfarte do miocárdio aquando do momento de cessação de internamento. (Rodrigues, 2012, p. 10)

⁵ Após a concretização de uma cirurgia ao abdómen (evisceração) e na sequência da subnutrição no pós-operatório, o doente sofre uma rutura da sutura com a conseqüente exposição dos órgãos internos. (Rodrigues, 2012, p. 10)

⁶ Já o professor José Fragata e Luís Martins, na obra “O Erro em Medicina” subdividem o erro médico em quatro grandes grupos: erros de diagnóstico, erros de tratamento, erros preventivos que se poderão traduzir em falhas em proporcionar o tratamento profilático adequado e uma monitorização inadequada ou de seguimento do tratamento e outros erros, como sejam falhas na comunicação, equipamento e no sistema. (Rodrigues, 2012, p. 13)

(erro de execução ou *aberratio ictus*)⁷. (Rodrigues, 2012, p. 14)

No que respeita à responsabilidade civil contratual e sendo o paciente autor da ação não ficará isento de proceder à alegação dos factos, mas, quanto à prova da culpa, terá a vida facilitada, uma vez que o art. 799.º n.º 1 CC institui o princípio da inversão de ónus de prova ao determinar que *incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento não provém de culpa sua*. Porém, será absolutamente redutor, no âmbito da responsabilidade civil médica (contratual ou aquiliana), assumir-se uma inexorável aplicação das normas em vigor dado que cada organismo evidencia, face à doença e à terapia implementada, respostas distintas. (Rodrigues, 2012, pp. 15-16)

A título exemplificativo, podem destacar-se as doenças cérebro-vasculares e infecciosas, como sejam as provenientes de crises epidémicas/pandémicas cuja superação estará dependente da compleição do paciente, dos fatores hereditários, dos seus hábitos, do estado orgânico e nutricional, de antecedentes nosológicos, da reação aos fármacos administrados, bem como das respostas do sistema imunológico. Destarte, é possível concluir que um caso de responsabilidade médica é claramente mais complexo do que um simples caso de responsabilidade civil. (Rodrigues, 2012, p. 16)

Tal como em 1978 destacara o ilustre Juiz Conselheiro do STJ, Dr. António Henriques Gaspar, o médico age culposamente sempre que a sua conduta seja censurável e reprovável, pelo facto de, atendendo às circunstâncias do caso em concreto, o médico poder e dever atuar de forma diversa. (Rodrigues, 2012, p. 16)

Determinadas doenças, por razões arrevesadas, podem proliferar-se a uma tão galopante velocidade que todos os esforços reunidos pelo profissional de saúde revelam ser ineficazes ou morosos, comparativamente à rápida evolução da patologia, para o diagnóstico e tratamento adequados. Assim sendo, aquando da ponderação acerca do cumprimento das *leges artis* deverá ser tido em consideração a necessidade sentida pelo médico de, face ao caso concreto, se afastar de *guidelines* e protocolos médicos para instituir a terapêutica apropriada ao quadro clínico com que se depara. Contudo, sempre

⁷ Apesar de todos os cuidados apresentados pelo médico especialista em cirurgia geral podem ocorrer, na cirurgia, perfurações vasculares ou de terminações nervosas que podem apresentar como sequela a perda definitiva da fala ou queimaduras. Podem, também, verificar-se enganos nos materiais utilizados ou nos produtos químicos a aplicar, por confusão de rótulos. (Rodrigues, 2012, p. 14)

que tal suceda, surge, de imediato, a questão de saber se, neste caso, haverá ou não incumprimento das *leges artis*. (Rodrigues, 2012, p. 17).

Aquando da prática de quaisquer atos médicos deve ser dado integral cumprimento às *leges artis*, tal como imposto pela Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (Art. 4^{o8}), pelo Estatuto da Ordem dos Médicos (Art. 135^o n^o1, 8 e 10⁹), pelo Regulamento da Deontologia Médica (Art. 4^o, n^o1; 5^o, 8^o, n^o1 e 10^{o10}) e pelo Código Penal (Art. 150^{o11}) (Oliveira N. M., 2019, p. 71), uma vez que estas são *um complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais.*

⁸ *Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto.*

⁹ 1. – *O médico deve exercer a sua profissão de acordo com as *leges artis* com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade*

8. – *O médico deve cuidar da permanente atualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético e fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica.*

10 – *O médico deve prestar os melhores cuidados ao seu alcance, com independência técnica e deontológica.*

¹⁰ O disposto no art. 4.^o n^o1 do Regulamento da Deontologia Médica corresponde ao estatuído no art. 135.^o n^o1 do Estatuto da Ordem dos Médicos, assim como o n^o 8 do art. 4.^o daquele regulamento equivale ao disposto no n^o 8 do art. 10.^o do Estatuto da Ordem dos Médicos. Já o art. 5.^o do Regulamento da Deontologia Médica procede ao desenvolvimento do n^o10 do art. 135.^o do Estatuto da Ordem dos Médicos ao determinar que [o] *médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com a correção e delicadeza, no intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano.* (Oliveira N. M., 2019, p. 71)

O art. 8.^o confirma os arts. 4.^o e 5.^o: *o médico deve exercer a sua profissão em condições que não prejudiquem a qualidade dos seus serviços e a especificidade da sua ação, não aceitando situações de interferência externa que lhe cerceiem a liberdade de fazer juízos clínicos e éticos e de atuar em conformidade com as *leges artis*. O art. 10.^o estabelece, no n^o1, que o médico deve abster-se de praticar atos que não estejam de acordo com as *leges artis* e, no n^o2, que se excetuam os atos não reconhecidos pelas *leges artis*, mas sobre os quais se disponha de dados promissores, em situações em que não haja alternativa, desde que com consentimento do doente ou do seu representante legal, no caso daquele o não poder fazer, e ainda os atos que integram em protocolos de investigação ou ensaios clínicos, cumpridas as regras que condicionam a experimentação em e com pessoas humanas.* (Oliveira N. M., 2019, p. 71)

¹¹ 1. – *As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.*

2. – *As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.*

*Em caso de não se ter em conta uma determinada situação individual, a designação apropriada será a de *leges artis medicinae*, não se vendo qualquer adequação na utilização da locução latina «ad hoc». Trata-se, enfim, na expressão anglo-americana tão em voga nos tempos hodiernos, das regras do know-how sobre o tratamento médico que devem estar ao alcance de qualquer clínico no âmbito da sua atividade profissional. Regras de índole não exclusivamente técnico-científica, mas também deontológicas ou de ética profissional, pois não se vislumbra qualquer razão, antes pelo contrário, para a exclusão destas da arte médica.* (Rodrigues, 2012, p. 17).

Já o TRL, através do Ac. de 16 de dezembro de 2015, relatado pelo Desembargador Rui Gonçalves, afirma que as *leges artis* consistem num *critério valorativo de um ato clínico praticado pelo médico* e evidenciam como primordiais características o facto de serem constituídas por normas éticas, advindas de códigos deontológicos ou de “pareceres de comissões de ética” e por normas científicas e técnicas provenientes de “normas de orientação clínica”, “de protocolos, *guidelines*, livros e revistas especializadas”, estando sujeitas a sofrer oscilações de *momento histórico para momento histórico*” e, também, a *ajustes em função da “concreta situação individual*, devendo, portanto, o médico, aplicá-las em função do estado da ciência e do paciente. (Oliveira N. M., 2019, p. 72)

Se ao complexo de regras for aglutinado o princípio hipocrático de *primum non nocere* é facilmente compreensível a necessidade sentida pelo médico em afastar determinados padrões de tratamento sempre que os mesmos revelem um certo grau de perigosidade para o doente, devendo, contudo, proceder ao seu registo no processo clínico para sua salvaguarda e memória futura. (Rodrigues, 2012, p. 17)

Quando observadas as *leges artis*, em princípio é afastada a hipótese de erro médico, designadamente na sua modalidade de erro de tratamento¹². (Rodrigues, 2012, p. 17)

¹² Schwalm define o erro tratamento como aquele que advém da implementação de uma terapia não indiciada ou realizada de *modo não conforme à técnica curativa adequada a uma determinada finalidade terapêutica, segundo os conhecimentos da ciência médica, tendo em conta as circunstâncias cognoscíveis do caso concreto no momento do tratamento; e a omissão do tratamento curativo correcto, que se afigure como objectivamente indicado à obtenção de uma determinada finalidade terapêutica – segundo os conhecimentos da ciência médica – nas circunstâncias do caso concreto e no momento necessário, desde que seja possível a realização do omitido.* (Rodrigues, 2012, pp. 17-18)

Face ao exposto até então é possível concluir-se que se o erro médico não motivar um resultado lesivo, se não colocar em causa a vida ou não desencadear uma grave lesão à saúde do paciente não assumirá relevância jurídico-civil; se não derivar de violação do dever de cuidado e apesar de toda a diligência adotada pelo médico, ocorrer um erro, este não poderá ser civilmente relevante por inexistência de pressupostos de responsabilidade; se advier da violação das *leges artis*, assumirá relevância cível se o resultado danoso for imputável à conduta errada e se esta for censurável ao agente a título de dolo ou mera culpa; a adoção de uma conduta errada que se mostre indicada para o caso, que cumpra as *leges artis* e seja concretizada por médico ou pessoa legalmente autorizada e com o intento de proceder à cura do paciente e que produza um resultado infausto poderá ser relevante no plano jurídico-civil dependendo das circunstâncias concretas na apreciação da ilicitude e da culpa. (Rodrigues, 2012, p. 18)

No domínio da responsabilidade extracontratual é ao lesado que cabe proceder à prova de que o autor da lesão não atuou com a diligência com que atuaria um médico nas suas condições e com as mesmas habilitações, em conformidade ao disposto no art. 487.º n.º 1 e 2 CC. É, também, ao lesado que compete alegar e provar a conduta do profissional de saúde e que a mesma era divergente da que lhe seria exigível face à ocasião e aos contornos do caso em concreto. (Rodrigues, 2012, p. 18)

Já no âmbito da responsabilidade contratual, nos termos do art. 799.º n.º1 CC impende sobre o médico, enquanto devedor, a prova de que o cumprimento defeituoso ou o incumprimento da obrigação não procedem de culpa sua. Todavia, Henrique Gaspar, relembra que *o art.º 799.º, n.º 1 do C. Civil apenas diz que o defeituoso cumprimento se presume proceder de culpa do médico (devedor), mas pressuposto desta presunção é o próprio defeito do cumprimento que tem, naturalmente, de ser provado por quem o invoca – o doente-credor. E a prova deste defeito será, no domínio da responsabilidade médica, seguramente, a mais difícil de obter.* (Rodrigues, 2012, p. 19)

2.2 Categorização do erro médico

2.2.1 Erro de diagnóstico

O diagnóstico¹³ é, indubitavelmente, o primeiro passo para a cura do paciente, uma vez que possibilita a análise da sintomatologia por ele apresentada e o consequente emprego dos conhecimentos científicos e técnicos para que a peroração acerca do seu estado de saúde seja alcançada.

Uma vez terminado o diagnóstico, o profissional de saúde possui todos os meios que lhe permitem selecionar, casuisticamente, o melhor tratamento para a patologia de que o doente padece, sendo certo que, o erro de diagnóstico, no que ao campo da medicina diz respeito, é grave, não só por poder suscitar lesões, mas também por, em casos mais graves, poder resultar na morte dos pacientes. Por esse motivo, o erro de diagnóstico é considerado relevante em termos de responsabilidade civil do médico.

Na perspectiva de Maria João Estorninho o erro de diagnóstico sucede quando a avaliação por parte do médico não é coincidente com o quadro clínico do paciente, identificando erroneamente a moléstia, com a consequente falha no tratamento. Todavia, nas situações em que é suscitado o erro de diagnóstico é necessária a concretização de uma meticulosa análise do caso concreto, uma vez que, não raras vezes, os sintomas são confundíveis entre si e, enquanto tal, o diagnóstico é efetuado com base em probabilidades¹⁴. Deste modo, para haver responsabilização torna-se essencial a ausência

¹³ Num primeiro contacto com o doente, o médico deve realizar a anamnese e, se necessário, exigir a concretização de meios complementares de diagnóstico, uma vez que há múltiplas doenças com sintomatologia similar ou com um elevado grau de complexidade que implicam a concretização de múltiplos exames para que possa ser determinado o quadro clínico do paciente. Todavia, não se pode adotar uma visão determinista que transforme todo e qualquer erro em dever de indemnizar, dado que a responsabilidade civil do médico só poderá ser considerada quando o erro advenha de culpa sua por falta de diligência (*inobservância, por ação ou omissão, da conduta legalmente exigível na situação concreta*), por imperícia (*inobservância das regras técnicas, insuficiência de conhecimentos, deficiente preparação ou inexperiência*) ou imprudência (*assunção, por ação ou omissão, de riscos desnecessários para o doente, sem suporte técnico-científico bastante*). (CEJ, 2013, p. 53)

¹⁴ Há quem considere, quanto ao erro de diagnóstico, que este, devido ao facto de a sintomatologia poder ser coincidente em diversas patologias, não é representativo de uma violação do *standard* de cuidado, consistindo apenas num erro grosseiro se corresponder a uma errónea interpretação de um dado médico simples e, enquanto tal, corresponder ao incumprimento do dever de diligência que sobre o profissional de saúde impende. Assim, no processo de diagnose, será imperativa a adoção do princípio da razoabilidade. (Farela, 2016, pp. 7-8)

de diligência por parte do profissional de saúde, ou seja, qualquer profissional, perante o quadro clínico em questão, procederia ao correto diagnóstico. (Sousa L. C., 2016, p. 85)

Ocorrendo uma falta de diligência ou ausência de perícia por parte do profissional de saúde, a verificação de erro de diagnóstico é incontestável e, o dano dele resultante, será indenizável pelo seu causador.

Neste âmbito, Sérgio Cavalieri Filho argumenta que, aquando da ocorrência de erro de diagnóstico, a análise casuística é fundamental devendo, para o efeito, considerar o avanço da ciência e os meios tecnológicos à disposição para aferir se o médico poderia ter efetuado uma correta diagnose. (Filho, 2015, p. 473 ss)

Cunha Gonçalves afirma que *o erro de diagnóstico não é necessariamente culposo porque a ciência do médico é incerta e conjectural; Há, infelizmente, doenças distintas com síndromas similares; e, assim, não é de estranhar que um médico se equivoque, logo de entrada, sobretudo quando não possui larga experiência e aquela intuição que é o raro dote das celebridades profissionais. Outras vezes, em certos doentes, por motivos inexplicáveis, a doença adquire grande virulência, em marcha galopante, como na septicémia e na urémia, de sorte que, ou todos os esforços do médico se tornam ineficazes, ou este nem sequer tem vagar para assentar num diagnóstico exacto e empregar adequado tratamento.* (Seabra, 2016, pp. 28-29)

Aquando da concretização do diagnóstico e uma vez verificado um erro este pode sobrevir de múltiplas razões: desvalorização da sintomatologia descrita pelo paciente; conclusão de diagnóstico sem a devida observação do paciente ou através da concretização de uma observação superficial sem recurso a dispositivos médicos destinados para o efeito; inobservância de meios complementares de diagnóstico e demais comprovações ao dispor do profissional de saúde que consubstanciarão uma ligeireza de diagnóstico; desvalorização de exames médicos aquando da deliberação do diagnóstico¹⁵. (Seabra, 2016, p. 29).

¹⁵ Face ao descrito, é possível qualificar-se este erro como sendo evitável, uma vez que o mesmo, quando cometido, é da inteira responsabilidade do médico. Paralelamente a esta qualificação há o erro inevitável que, por sua vez, se pode verificar por múltiplos fatores, tais como, ausência de condições técnicas, ausência de recursos, limitações de conhecimento médico, entre outros. (CEJ, 2013, p. 53)

A ausência de cuidado normal ou de atenção é passível de ocasionar um diagnóstico errôneo com inevitáveis consequências no processo terapêutico do paciente. Contudo, o avanço da tecnologia na área da medicina tem vindo a facultar um maior grau de segurança na execução do diagnóstico médico e, enquanto tal, ao médico é exigível um acréscimo de responsabilidade na interpretação de exames para determinar correctamente o quadro clínico do paciente e, assim, retorquir à confiança em si depositada pelo doente. (Seabra, 2016, p. 29).

Não menos relevante do que o erro de diagnóstico é o tratamento prescrito e sobrevindo de uma diagnose errada, já que este poderá não só não contribuir para a cura do paciente como também agravar a sua condição clínica, como por exemplo, no caso em que o médico conclui por um diagnóstico face às queixas apresentadas pelo paciente como sendo uma doença que não inspira grandes cuidados, quando, na verdade, se trata de uma enfermidade distinta que implica internamento, intervenção cirúrgica e permanente monitorização do paciente. (Seabra, 2016, p. 30)

No que respeita ao diagnóstico médico há, entre os estabelecimentos de saúde privados e públicos divergências. Enquanto nos primeiros, frequentemente, é lançada mão de múltiplos meios complementares de diagnóstico com as conhecidas vantagens e desvantagens daí decorrentes para o paciente e para o prestador de serviços, os segundos beneficiam de um regime de contenção e racionalização de custos. Todavia, apesar de sobre o médico que exerce a sua profissão no sistema privado não impender a contenção de que o sistema público é alvo, não lhe será desculpável o não uso da tecnologia de que dispõe, sendo tal conduta demonstrativa de falta de zelo e diligência na concretização do diagnóstico e o conseqüente incumprimento contratual, sancionável nos termos dos arts. 798.º ss. do CC. (Seabra, 2016, p. 30)

De salientar que não se pretende fomentar o alcance do maior lucro possível nem a medicina defensiva porque, em qualquer caso, estaria em causa a má prática médica pela execução de atos médicos dispensáveis. (Seabra, 2016, p. 30)

Tendo o médico ao seu dispor os meios necessários à concretização da diagnose do estado clínico do paciente, deverá fazer uso deles, pois, caso contrário, estará a incumprir a

obrigação de reunir todos os esforços para alcançar o resultado que sobre si impende. (Seabra, 2016, pp. 30-31)

No que respeita à categoria de erro em análise é relevante destacar que, só excepcionalmente, poderá conduzir à responsabilização¹⁶ do médico que o praticara, apesar de a jurisprudência nacional já ter proferido decisões condenatórias perante a feitura de uma errónea diagnose¹⁷. (Pereira, 2012, p. 609).

2.2.2 Erro de tratamento

A relação médico/doente é balizada por limites éticos, morais e legais e demarcada pelo diagnóstico e tratamento, assegurando Fernanda Shaefer que a mesma se inicia com a descrição da sintomatologia no consultório e culmina com o tratamento ou a cura do paciente. (Sousa L. C., 2016, p. 87)

Na fase de tratamento, o médico deve recorrer a todos os meios de que dispõe de forma a alcançar o seu primordial intento – a cura do paciente. Todavia, casos há, em que a mesma se torna impossível, devendo, o médico, nessas situações, providenciar o diminuto sofrimento do paciente em consonância com os padrões científicos e éticos. (Sousa L. C., 2016, p. 88)

Caso o diagnóstico tenha sido devidamente efetuado e ocorra um agravamento do estado de saúde do paciente durante ou após a implementação da terapia adequada devido a uma reação que lhe é imprevisível e intrínseca, a responsabilidade civil do médico será de afastar. (Sousa L. C., 2016, p. 88)

¹⁶ No mesmo sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, menciona que *o erro de diagnóstico não gera responsabilidade, salvo se tomada sem atenção e precauções conforme o estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro. Comete-o o médico que deixa de recorrer a outro meio de investigação ao seu alcance ou profere um juízo contra princípios elementares de patologia.* (Junior, 1995, p. 513)

¹⁷ O TRL, através do Ac. de 19 de abril de 2005, sob a redação do juiz desembargador Pimentel Marcos condenou o réu ao pagamento de um montante indemnizatório de 495€ por danos patrimoniais e de uma compensação, por danos não patrimoniais no valor de 50.000€, pela prática de um erro de diagnóstico inerente a uma paciente com neoplasia maligna que, devido ao erro cometido, viu a sua esperança de vida ser reduzida, com o consequente sofrimento daí advindo. No mesmo tribunal foi proferida outra decisão condenatória – Ac. de 20 de abril de 2006 – pelo facto de o médico não ter recorrido aos meios complementares de diagnóstico adequados, apesar de essa utilização se encontrar ao seu dispôr. Contudo, o oposto também se verifica, nomeadamente, através da decisão proferida pelo STJ (Ac. de 24 de maio de 2011) que absolvera o réu, apesar do erro de diagnóstico, por impossibilidade de provar o respetivo incumprimento. (Pereira, 2012, p. 609)

Ainda relativamente ao erro de tratamento, Fabrício Zamproga Matiello destaca que *embora o tratamento inadequado seja causa frequente de complicações que levam ao resultado lesivo, nem sempre há associação necessária entre o procedimento e o dano, já que mesmo o tratamento correto e rigorosamente dentro dos padrões científicos pode conduzir a um resultado danoso idêntico ao causado por erro. As reações do organismo variam de um indivíduo para outro, apesar de ser lícito esperar determinada reação comum diante de certo medicamento, e, por exceção, evolução diferente. Agindo em conformidade com as normas técnicas vigentes, não será responsabilizado o profissional pela superveniência de resultado lesivo decorrente da individual reação do paciente ao tratamento corretamente aplicado.* (Sousa L. C., 2016, p. 88)

Na perspetiva do autor o erro de diagnóstico evidencia um maior grau de aceitabilidade comparativamente ao erro de tratamento, sendo que, o mesmo pode sobrevir de um erróneo diagnóstico, podendo, tal facto, agravar a responsabilidade do clínico que o cometera. Para além disso, sempre que prescreve um determinado fármaco, o médico, deve procurar aferir se o mesmo será ou não aceite pelo organismo do paciente, sendo, neste caso, a margem de erro, manifestamente inferior, dado o conhecimento que o médico possui acerca da patologia a tratar. Por outro lado, o erro pode, ainda, resultar da imperícia do profissional quando o mesmo seja indicado por um profissional não especialista na área de atuação. (Sousa L. C., 2016, pp. 88-89)

3. Responsabilidade civil médica: regime geral

3.1 Resenha histórica

A arte de cuidar caracteriza-se pela nobreza dos seus fins e pelo misticismo da sua constante suscetibilidade a transmutações que potenciam, de forma colossal, o seu progresso. (Silva J. S., 2011, p. 5)

O Direito, ao longo dos tempos, tem procurado acompanhar a Medicina que, na qualidade de ciência em constante mutação, se torna, incontestavelmente, perigosa quando não se encontra devidamente regulamentada. Destarte, foi sendo sentida, a indispensabilidade de criação de um sistema que pudesse responsabilizar juridicamente o profissional de saúde que, no exercício da sua função, pratica a *leges artis*, mas sem o rigor e diligência que lhe são exigíveis. (Silva J. S., 2011, p. 5)

Ainda que a temática permaneça, indubitavelmente, atual, a verdade é que aquela necessidade se evidenciou aquando da vigência do Código de Hamurábi, no século XVIII a.C., no Reino da Babilónia, tendo sido este o pioneiro a prever que aqueles que não asseverassem aos seus pacientes uma terapêutica ajustada a patologias de que fossem portadores deveriam ser sancionados *in natura*, de acordo com a *lex talionis*¹⁸. (Silva J. S., 2011, p. 5)

Já no Direito Romano, a responsabilidade civil do médico por erro decorrente da sua atividade, fora consolidada no princípio *nem inem laedere*¹⁹, o qual pressupunha que aquele que criasse prejuízo a outrem deveria proceder à sua reparação, sendo o médico sempre responsabilizado quando o resultado pernicioso para o paciente adviesse da ausência de experiência ou idoneidade daquele. Contudo, apesar de todos os esforços no sentido da responsabilização do médico decorrente da sua má prática profissional, em 1829, verificou-se um momento de cisão de tal regime quando a Academia de Medicina de Paris, estabeleceu que, a haver qualquer responsabilidade do médico esta seria, apenas, moral, atendendo às indeterminações que, à data, as intervenções médicas

¹⁸ A *lex talionis* baseava-se em fundamentos de justiça social e era estruturada em conformidade às categorias sociais. A título de exemplo de aplicação desta lei, pode destacar-se a sanção perversa aplicada pelo Rei da Boémia que deu ordens para que o seu médico fosse lançado ao rio, no interior de um saco, por não ter encontrado um meio de cura para a sua cegueira. (Silva J. S., 2011, p. 5)

¹⁹ Regra básica de vivência em comunidade.

revestiam e, também, ao facto de ao ser estabelecido um mecanismo de responsabilização, o médico se sentir impelido a repetir, constantemente, tratamentos improfícuos, mas clinicamente aceitáveis (medicina defensiva), com o conseqüente e evidente obstáculo ao progresso científico. Contudo, permitir que a medicina subsista à margem do direito, corresponderia a admitir qualquer conduta imprudente do médico, sem que tal possa ser censurável. Por esse motivo, apesar de toda a comunidade médica ter procurado obstar à responsabilidade civil dos profissionais de saúde, se tem verificado um processo evolutivo nessa mesma área. (Silva J. S., 2011, pp. 5-6)

Atualmente, é possível afirmar-se que, aquilo que correspondia à arte de curar se trata de uma verdadeira ciência de curar, indubitavelmente particular, uma vez que o seu progresso se encontra associado ao método de tentativa/erro, procurando-se, cada vez mais e com maior frequência, rigor nas intervenções médicas, pelo facto de os pacientes, na grande maioria dos casos, não se limitarem a uma opinião clínica face à patologia que lhe fora diagnosticada, intervindo, de forma ativa, na pesquisa do tratamento mais adequado, dando a conhecer ao médico, terapias que desconhecia. (Silva J. S., 2011, p. 6)

Contudo, tal intervenção do paciente para além de poder conferir meios vantajosos para o tratamento da sua patologia, poderá, também desencadear óbices à relação médico/paciente pelo facto de o segundo acreditar saber mais acerca do seu estado clínico do que o primeiro. (Silva J. S., 2011, p. 6)

Com o intuito de encontrar um compromisso contrabalançado tem-se vindo a acompanhar a evolução da “febre da responsabilidade profissional” idealizada no ano de 1983 por Sinde Monteiro e Figueiredo Dias. (Silva J. S., 2011, pp. 6-7)

No que concerne às ações judiciais, é relevante destacar que o seu sucesso é única e exclusivamente pontual, face à difícil prova que, por norma, impende sobre o paciente, quer pela sua difícil obtenção quer pela dificuldade de acesso ao processo clínico, ou, ainda, pela dúbia exatidão do mesmo, pois, apesar de o n.º 1 do artigo 77.º do CDOM estabelecer que sobre o médico incumbe a obrigação de *registar cuidadosamente os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo*, seria incauto crer que o médico, perante um erro grave que cometera no exercício da atividade profissional, o descrevesse de forma pomenorizada no processo clínico do paciente (Silva J. S., 2011, p. 7), abordando, inclusive, Alessandro Ciatti que o paciente, para demandar o médico teria que percorrer uma espécie de “pista de obstáculos”. (Pedro, 2009, p. 87) Tal demanda, em grande parte dos casos, não visa a obtenção de qualquer compensação financeira, mas, apenas, um reconhecimento do erro com a garantia de que

não voltará a repetir-se, sendo tal afirmação corroborada por um estudo Norte-Americano, através do qual se concluiu que de entre as ações de responsabilidade civil médica intentadas, em 60% dos casos apenas se ambicionava um esclarecimento, uma confirmação do erro e um pedido de desculpas, só se manifestando em 11% dos casos a pretensão de auferir uma quantia pecuniária a título de compensação económica. (Jackson, 2013, p. 103)

Não obstante, e ainda que seja inquestionável o forte desincentivo de um sistema que favorece uma das partes – o médico, o número das ações intentadas em Portugal tem vindo a aumentar. (Silva J. S., 2011, p. 8)

Nesta sequência e atendendo ao facto de o sistema ser mais favorável a uma das partes, é indubitável que a jurisprudência e a doutrina deverão estabelecer uma posição justa para os dois intervenientes desta relação jurídica que, por sua vez, face às suas características, pode ser qualificável, como sensível e peculiar. (Silva J. S., 2011, p. 8)

3.2 Considerações gerais acerca do instituto da responsabilidade civil

O Homem é, nas palavras do Doutor Hörster, um ser que existe com vista à sua auto-responsabilidade e, enquanto tal, deverá procurar perfilhar uma atuação meticulosa e ponderada relativamente às consequências que podem provir do seu comportamento, numa lógica de prevenção de ocorrência de danos. (Horster, 2014, p. 70) Porém, nem todo o zelo e diligência serão bastantes para descortinar qualquer risco ou evitar todo o tipo de dano, pelo facto de à condição humana ser intrínseco um risco geral de dano, sendo, nestes casos, chamado à colação o princípio *casum sentit dominus* que determina a obrigatoriedade dos prejuízos advindos do dano serem suportados por quem os haja sofrido, ou seja, o lesado terá que suportar os danos fortuitos provenientes de acontecimentos exteriores, sem que para tal haja um responsável. Por maioria de razão, o *dominus*, suportará, ainda, o dano oriundo da sua atuação e ligado a qualquer infelicidade. (Proença, 2008, p. 90) Todavia, situações há, em que a justiça e, também, a ética e a moral, intercedem pela transferência do dano do lesado para o seu causador, o lesante, residindo, aqui, a *ratio* da responsabilidade civil. (Ferreira M. S., 2015, p. 79)

A responsabilidade civil de *per se* sobrevém da inevitabilidade de alguém desencadear um dano a outrem como consequência da simples vivência em sociedade, instituindo a lei, para que o lesado não careça de suportar o prejuízo, a responsabilização do lesante cuja conduta, por ação ou por omissão, desencadeia o dano. Para ressarcimento do prejuízo sofrido pelo lesado, o lesante, deverá proceder à reconstituição *in natura*, ou

seja, deverá colocar o lesado na situação em que estaria se o dano não tivesse ocorrido. Porém, poderá suceder que a reconstituição *in natura* não seja viável, não seja suficiente ou seja demasiado onerosa. Neste(s) caso(s), tal reconstituição será substituída por uma indemnização em dinheiro. Mas, para que estejamos no âmbito da responsabilidade civil, é, também, indispensável o preenchimento dos pressupostos legais enunciados no art. 483.º CC – facto voluntário do agente, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre o facto e o resultado. (Silva J. S., 2011, p. 9)

No respeitante ao dano, este pode surgir ou não em sede contratual motivo pelo qual é admissível a consagração não só de uma responsabilidade contratual, mas também extracontratual, nos termos dos arts. 483º a 510º e 790º a 816º CC, sendo que esta última se pode fragmentar em responsabilidade por factos ilícitos ou lícitos e responsabilidade pelo risco. (Ferreira M. S., 2015, p. 80).

Quanto à responsabilidade delitual ou aquiliana, é unânime que, neste caso, estará em causa a *violação de deveres gerais de abstenção, omissão ou não ingerência, correspondentes aos direitos absolutos*. (Varela, 2016, p. 521) Já a responsabilidade civil contratual pressupõe a *violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico* (Costa, 2009, p. 539), estando em causa a violação de direitos relativos próprios das obrigações, de que servem de exemplo os deveres acessórios de conduta. De salientar é o facto de a obrigação de indemnizar sobrevir de uma relação contratual/obligacional precedente à verificação do dano proveniente da conduta do agente. (Ferreira M. S., 2015, p. 80) No entanto, apesar de as duas modalidades serem portadoras de aspetos distintivos entre si, por outro lado, evidenciam, igualmente, algumas características similares, tais como o cálculo da indemnização, o modo de efetivar a reparação do dano (art. 562.º ss.) e a apreciação da culpa sempre que exista (art. 799.º CC), havendo quer numa quer noutra obrigação de indemnizar apenas e só quando houver culpa. (Horster, 2014, p. 72)

No que à responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos diz respeito, é relevante destacar a redação do art. 483.º CC que estabelece que *aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*, estando, portanto, subjacente o propósito de censurar a conduta ilícita do agente que, com culpa, haja causado danos a outrem. De referir que, o princípio da culpa, no âmbito da responsabilidade contratual assume contornos distintos, pelo facto de esta ser presumida – art. 799.º CC. Mas não só aqui residem os aspetos distintivos, pois, a lei, também atribuiu um tratamento diferenciado quanto ao ónus de prova da culpa.

Tratando-se de responsabilidade extracontratual, é sobre o lesado que impende a prova da culpa – art. 487.º n.º 1 CC, enquanto que, na responsabilidade contratual, *a contrario sensu*, recai sobre o devedor a prova de que *a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua* (art. 799.º, n.º 1 CC). (Costa, 2009, pp. 543-546)

Ainda no âmbito da responsabilidade civil e sendo o legislador atento à realidade prática, não fez cessar a sua atividade pela consagração da responsabilidade por factos ilícitos, consagrando, também a responsabilidade pelo risco que, por sua vez, decorre das situações em que não há culpa, mas de cujo ato resulta um dano, devendo a responsabilidade ser imputada ao lesante. A título exemplificativo, é possível destacar neste âmbito, a responsabilidade por danos causados por animais, por veículos ou por instalação de energia elétrica/gás previstas nos arts. 502.º, 503.º e 509.º CC. Como tais riscos decorrem de uma atividade lícita desempenhada pelo lesante e no seu interesse, será de lhes aplicar o princípio *ubi commoda, ibi incommoda*. (Ferreira M. S., 2015, p. 81)

Já a responsabilidade civil extracontratual por factos lícitos, encontra-se dispersa pelo Código Civil, destacando-se como exemplo paradigmático o estado de necessidade previsto no art. 339.º n.º 1, que, por sua vez prevê que *é lícita a ação daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo atual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro*, acrescentando o n.º 2 daquele preceito legal que *o autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por culpa sua exclusiva; em qualquer outro caso, o Tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do ato ou contribuíram para o estado de necessidade*. Deste modo, é possível inferir que não está em causa qualquer violação ilícita de direitos absolutos ou interesses legalmente protegidos, mas sim uma circunstância em que o lesado se vê adstrito a suportar a violação de um direito, gozando do direito de ser ressarcido por essa violação. (Ferreira M. S., 2015, p. 82)

Por fim, relativamente à responsabilidade civil contratual, o art. 798.º CC dispõe que *o devedor que falte culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor*, sobrevivendo do art. 799.º n.º 1 CC uma presunção de culpa relativa.

Em síntese, o instituto da responsabilidade civil, prossegue uma teleologia de cariz ressarcitório por força do princípio da reconstituição natural – art. 562.º CC, devendo-se, por esse motivo, dar primazia à recriação da situação que existiria se o dano não tivesse

ocorrido. No entanto, sendo frustrada esta possibilidade, recorrer-se-á à atribuição de uma indemnização por equivalente pecuniário, de forma a compensar o prejuízo que o lesado haja sofrido. (Ferreira M. S., 2015, p. 82)

Alguns autores, consideram que a responsabilidade subjetiva, dolosa ou negligente, prossegue, em grande plano, uma finalidade ressarcitória, no entanto, poderá, também prosseguir uma finalidade preventiva ou punitiva, com exceção da responsabilidade pelo risco. Em caso de mera culpa, poderá haver uma limitação do montante indemnizatório, nos termos do art. 494.º CC. (Ferreira M. S., 2015, p. 83)

3.3 Pressupostos da responsabilidade civil

Para que a responsabilidade civil possa ocorrer é, tal como já fora mencionado, imprescindível a verificação dos cinco pressupostos que lhe são característicos – facto voluntário do agente, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade.

3.3.1 Facto voluntário do agente

Nos termos do art. 483.º CC *aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.*

Condição sine qua non desta obrigação de indemnizar é a ocorrência de um facto que, para que adquira relevância jurídica, terá que ser voluntário, ou seja, controlável pela vontade do agente (Varela, 2016, p. 527), excluindo-se, deste modo, do seu âmbito os factos naturais, causas de força maior e circunstâncias fortuitas, precisamente por extrapolarem a vontade do agente. De referir que não é, contudo, exigível que o resultado tenha sido almejado ou desejado pelo agente. (Ferreira M. S., 2015, p. 90)

No domínio da responsabilidade aquiliana, geralmente, o facto voluntário do agente resulta de uma ação que acarreta *a violação de um dever geral de abstenção, do dever de não ingerência na esfera de ação do titular do direito absoluto* (Varela, 2016, p. 527), podendo, contudo, provir, também de uma simples omissão geradora de responsabilidade (art. 486.ºCC), pelo facto de a inércia do lesante ser, também ela, suscetível de causar danos sempre que sobre o lesante impenda a obrigação de atuar de uma determinada forma e este não a cumpra convenientemente, uma vez que tal atuação pode despoletar a ocorrência do dano que podia ter sido por ele evitado. (Ferreira M. S., 2015, p. 91)

Em contraposição à responsabilidade aquiliana, surge a responsabilidade contratual, na qual, por regra, os factos serão negativos, pelo facto de a imputação do dano ao devedor, frequentemente, advir da circunstância de não ter realizado certa prestação, apesar de a ela estar obrigado – art. 798.º CC. (Ferreira M. S., 2015, p. 91)

3.3.2 Ilicitude

Concretizada a análise do primeiro pressuposto da responsabilidade civil, segue-se, agora, a apreciação da conduta do agente, com o intuito de aferir se a mesma é, ou não, ilícita.

No âmbito da responsabilidade civil médica são praticamente inexistentes ações de responsabilização fundadas em incumprimento ou mora por parte do profissional de saúde, uma vez que ninguém vai a juízo pelo facto de o médico não ter curado o paciente da doença de que era portador, pois esta não depende exclusivamente dos cuidados a prestar, mas também de inúmeros fatores endógenos do próprio paciente. (Gomes, 2000, p. 199)

João Álvaro Dias afirma que *jogando com valores tão essenciais, indissolúveis e ilimitáveis como são os direitos de personalidade (v.g., o direito à vida, à integridade física, direito à saúde), o médico percorre a cada instante, um espinhoso caminho em que a licitude e a ilicitude nem sempre apresentam contornos perfeitamente definidos. A linha demarcada entre aquilo que ao médico é lícito no exercício da sua profissão e aquilo que lhe está vedado não é por certo uma linha reta sem quaisquer oscilações ou quebras, antes aparenta subtis vereações a que logo se seguem enormes sinuosidades, num continuum ininterrupto. Daí que o dramatismo da atuação médica, em casos extremos, esteja bem patenteada na ideia outrora sustentada de que a melhor maneira de garantir a qualidade dos cuidados prestados era ligar indissociavelmente a sorte do médico à sorte do doente.* (Gomes, 2000, p. 199)

No seio da responsabilidade civil médica há a considerar, como critério geral, o disposto no art. 150.º CP, no qual se assevera que *as intervenções e tratamentos que, segundo o estado de conhecimentos e da experiência da medicina, se mostram indicados e foram levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar a doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.* (Gomes, 2000, p. 199)

A ilicitude caracteriza-se pela violação do direito de outrem ou de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, em conformidade ao disposto no

art. 483.º CC, comportando, este pressuposto, um juízo de desvalor pelo ordenamento jurídico. Todavia, para que o apuramento da reprovação possa ser esclarecedor, no sentido de aquela se poder dirigir à conduta do agente ou ao resultado dela emergente, torna-se imperioso recorrer à teoria do desvalor do facto e à teoria do desvalor da conduta. (Ferreira M. S., 2015, pp. 92-93)

Tradicionalmente, a teoria acolhida seria, de acordo com os ensinamentos de Menezes Leitão, a teoria do desvalor do resultado, para a qual a censurabilidade do resultado seria suficiente para se considerar preenchido o requisito da ilicitude, bastando para o efeito, que a atuação do agente fosse culposa. (Ferreira M. S., 2015, p. 93)

Contudo, como tal posição era suscetível de pactuar com situações injustas, a sua aceitação foi sendo minorada e, a título de resposta, verificou-se o advento, da teoria do desvalor do facto que, atualmente, é aceite pela doutrina dominante, devendo ser a conduta do agente alvo de juízo de censura e não o resultado que dela seja proveniente. (Varela, 2016, p. 532)

Com a aplicação da teoria do desvalor do facto à medicina, é possível verificar que as intervenções médicas, quando validamente consentidas por paciente capaz, esclarecido e informado não são, de todo, legalmente reprováveis, pelo facto de a atuação do médico provir de um facto lícito, apesar de conduzir a um resultado que mais não é do que uma verdadeira ofensa à integridade física e psíquica, podendo, inclusive, o consentimento do lesado ser representativo de uma causa de exclusão da ilicitude. (Ferreira M. S., 2015, pp. 93-94)

Relativamente à ilicitude, no domínio de atos praticados em hospitais públicos, esta pode revestir três modalidades distintas: ilegalidade, inobservância de deveres de cuidado e funcionamento anormal dos serviços.

No que respeita à violação de normas e princípios jurídicos (ilegalidade) modalidades do pressuposto enunciado *in supra*, podem consignar-se situações de ofensa de direitos subjetivos ou de interesses legalmente protegidos, por violação de disposições legais direcionadas para a tutela de interesses alheios. (Vouga, 2018, p. 25)

Todavia, no domínio da responsabilidade civil sobrevinda de atos ou omissões praticados em estabelecimentos hospitalares públicos, não estarão, por via de regra, em causa a violação de normas e princípios jurídicos, mas sim a infração de regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado. (Vouga, 2018, p. 25)

Neste âmbito, Vera Lúcia Raposo afirma que *a ilicitude da atividade médica não resulta necessariamente da violação da lei, do contrato, e nem mesmo do interesse de*

outrem, mas sim da violação de regras próprias da prática médica, consagradas nos mais diversos locais. Destarte, é possível depreender que os danos indemnizáveis derivam, essencialmente, de atividades técnicas ou materiais. (Vouga, 2018, p. 26)

Quanto à inobservância de deveres objetivos de cuidado, Mário Aroso de Almeida destaca que, sendo a ilicitude, no domínio público, suscetível de abranger, não só violação de normas pelas quais a administração rege a sua conduta, mas também o não cumprimento de deveres objetivos de cuidado – art. 9.º n.º1, Lei 67/2007, esta evidencia uma propensão para assumir um conceito amplo de ilicitude²⁰. Destarte, para que exista ilicitude *as consequências da lesão do direito de outrem sem causa justificativa têm de ser imputadas à inobservância dos deveres objectivos de cuidado que ao agente se impunham para evitar a ocorrência da lesão.* (Vouga, 2018, p. 26)

No domínio da responsabilidade civil médica só haverá falta quando o médico proceder à violação cumulativa de uma lei da arte e do dever de cuidado que sobre ele impende, afastando-se, por isso, do que seria esperado da sua atuação no caso em concreto. (Vouga, 2018, p. 26)

Por fim, a terceira modalidade de ilicitude – anormal funcionamento do serviço – encontra-se plasmada no arts. 7.º e 9.º da Lei 67/2007. (Vouga, 2018, p. 37)

Aquando da ocorrência de um ato ilícito proveniente de um funcionamento anormal do serviço, prescinde-se do apuramento da imputabilidade do facto lesivo a um agente ou titular de órgão, uma vez que a verificação de danos por anormal funcionamento do serviço será fundamento bastante para a responsabilização da entidade pública por lhe ser exigível a adoção de uma conduta que não conduza à produção de danos ou que, de certa forma, os pudesse ter evitado. (Vouga, 2018, p. 37).

A responsabilidade por funcionamento anormal do serviço é suscetível de abranger dois tipos de falta: a falta coletiva²¹ e a falta anónima²². (Vouga, A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos), 2018, p. 22)

²⁰ O entendimento da ilicitude no direito público manifesta a sua propensão para se aproximar do sistema francês de *faute*, do qual é parte integrante um componente que, no direito português corresponde à culpa, que é, por sua vez, entendida como inobservância de deveres de cuidado. (Vouga, 2018, p. 26)

²¹ A falta coletiva abrange todas as situações em que os danos não podem, de forma direta, ser imputados ao comportamento concreto de alguém pelo facto de os mesmos terem origem numa atuação global de diversos setores ou intervenientes. Deste modo, é possível afirmar que os danos não seriam

3.3.3 Culpa

A culpa corresponde ao nexos de imputação do facto ao lesante e, estando este pressuposto em falta, não haverá qualquer permissão para que o lesante seja responsabilizado pelo ato que praticara.

Almeida Costa define culpa como sendo *determinada posição ou situação psicológica do agente para com o facto*. Exigindo a lei que *a violação ilícita dos direitos ou interesses de outrem esteja ligada a uma certa pessoa, de maneira que possa afirmar-se, não só que foi obra sua, mas também que ela podia e devia, nas circunstâncias, ter agido diversamente. A culpa implica, assim, uma ideia de censura ou reprovação da conduta do agente*. (Nunes, 2001, p. 27)

Inocência Galvão Telles define-a como a *ligação psicológica ou moral – ou com mais propriedade, normativa – entre a conduta ilícita e o agente que leva a imputar a primeira ao segundo, para o fim de o submeter aos efeitos sancionatórios que o Direito associa, em princípio, aos comportamentos por ele proibidos. (...) é a imputação de um ato ilícito ao seu autor, traduzida num juízo segundo o qual este devia ter-se absterido desse ato*. (Nunes, 2001, p. 27)

Antunes Varela refere que *a culpa exprime um juízo de responsabilidade pessoal da conduta do agente: o lesante, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo. É um juízo que assenta no nexos existente entre o facto e a vontade do autor, e que pode revestir duas formas distintas: o dolo (a que os autores e as leis dão algumas vezes o nome de má fé) e a negligência ou mera culpa (culpa em sentido estrito)*. (Nunes, 2001, p. 28)

Vaz Serra considera a culpa como *um comportamento reprovado pela lei e esta reprovava uma vontade maligna ou negligente do individuo*. (Nunes, 2001, p. 28)

Menezes Cordeiro defendendo o conceito de culpa ao nível axiológico do conjunto inseparável agente – comportamento, não segundo uma noção de cunho psicológico, entende que haverá culpa pela existência *de previsões normativas que associam*

verificáveis se o serviço funcionasse convenientemente, ou seja, em consonância com os padrões médicos de resultado. (Vouga, A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos), 2018, p. 22)

²² A falta anónima ocorre quando, apesar de o dano não poder deixar de ser imputado a um determinado agente, a identidade do mesmo permanece desconhecida. (Vouga, 2018, p. 22)

consequências desfavoráveis à desconformidade da atuação voluntária – norma jurídica. (Nunes, 2001, p. 28)

De Cupis assinala que *se pode afirmar que há culpa quando não se empregou aquela tensão das faculdades mentais que teriam permitido prever o dano previsível, ou ainda que, havendo-se previsto o dano, não se empregou à própria energia volitiva aquela orientação que, com a finalidade de o evitar, teria sido necessária.* (Nunes, 2001, p. 28)

Em analogia ao que sucede com o pressuposto anterior, estará, também presente, na culpa, um juízo de censura, embora distinto do precente, pois enquanto aquele se dirigia ao facto ou conduta do agente, este dirigir-se-á à vontade do agente em si mesmo considerada. Destarte, o lesante só responderá pelos seus atos quanto estes lhe possam ser imputados (Ferreira, 2015, p. 95) O art. 488.º n.º1 CC acautela essa necessidade ao dispor que *não responderá pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de querer ou entender.* (Ferreira M. S., 2015, p. 95)

Nos termos da lei, será imputável quem se encontre perfeitamente capaz de discernir o alcance dos seus atos e seja livre no querer e no agir. Por esse motivo se exige uma dupla capacidade – a capacidade volitiva e a capacidade intelectual. (Varela, 2016, p. 563) Contudo, se o agente se tiver colocado, de forma culposa, neste estado de irresponsabilidade, sem carácter permanente, o lesante será imputável, por força da lei. (Ferreira M. S., 2015, p. 95)

O pressuposto culpa carece de ser apreciado *in casu* e, enquanto tal, será graduado entre o dolo e a mera culpa ou negligência, destriça esta que releva para efeitos de redução do montante indemnizatório – art. 494.º CC. (Ferreira M. S., 2015, p. 95)

No que ao dolo diz respeito, este será mais censurável do que a mera culpa, podendo revestir três modalidades distintas – direto, necessário ou eventual. (Ferreira M. S., 2015, p. 95)

O dolo direto ocorre quando o agente não só prevê o resultado que pode advir da sua conduta como também o deseja, sabendo que a sua conduta, aos olhos da lei, é proibida. Já o dolo necessário é verificável quando o lesante não ambiciona a ocorrência de um ilícito, mas, embora convencido de que o mesmo se pode verificar não deixa de atuar num determinado sentido, sendo, por esse motivo, o ilícito visto como um mal necessário para atingir um fim diverso. (Ferreira M. S., 2015, pp. 95-96) Por último surge o dolo eventual, através do qual o lesante reconhece a hipótese de o facto ilícito ocorrer, aceitando essa eventualidade, mas como não se encontra convicto de que necessariamente ocorra, na

eventualidade de acontecer, atua em desconformidade. (Ferreira M. S., 2015, p. 96)

No que concerne à segunda modalidade – mera culpa – é deixada de parte a atuação do lesante, centrando-se a atenção na omissão da diligência que seria exigível. (Ferreira M. S., 2015, p. 96) A mera culpa, em similitude ao dolo, pode assumir duas subdivisões: culpa consciente e culpa inconsciente. No primeiro caso, o agente idealiza a possibilidade (em abstrato) de verificação do facto ilícito, mas acredita na sua não realização. Já no segundo, embora o lesante não coloque sequer a hipótese de ocorrência do facto, podia e devia tê-lo feito, oferecendo-lhe o direito, por esse motivo, a sua reprovação. (Ferreira M. S., 2015, p. 96)

A culpa será, sempre, apreciada caso a caso, de acordo com o critério do *bonus pater familias* aferindo-se, no caso em concreto se seria exigível ou não ao agente uma conduta diversa da adotada, ou seja, a culpa será perspectivada com base na posição que uma pessoa de normal diligência adotaria naquele contexto. Tal raciocínio resulta do disposto no art. 487.º n.º 2 CC relativo à responsabilidade por factos ilícitos, mas que é, igualmente aplicável à responsabilidade contratual por força do art. 799.º n.º 2 CC. (Ferreira M. S., 2015, p. 96) Em medicina, a valoração das condicionantes subjetivas demonstra ser determinante para a qualificação da conduta do clínico como sendo negligente ou dolosa. No caso de se tratar de um médico especialista, poderá ser exigível um certo *modus operandi* na prática de atos da sua especialidade. (Ferreira M. S., 2015, pp. 96-97)

A Lei n.º 67/2007, apesar da consagração autónoma da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço (art. 7.º n.º 3 e 4) e do alargamento da responsabilidade pelo risco e do âmbito de indemnização pelo sacrifício (arts. 11.º e 16.º), não procedeu ao afastamento do princípio da culpa, já erigido pelo DL n.º 48 051, permanecendo, desta forma, o princípio de que só será justificável a imputação de um dano à Administração quando *haja um facto ilícito e [cumulativamente] seja possível formular um juízo de censura ético-jurídica à conduta da Administração*²³. (Vouga, 2018, p. 39)

Enquanto o DL n.º 48 051, no seu art. 4.º, remetia, quanto à culpa, para o disposto na lei civil ao determinar que *a culpa dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes é*

²³ Com exclusão de situações em que estejam em causa danos resultantes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos (art.11.º) e hipóteses de indemnização pelo sacrifício (art. 16.º).

apreciada nos termos do art. 487.º CC a Lei 67/2007 afasta-se desse mesmo regime, estabelecendo o art. 10.º daquele diploma legal um critério próprio de aferição de culpa no domínio da Administração (nº1), particularizando nos nºs 2 e 3 casos de presunção de culpa. Todavia, apesar da instituição de um novo regime, é mantida a solução de não responsabilizar civilmente os titulares de órgãos, funcionários ou agentes perante os lesados ou em sede de direito de regresso sempre que os factos ilícitos não hajam sido praticados com dolo ou culpa grave. (Vouga, 2018, pp. 39-40)

*A Lei nº 67/2007, ao estabelecer, no art. 10.º nº1, que a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor encontra-se, indubitavelmente, a instituir um novo paradigma – o do agente zeloso e cumpridor ou bom administrador, em substituição do critério vigente no âmbito do regime geral da responsabilidade civil – *bonus pater familias*. (Vouga, A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos), 2018, p. 40)*

3.3.4 Dano

O lesado só pode peticionar qualquer montante indemnizatório se, na sua esfera jurídica, tiver sofrido algum tipo de dano, pois, caso contrário, não haveria qualquer prejuízo a ressarcir. (Ferreira M. S., 2015, p. 103)

O dano pode ser conceptualizado como a violação de bens ou interesses alheios tutelados pelo ordenamento jurídico. Já o dano real é suscetível de uma definição mais completa e que se traduz na perda *in natura* que o lesado haja sofrido devido à ocorrência de um determinado facto ou nos interesses que o direito tutelado ou a norma infringida visem proteger. (Ferreira M. S., 2015, p. 103) Para além do dano real surge, ainda, o dano patrimonial, o qual consiste no impacto causado pelo dano real na esfera patrimonial do lesado, correspondendo ao *quantum* pecuniário que advém da lesão. (Ferreira M. S., 2015, p. 104)

Os danos emergentes e os lucros cessantes são as duas modalidades que o dano patrimonial pode assumir nos termos do art. 564.º nº1 CC, mas enquanto os primeiros se referem aos bens e/ou direitos de que o lesado era titular no momento da lesão, os segundos são relativos aos prejuízos futuros, evidenciando os lucros cessantes como primordial objetivo compensar o lesado pelos benefícios que deixa de obter,

nomeadamente a perda de retribuições devido a uma incapacidade temporária para o exercício da atividade laboral. (Ferreira M. S., 2015, p. 104)

Os danos não patrimoniais são aqueles que apesar de não serem suscetíveis de avaliação pecuniária, pelo facto de serem graves, são merecedores de tutela através do pagamento de uma compensação. (Ferreira M. S., 2015, p. 104)

Qualquer ato médico que se consubstancie num ato imprudente ou de imperícia será um ato passível de suscitar danos (patrimoniais ou não patrimoniais²⁴), consistindo estes em *toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica*. (Gomes, 2000, p. 210)

A título exemplificativo é possível destacar como danos não patrimoniais os danos estéticos, o sofrimento decorrente de uma lesão *o pretium doloris* ou *pain and suffering* do direito dos países de *common law*, os danos advindos da perda de possibilidade de convivência habitual, a vergonha sentida em sair à rua em cadeira de rodas, entre outros. Já os danos patrimoniais corresponderão a todos os danos emergentes provenientes de despesas com os tratamentos e transportes, por exemplo, assim como todos os benefícios que o lesado deixou de obter por força da lesão. Todavia, apesar da acessível exposição, os danos sobrevindos da negligência médica são de difícil avaliação. (Gomes, 2000, pp. 210-211)

No que respeita à avaliação do dano resultante da atividade médica é de referir que esta pode ser dificultada pelo facto de o doente evidenciar uma certa predisposição para sofrer determinados prejuízos sem que os mesmos decorram do exercício da medicina. (Gomes, 2000, p. 211).

Neste sentido, Álvaro Dias destaca que se um doente já sofria de cegueira de um dos olhos e, após a concretização de uma intervenção cirúrgica, cegar do outro no qual apenas possuía 2/10 da visão, o dano causado deverá ser calculado com recurso à teoria da diferença, ou seja, determinar-se-á a diferença entre a invalidez preexistente e a invalidez total. (Gomes, 2000, p. 211)

Outra dificuldade emerge quando um tratamento negligente permite a cura de uma determinada moléstia, mas ocasiona um dano corporal análogo ou superior ao mal que se

²⁴A ressarcibilidade de danos não patrimoniais será de admitir não só no âmbito da responsabilidade aquiliana, mas também na responsabilidade contratual.

alvitrava assolar. (Gomes, 2000, p. 211).

Neste campo, o Tribunal de Lyon decidira que face à significativa melhoria do estado psíquico da doente que padecia de depressão, após tratamento com eletrochoques do qual resultaram duas fraturas do úmero, se poderia compensar o prejuízo resultante das fraturas com o benefício do tratamento. (Gomes, 2000, p. 211)

Álvaro Dias defende que *qualquer tratamento constitui um facto indivisível cujas consequências (benéficas e nefastas) não podem ser dissociados, só pode proceder-se à correta determinação do prejuízo após «dedução» do benefício colhido*, afirmando ainda que sempre que o benefício ultrapasse o dano não haverá lugar a qualquer indemnização ou compensação pelo dano sofrido. (Gomes, 2000, p. 212)

Tal tese é perfeitamente aceitável, uma vez que a medicina alopática utiliza medicamentos fortes e dotados de toxicidade, cujos efeitos farmacocinéticos e farmacodinâmicos nem sempre são suscetíveis de uma avaliação assertiva. Do mesmo modo, os progressos sentidos ao nível do diagnóstico e terapêutica implicam riscos cada vez mais elevados. (Gomes, 2000, p. 212)

No que respeita à avaliação de danos não patrimoniais, a responsabilidade médica é ainda mais vulnerável. Todavia, neste âmbito, grande parte da doutrina admite a compensação dos danos não patrimoniais, ainda que se trate de responsabilidade contratual. De salientar é o facto de o critério de redução equitativa estabelecido no Art. 494º CC não ser aceite pela doutrina de forma unânime, dada a incompatibilidade do mesmo com a natureza da responsabilidade contratual. (Gomes, 2000, p. 212)

Porém, no campo do dano não patrimonial, desde que a ressarcibilidade no plano da responsabilidade contratual seja admissível deverá ser facultado o acionamento de tal dispositivo legal, atendendo à sua previsão no art. 496.º nº3 CC. (Gomes, 2000, p. 212)

Uma outra questão que merece a maior atenção no âmbito do pressuposto em causa é, precisamente, a determinação do dano e a certeza de que este ocorrera visto ser a condição para a existência da obrigação de indemnizar. Tal atividade é, ainda, dificultada quando se trate de uma criança, visto que, neste caso, a ressarcibilidade do dano só será verificável uma vez terminado o crescimento, podendo, inclusivé, ocorrer alterações evolutivas ou degenerativas dos tecidos. (Gomes, 2000, p. 213)

Alguns danos atuais poderão, em momento ulterior, desencadear complicações previsíveis ou imprevisíveis como resultado de uma intervenção negligente. (Gomes, 2000, p. 213)

3.3.5 Nexa de causalidade

De entre os pressupostos da responsabilidade civil só falta analisar o último, o nexa de causalidade, através do qual se procura saber se o facto voluntário do agente, à luz da experiência e das circunstâncias normais é ou não apto a produzir aquele efeito danoso, recorrendo-se para tal a teorias desenvolvidas pela doutrina nacional. (Ferreira M. S., 2015, p. 108)

A primeira teoria a destacar será a teoria da *conditio sine qua non* que engloba todas as condições que hajam estado na base da ocorrência do evento sem as quais aquele não teria ocorrido. Uma outra teoria é a da última condição que, por sua vez, preconiza que a condição imediatamente anterior à ocorrência do evento corresponderá à causa da sua verificação. Já a teoria da condição eficiente sugere uma avaliação da eficiência das várias condições concorrentes a fim de se poder apontar aquela que maior relevância representa para o processo causal. Por fim, é de referir a teoria do escopo da norma violada, a qual se cinge à ideia de que o nexa causal é verificável sempre que o dano proveniente do facto corresponda ao decaimento dos proveitos que a norma visava facultar ao sujeito através da consagração do direito subjetivo ou da norma de proteção. (Ferreira M. S., 2015, pp. 108-109) No entanto, apesar de serem várias as teorias relativas ao nexa causal, a doutrina maioritária segue a teoria da causalidade adequada, sendo neste sentido que também me posiciono. De acordo com esta teoria, só serão indemnizáveis os danos que o lesado não teria sofrido se a lesão não tivesse ocorrido (art. 563.º CC). Deste modo, executa-se um “juízo de prognose póstuma” para aferir se, em abstrato, seria expectável que a prática daquele facto cessasse na produção daquele dano. (Ferreira M. S., 2015, p. 109) Não são, porém, de ignorar os contornos específicos expostos no caso concreto sempre que os mesmos possuam relevância prática para o processo causal. (Ferreira M. S., 2015, p. 109)

Quanto ao nexa de causalidade e no que concerne os hospitais públicos, a jurisprudência dos tribunais administrativos tem subscrito a orientação dos tribunais comuns, *maxime* o STJ, de acordo com a qual o nexa de causalidade entre a ação/omissão imputada ao agente e o dano ocorrido só se verificará quando tal pressuposto evidenciar ser uma consequência normal, típica e provável daquelas. Deste modo, se o demandante não provar a sua existência, a ação, inevitavelmente, improcederá. (Vouga, 2018, p. 60)

De salientar que, o critério da sua aferição, é o perfilhado no direito civil – a teoria da causalidade adequada. (Vouga, 2018, p. 61)

3.4 Responsabilidade civil contratual

3.4.1 Contrato de prestação de serviços médicos

Atualmente, o direito encontra-se apto a perceber a fisiologia da relação clínica, a realizar a sua somatologia, bem como a diligenciar operar em casos de patologia. Contudo e apesar de o contrato ser o instrumento técnico-jurídico idóneo para o enquadramento desta relação da vida social juridicamente relevante, a verdade é que a mesma nem sempre usufruiu de carácter contratual. (Pereira, 2012, p. 579)

Em França, este foi adquirido com a decisão da Câmara Civil da Cour de Cassation de 20 de Maio de 1936 que, por sua vez, afirmava o seguinte: *Forma-se entre o médico e o seu paciente um verdadeiro contrato comportando, para o médico, a obrigação, se não obviamente de curar o paciente, ao menos de lhe fornecer os cuidados, não quaisquer uns, mas conscienciosos, atentos, e, reserva feita a circunstâncias excepcionais, conforme aos dados adquiridos pela ciência; que a violação mesmo involuntária desta obrigação contratual será sancionada por uma responsabilidade da mesma natureza, igualmente contratual.* (Pereira, 2012, pp. 579-580)

À época, a asserção de que a relação médico/paciente se fundava num contrato foi representativa do momento de viragem daquilo que, até então, era entendido como medicina, uma vez que ocorrera a transição de um quadro mágico e religioso para um plano balizado pelo direito, sendo, o profissional de saúde um prestador de serviços. (Pereira, 2012, p. 580)

No direito tedesco o contrato de prestação de serviços médicos é um contrato cujos honorários devem ser pagos independentemente do resultado do tratamento implementado, uma vez que o mesmo não comporta para o médico a obrigação de garantir um determinado resultado. (Pereira, 2012, p. 580)

Em Portugal, Moitinho de Almeida, no ano de 1972, asseverou que *as relações mais comuns entre médicos e doentes assumem natureza contratual*, sendo o contrato celebrado pelo paciente e pelo profissional de saúde qualificado pela doutrina como socialmente típico e inserido na categoria ampla dos contratos de prestação de serviços (art. 1154.º CC), onde se podem subsumir as prestações de “trabalho intelectual”. (Pereira, 2012, p. 584)

Consistindo num contrato socialmente típico, mas legalmente atípico, o contrato através do qual se rege a relação médico/paciente não usufrui de um regime legal, motivo pelo qual, deverão aplicar-se ao contrato de prestação de serviços médicos as normas legais

imperativas, como sejam as normas deontológicas, as regras sobrevindas da regulamentação da profissão médica, da tutela do consumidor e, ainda, as normas que conferem direitos e deveres aos pacientes, os usos e o costume. (Pereira, 2012, pp. 585-586)

De destacar que inclusão das normas deontológicas e dos usos como normas reguladoras do contrato de prestação de serviços médicos se devem ao facto de as primeiras deverem ser qualificadas como normas corporativas provenientes de associações de direito público; ser notória a pretensão de que o costume *praeter legem* seja aceite como fonte de direito que ocupa a mesma hierarquia das normas supletivas e, por fim, que os usos adquiram natureza normativa com a correspondente integração por parte da remissão do art. 239.º n.º1, 1ª parte do CC. (Pereira, 2012, p. 586).

Em terceiro e último lugar, se e na medida em que se opere uma analogia, deverá recorrer-se às normas do contrato de mandato, aliás para o qual o art. 1156.º CC nos remete. Contudo, se o contrato de prestação de serviços médicos evidenciar maior adjacência ao regime legal da empreitada deverá ser dada primazia à aplicação do seu regime, uma vez que, em similitude ao contrato de mandato, a sua categoria é parte integrante dos contratos de prestação de serviços. (Pereira, 2012, pp. 586-587)

Consistindo o contrato de mandato no principal referente juscivilístico de contextualização do contrato de prestação de serviços médicos, importa proceder à análise das normas mais relevantes. (Pereira, 2012, p. 587)

Em consonância com o estatuído no art. 1158.º CC, o serviço prestado pelo médico é presumivelmente oneroso, uma vez que o profissional de saúde se encontra a exercer a sua profissão. As suas obrigações, enquanto mandatário, encontram-se descritas no art. 1161.º CC, sendo que, a obrigação de seguir as orientações do mandante não se coaduna com a autonomia técnica e científica do médico (art.32.º CDOM), com a sua independência (art. 4.º CDOM) e com a liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e de tratamento (art. 125.º CDOM), firmadas pelo código deontológico. Já no que respeita ao dever de prestar informação, é relevante destacar que este é perfeitamente harmonizável com o dever de esclarecimento preceituado no art. 157.º CP. (Pereira, 2012, p. 587)

Em matéria do consentimento, assume, também, relevância o art. 1162.º al. a) CC, visto que, em conformidade ao que nela se preconiza, o médico (mandatário) pode afastar-se das instruções se puder cimentar que o mandante aprovaria a sua conduta, num juízo similar ao do consentimento presumido. (Pereira, 2012, p. 587)

Quanto à aprovação tácita de execução ou inexecução do contrato de mandato, esta encontra-se prevista no art. 1163.º CC. (Pereira, 2012, p. 587)

Apesar de, em regra, ser admissível a prestação tácita do consentimento (art. 217.º CC), o paciente tem à sua disposição a possibilidade de assentir, *a posteriori*, a conduta adotada pelo clínico, sendo, neste caso, também lícita a sua atuação. (Pereira, 2012, p. 587)

No regime do contrato de mandato encontra-se, também, consagrado o direito de o mandatário se fazer substituir – art. 1165.º CC. Contudo, este direito deverá ser harmonizado com a vontade do paciente e o direito à escolha do médico. (Pereira, 2012, pp. 587-588)

O art. 1166.º CC institui o regime da responsabilidade conjunta que, por sua vez, não se aplicará no âmbito do contrato de prestação de serviços médicos pelo facto de, sendo aceite a doutrina do cúmulo de responsabilidades, haver, aquando do exercício da atividade médica uma ofensa a um direito de personalidade suscetível de originar responsabilidade extracontratual, podendo, portanto, aplicar-se o regime da responsabilidade solidária (art. 497.º CC). (Pereira, 2012, p. 588)

Prosseguindo com a reflexão acerca das normas integrantes do regime do contrato de mandato, é possível inferir que sobre o mandante, cujas obrigações constam no art. 1167.º CC, impende a obrigação de fornecer ao clínico os meios indispensáveis para a execução do mandato que, em contexto de “consulta”, se traduzirá em conceder ao médico toda a informação de que dispõe para que este possa efetuar com sucesso quer a anamnese quer o diagnóstico, seguindo-se o dever de proceder ao pagamento da retribuição e da provisão por conta em consonância com os usos. (Pereira, 2012, p. 588)

O art. 1170.º CC consagra a livre revogabilidade do mandato que, por sua vez, se coaduna com a natureza do contrato médico pelo facto de este assentar numa relação pessoal cuja primordial característica se traduz na confiança entre as partes. Destarte, a liberdade de o paciente abdicar do contrato é, efetivamente, basilar. (Pereira, 2012, p. 588)

O princípio da liberdade contratual é, também ele, aplicável ao contrato médico, consistindo este num negócio jurídico bilateral que só excepcionalmente é reduzido a escrito e que não carece de formalidades. (Pereira, 2012, p. 589)

De salientar que, por força da liberdade contratual, o paciente beneficia do direito de escolha do médico, não estando este obrigado a tratar todo e qualquer paciente, exceto quando seja o único profissional de saúde disponível para auxiliar a pessoa ou quando se trate de uma situação de emergência. (Pereira, 2012, p. 589)

O mandato no interesse do mandatário não é aceitável, motivo pelo qual será nulo nos termos do art. 280.º CC. (Pereira, 2012, p. 588)

3.4.1.1 Modalidades de contrato médico: o contrato total e o contrato dividido

3.4.1.1.1 Contrato total

O contrato médico é passível de ser integrado por relações polimórficas estabelecidas entre a clínica, o médico e o paciente. Sempre que tal sucede, encontrar-nos-emos perante um contrato total, respondendo a unidade de saúde em causa pelos atos médicos e pelos atos inerentes ao período de internamento. (Pereira, 2012, p. 596)

O contrato total é, indubitavelmente, um contrato misto, através do qual se aglutinam um contrato de prestação de serviços médicos, um contrato de internamento, um contrato de locação, um contrato de empreitada e, eventualmente, um contrato de compra e venda. (Pereira, 2012, p. 596).

André Dias Pereira destaca que a responsabilidade de uma clínica/hospital, não raras vezes, extrapola o domínio da atividade médica propriamente dita, podendo assumir os seguintes contornos. (Pereira, 2012, pp. 596-597):

- 1. Todos os domínios da atividade médica e responsabilidade médica para a saúde e o bem-estar do paciente que estão a cargo do hospital;*
- 2. Nos domínios do cuidado, alojamento e acomodação dos pacientes;*
- 3. Na responsabilidade pelas exigências legais (do direito social) de respeitar os constrangimentos económicos no exercício dos cuidados médicos;*
- 4. Na farmácia hospitalar, na entrega dos medicamentos prescritos pelos médicos e nos produtos e dispositivos médicos requeridos;*
- 5. Manter equipamentos médicos, máquinas, instrumentos e utensílios à disposição, em bom estado de funcionamento e com segurança;*
- 6. Garantir o cumprimento das regras de higiene em todo o hospital, incluindo os anexos e armazéns e não apenas nas zonas de prestação de cuidados de saúde;*
- 7. Compra, armazenamento, preparação e distribuição de alimentos para o pessoal e para os pacientes; no âmbito da responsabilidade pelos profissionais, designadamente as exigências de segurança e de saúde ocupacional;*

8. *Pela organização do serviço e pelo respeito das regras de comportamento por parte do pessoal; segurança e proteção da saúde e da vida de todas as pessoas que se encontrem no edifício ou nos acessos, incluindo as visitas;*
9. *Pelo cumprimento das exigências legais em matéria de recolha de lixo hospitalar, designadamente o material radioativo, produtos tóxicos e outros.*
10. *Dever de segurança dos doentes internados, mesmo face a agressões de outros doentes.*

Tratando-se de um contrato total, é o hospital/clínica que responde pelos danos independentemente da sua origem – médica, hoteleira, de equipamento ou assistencial, por força do estatuído no art. 800.º CC que determina que a clínica responderá pelos atos dos seus auxiliares, quer sejam médicos, enfermeiros, auxiliares administrativos ou de limpeza que não mantém com o paciente qualquer relação contratual. (Pereira, 2012, p. 598) Ou seja, o contrato total é um contrato misto celebrado entre médico e paciente, com a particularidade de as obrigações inerentes ao internamento serem diretamente estabelecidas entre o paciente e a unidade hospitalar e integradas por elementos quer do contrato de locação quer do contrato compra e venda.

Assim, o hospital será responsável (art. 800.º CC) pelos atos efetuados no cumprimento de obrigações a que se vinculou para com o doente, médicos, profissionais de enfermagem e pessoal auxiliar. (Nunes, 2001, p. 11)

A violação dos deveres do titular da instituição de saúde inerentes aos recursos humanos de que dispõem e que conglomeram, de entre outros, os deveres *in elegendo*, *in instruendo* e *in vigilando*, os deveres relativos aos equipamentos e meios de cura, de higiene e conforto dos pacientes é passível de desencadear responsabilidade. Deste modo, joga-se aqui, com ênfase, a vertente organizacional, atendendo ao dever de coordenar e planear com correção a prestação de serviços médicos que, em caso de incumprimento, pode ser tão ou mais gravoso do que um ato médico defeituosamente cumprido. (Pereira, 2012, p. 598).

A intervenção da doutrina da culpa de organização amplifica facilita a tutela dos lesados e amplia o campo da responsabilidade. (Pereira, 2012, p. 599)

Nas unidades hospitalares privadas, não raras vezes, o doente manifesta a pretensão de uma determinada prestação (v.g. intervenção cirúrgica) ser concretizada por um determinado médico com o qual haja celebrado um acordo de pagamento adicional de honorários. (Pereira, 2012, p. 599)

Face ao descrito, o BGH tomara uma decisão a 19 de Junho de 1985 determinando que se trataria de um contrato total com a particularidade de haver um contrato médico adicional referente a determinadas prestações. (Pereira, 2012, p. 599)

Sempre que assim suceda, a clínica/hospital fica contratualmente obrigada à execução de prestações apropriadas às escolhas terapêuticas do paciente e da assistência médica requerida.

Já o médico ficará incumbido do dever de prestar a assistência que fora acordada, com o consequente direito a uma conta de honorários autónoma. (Pereira, 2012, p. 599)

Estando em causa um contrato de internamento com escolha do médico é sobre a clínica/hospital que impenderá a responsabilidade por todos os danos ocorridos. (Pereira, 2012, p. 599)

3.4.1.2 Contrato dividido

Tratando-se de um contrato dividido, a clínica/hospital limitar-se-á a assumir obrigações decorrentes do internamento, assumindo os atos médicos um carácter autónomo. (Pereira, 2012, p. 600)

No direito alemão, o modelo básico é o designado por contrato com o médico “habitual” (*Belegarztvertrag*), usufruindo o clínico do direito de ocupar um determinado conjunto de camas na clínica/hospital, respondendo esta apenas pelos instrumentos, cuidados de enfermagem e/ou assistência, sendo o médico responsável pela prestação de cuidados. (Pereira, 2012, p. 600)

Em suma, no contrato dividido, o médico responde pelas prestações de natureza terapêutica, pelo incumprimento da sua parte (art. 798.º CC) e pelo incumprimento dos seus auxiliares (art. 800.º CC). Já a clínica/hospital responderá pelas prestações inerentes à assistência hospitalar, como sejam a preparação de equipamentos e instalações, prestação de medicamentos, alimentação, contratação e disponibilização de pessoal assistente e auxiliares de equipa médica, respondendo, portanto, pelas condutas dos seus órgãos, representantes e auxiliares nos termos do art. 800.º CC. (Pereira, 2012, p. 600)

Nestes casos, a clínica/hospital tem ao seu dispor a possibilidade de reclamar a ilegitimidade numa lide de responsabilidade médica ou de não ser responsável solidária pelos danos decorrentes de erro médico. (Pereira, 2012, p. 600)

No âmbito do contrato dividido, é necessário estabelecer a distinção entre as relações estabelecidas entre o médico e o paciente e entre este e o estabelecimento de saúde, dado que padecem de adversidades quanto à imputação de atos/omissões que

equivalham a violações contratuais resultantes dos atos praticados pelos demais profissionais de saúde sempre que os mesmos se encontrem numa situação de dependência face ao médico principal e ao estabelecimento de saúde. (Nunes, 2001, p. 10)

Tendo o cliente celebrado, com a unidade hospitalar/clínica, um contrato, este terá igual conteúdo ao que teria se fosse celebrado com o médico, divergindo apenas no facto de a prestação de serviços ser da responsabilidade da instituição através dos profissionais que nela exercem funções. (Nunes, 2001, p. 11)

Nesta modalidade contratual, entre doente e instituição de saúde estará em causa um contrato de internamento que consistirá num contrato misto que engloba as obrigações de um contrato de enfermagem e hospedagem. Neste caso, só a instituição de saúde é parte do contrato, podendo o clínico ser responsabilizado nos termos gerais da responsabilidade contratual devido ao contrato autónomo que haja diretamente acordado com o doente. (Nunes, 2001, p. 11)

3.4.1.3 Contrato total e contrato dividido: aspetos distintivos

Sempre que se trate de um contrato dividido e no que concerne ao ónus de prova é relevante destacar que este impenderá sobre a clínica²⁵. (Pereira, 2012, p. 601).

Para aferir se está em causa um contrato total ou um contrato dividido, o tribunal deverá recorrer aos seguintes critérios: a existência de um recibo com honorários distintos e especificados ou de dois recibos, um relativo aos cuidados prestados no internamento e outro inerente ao tratamento médico; o tipo de relação contratual estabelecida entre a clínica/hospital e o profissional médico, uma vez que, havendo um contrato de trabalho ou uma prestação de serviços, o clínico será um presuntivo auxiliar da instituição de saúde (contrato total ou contrato total com escolha do médico), mas se o médico tem integral liberdade de estipulação do seu horário de trabalho ou se o doente se dirige à clínica/hospital por aconselhamento do médico, encontrar-nos-emos diante um contrato

²⁵ No mesmo sentido, pronunciou-se a Entidade Reguladora da Saúde *nos casos em que existam responsáveis distintos pelo internamento e pela prestação dos cuidados de saúde, todos os prestadores de cuidados de saúde envolvidos deverão, para afastar a assunção de existência de um contrato total com a entidade responsável pelo internamento, esclarecer clara e atempadamente os utentes quanto à dualidade de contratos celebrados, seus âmbitos, objetivos e entidades subjetivamente responsáveis pelo cumprimento dos mesmos, de forma a que os utentes conheçam inequivocamente qual a entidade responsável, em cada momento, por cada ato ou diligência (praticada ou omitida)*. (Pereira, 2012, p. 601)

dividido com a conseqüente desresponsabilização do estabelecimento pela prática de erros médicos. (Pereira, 2012, p. 602)

As ações de indenização podem ser votadas ao insucesso atendendo às dificuldades de determinação do réu responsável pela prática dos atos ou pelo facto de este não ter património ou ser tomador de seguro de responsabilidade civil. (Pereira, 2012, p. 603)

Relativamente a esta matéria, surgem, no âmbito do direito comparado, algumas propostas, como sejam a responsabilidade central e a responsabilidade empresarial da instituição. (Pereira, 2012, p. 603)

No que concerne à responsabilidade central, a identificação do responsável pela prática de um dano pode ser difícil ou mesmo impossível sempre que em causa estejam intervenções médicas complexas, uma vez que as mesmas podem estar dependentes de inúmeros profissionais cujas sucessivas falhas, ainda que ínfimas, poderão despoletar um dano maior. (Pereira, 2012, p. 603)

O Código Civil Holandês determina que o hospital, independentemente da sua natureza pública ou privada, é responsável pelo por todos os acontecimentos nas suas instalações, tendo o hospital, em momento ulterior, direito de regresso contra o médico em causa. Desta forma estamos perante a responsabilidade central da instituição prestadora de cuidados de saúde, podendo o lesado intentar a ação diretamente contra o hospital sem necessidade de identificar os agentes causadores do dano. (Pereira, 2012, pp. 603-604)

De acordo com o estatuído no art. 7:462 *Burgerlijk Wetboek* a responsabilidade civil é sempre da unidade hospitalar, ainda que os atos sejam praticados por profissionais de saúde desprovidos de qualquer vínculo funcional ao hospital. Com tal estipulação legal o paciente obtém vantagens processuais dada a possibilidade de instaurar a ação apenas contra a unidade hospitalar que, posteriormente, procurará obter o direito de regresso junto do causador do dano. (Pereira, 2012, p. 604)

Na mesma linha parece surgir o teor do Anteprojeto do Código do Consumidor que, no art. 406.º consagra o seguinte: (Pereira, 2012, p. 604)

1. As unidades de saúde submetidas a um estatuto normativo de direito privado, ainda que atuem no âmbito de contratos de prestação de cuidados aos utentes do Serviço Nacional de Saúde, são solidariamente responsáveis com os médicos que nelas desenvolvam a sua atividade quando desta resultem prejuízos para os utentes.

2. *Existe ainda responsabilidade solidária, nos termos do número anterior, quando se trate de prejuízos causados por atos médicos em que colaborem como auxiliares pessoas pertencentes às referidas unidades de saúde.*

No que à responsabilidade empresarial diz respeito assume particular relevância o projeto do grupo de Tilburg/Viena (European Group on Tort Law), de acordo com o qual aquela modalidade de responsabilidade estará plasmada no art. 4:202 dos Princípios Europeus de Responsabilidade Civil que estabelecem o seguinte: (Pereira, 2012, p. 605)

1. *Aquele que exercer uma atividade económica ou profissional de carácter duradouro e utilizar auxiliares ou equipamento técnico é responsável pelos danos causados por um defeito da empresa ou do que nela se produza, exceto se provar que agiu de acordo com o padrão de conduta exigível.*

2. *“Defeito” é qualquer desvio dos padrões que se podem razoavelmente esperar da empresa ou dos seus produtos ou serviços.*

De salientar que a possibilidade avançada pelo European Group on Tort Law não se encontra prevista no código civil português. Contudo, este determina a aplicação das normas da responsabilidade do comitente pelos atos do comissário, cujo regime se encontra instituído no art. 500.º CC e é suscetível de aplicação às pessoas coletivas por força do art. 165.º CC. (Varela, 2011, p. 663) De considerar é, igualmente, a responsabilidade do produtor por produtos defeituosos, independentemente de culpa.

A figura da responsabilidade empresarial faculta a inversão do ónus de prova da culpa e, no seu âmbito, é possível encontrar-se a responsabilidade por atos de auxiliares²⁶, por produtos²⁷ e serviços²⁸ e por equipamentos²⁹. (Pereira, 2012, p. 606)

O regime da responsabilidade empresarial consiste num contributo *de jure condendo*, uma vez que estipula a responsabilização do hospital em detrimento da busca da culpa do agente. (Pereira, 2012, p. 606)

²⁶ Estatuída no art. 800.º CC e é ampla no caso de aplicação do art. 500.º CC.

²⁷ A responsabilidade do produtor de produtos defeituosos é objetiva.

²⁸ O credor pode beneficiar da presunção de culpa do art. 799.º CC quando em sede contratual.

²⁹ Vigora a presunção do art. 493.º n.º1 CC.

3.4.2 Considerações jurídicas acerca da responsabilidade civil contratual

O notório progresso do direito das obrigações operado em vários países europeus faz despoletar a necessidade de uma premente categoria unitária de incumprimento. Porém, o Código Civil Português mantém-se fidedigno às suas distintas modalidades de incumprimento que, por sua vez, nos facultam a possibilidade de destringir a responsabilidade civil por mora, cumprimento defeituoso ou não cumprimento. (Pereira, 2012, p. 607).

No que concerne ao cumprimento defeituoso – art. 799.º n.º1 CC – é relevante destacar que incumbirá ao devedor a prova de que o mesmo não deriva de culpa sua³⁰. (Pereira, 2012, p. 607)

Apesar de estarmos perante obrigações de meios, a doutrina dominante afirma que a presunção patente na norma legal mencionada *in supra* deve ser extensível aos atos médicos decorrentes do cumprimento de um contrato que haja sido celebrado entre o profissional de saúde e o paciente. (Pereira, 2012, p. 608)

De referir que o cumprimento defeituoso pressupõe a violação de um dever objetivo de cuidado, podendo, contudo, haver responsabilidade em caso de violação dos deveres laterais de conduta. (Pereira, 2012, p. 608)

O contrato médico é um contrato de prestação de serviços, ao qual são aplicáveis as regras gerais de responsabilidade, por cumprimento defeituoso, uma vez que o mesmo evidencia ser desprovido de regulamentação específica de garantias contratuais (*Gewährleistungsvorschriften*). (Pereira, 2012, p. 608)

O paciente, na qualidade de credor, poderá, para além da indemnização a que haja lugar, lançar mão do estatuído nos arts. 801.º e 802.º CC, recusando-se a pagar a prestação, a pedir a redução da contraprestação ou a resolução do contrato. (Pereira, 2012, pp. 608-609)

³⁰ Neste sentido, Maria Victória Rocha, afirma que a presunção é justificável porque a lei recorre a critérios de normalidade com base nos quais, quem prova um facto deve provar também as circunstâncias que excepcionalmente ou anormalmente o acompanham, mas não as que normalmente o acompanham. Ora a culpa é, segundo uma máxima da experiência, normalmente inerente ao facto do incumprimento contratual, pelo que o juiz, com base na mera prova da infracção deve pronunciar-se pela responsabilidade, salvo se o devedor provar a ausência da culpa. (Pereira, 2012, p. 608)

3.4.3 Os pressupostos ilicitude e culpa à luz da responsabilidade contratual

Sempre que de uma intervenção médica sobrevenha uma lesão para o paciente, este último poderá avocar os instrumentos jurídicos da responsabilidade contratual ou extracontratual, sendo certo que, sobre ele impenderá o ónus de prova do incumprimento e dos pressupostos de que a responsabilidade civil depende. Contudo, não nos podemos esquecer de que, em regra, o paciente é uma pessoa desprovida de conhecimentos técnico-científicos que lhe permitam proceder à prova de todos os elementos, carecendo, portanto, de um complemento probatório efetuado por peritos médicos. (Pereira, 2012, p. 611)

No âmbito da responsabilidade civil médica, a presunção de culpa prevista no art. 799.º n.º1 CC assume colossal relevo, uma vez que nela reside o entendimento doutrinal e jurisprudencial dominante, no sentido em que se tende a defender que o ónus de prova da violação das *leges artis* compete ao demandante, em contraposição à culpa, uma vez que esta deverá considerar-se presumida por força do estatuído no art. 799.º n.º1 CC. Destarte, será ao profissional de saúde (médico) que caberá a prova de ausência de culpa, ou seja, de que naquele caso, não podia e não devia ter agido de forma diversa³¹. (Pereira, 2012, p. 612)

Em antítese à posição doutrinal enunciada, encontra-se a tese de que a presunção de culpa do devedor não será de considerar na responsabilidade civil por ato médico pelo facto de o mesmo se encontrar vinculado a uma obrigação de meios e não de resultado. (Pereira, 2012, p. 614)

No ordenamento jurídico alemão, o cumprimento defeituoso decorrente da violação do contrato de prestação de cuidados médicos ocasiona, perante a violação ilícita e culposa dos deveres do contrato de cuidados médicos, o direito a uma indemnização. (Pereira, 2012, p. 614).

Quanto à culpa, esta acompanha a definição do art. 487.º n.º1 CC, podendo a mesma assumir a forma de dolo ou mera culpa, sendo que no âmbito da responsabilidade médica o

³¹ No mesmo sentido, surge o Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de janeiro de 2021 que afirma que a presunção de culpa pode ser ilidida pelo médico caso este demonstre que agiu de forma correta e diligente.

dolo surge muito excepcionalmente e agirá com negligência aquele que desrespeitar os deveres de cuidado no tráfego³². (Pereira, 2012, pp. 614-615)

O art. 487.º CC prevê o critério de apreciação da culpa em termos objetivistas³³, sendo, para tal, exigível o grau de diligência de um homem normal, medianamente arguto, ponderado e cuidadoso (*bonus pater familias*), ou seja, no domínio em causa, deverá o médico ser suficientemente diligente, sagaz, prudente, detentor de conhecimentos, capacidade física, intelectual e emocional para desempenhar as funções a que se propõe. No entanto, apesar de o critério de aferição da culpa ser exigente é, de alguma forma, temperado pela destrição entre obrigações de meios e de resultado, assumindo, regra geral, o médico uma obrigação de meios, dado que, por norma, não se vincula à obtenção de um resultado, mas sim a reunir todos os meios necessários para que o tratamento do doente seja assegurado. (Pereira, 2012, pp. 615-616)

Sendo a obrigação assumida pelo médico uma obrigação de meios, a prova do incumprimento/cumprimento defeituoso passará pela demonstração, por parte do autor, de que o médico apresentara uma conduta dissemelhante com o estatuído nas *leges artis*. (Pereira, 2012, p. 616)

3.4.4 A atividade médica enquanto obrigação de meios ou obrigação de resultado

Hans-Georg Gadamer conceptualiza o médico como sendo um *ajudante da natureza*, o que não deixa de corresponder à verdade, uma vez que no médico residem uma inépcia e dubiedade constantes perante a impossibilidade de controlar processos causais e

³² A destrição entre o cuidado exterior e o cuidado interior demonstra ser fundamental, uma vez que um e outro apresentam. Entre si, divergências. O primeiro – cuidado exterior – consiste no dever que o médico tem de aplicar o standard da ciência no momento em que presta tratamento e de que o diagnóstico e a terapêutica implementada sejam coincidentes com o expectável por parte de um médico da especialidade que esteja em causa. Já o segundo – cuidado interior – é relativo ao padrão subjetivo-individual da culpa, ou seja, a indispensabilidade de reconhecer o dever de cuidado exterior e demais pressupostos pessoais. Sempre que o cuidado interior e exterior não sejam observados haverá, indubitavelmente, negligência. (Pereira, 2012, p. 615)

³³ Ou seja, conforme à teoria da culpa em abstrato e da culpa enquanto deficiência de conduta. A culpa, para além de uma deficiência da vontade pode, também, consistir numa deficiência de conduta e, enquanto tal, a mesma abarcará, não apenas a falta de zelo, cuidado, o desleixo, mas ainda a ausência de perícia, de aptidão e a falta de senso. (Pereira, 2012, p. 615)

hipotéticas reações fisiológicas específicas que o doente possa vir a evidenciar e que conferem à atuação do profissional de saúde um carácter aleatório que, por sua vez, justificará a necessidade de ser estabelecida a destrição, no plano jurídico, entre obrigação de meios e de resultado (responsabilidade contratual). (Pereira, 2012, p. 617)

Segundo Manuel de Andrade, as obrigações de meios consistem naqueles em que o devedor se obriga *apenas a desenvolver esforços e diligência normais, em ordem a satisfazer o interesse fundamental do credor: constitui exemplo típico a obrigação contratual do médico, visto que este não se obriga a curar o doente, mas apenas a tratá-lo convenientemente, a fim de tentar obter a sua cura; o mesmo vale, mutatis mutandis, a respeito da obrigação do advogado, no que concerne ao êxito da causa que patrocina.* (Monteiro, 1999, p. 266)

Já nas obrigações de resultado, o devedor obriga-se a propiciar ao credor resultado específico ou um determinado efeito útil, consistindo, regra geral, em obrigações de *non facere* ou de prestação de coisa. (Monteiro, 1999, p. 266)

Yzquierdo Tolsada, relativamente às obrigações de resultado, destaca que *la labor del deudor se situa em la consecución de una finalidad superior y exterior al convénio celebrado, al constreñirse a una actividade n cierto modo parcial com vistas a dicho más amplo fin, pêro sin el logro de dicho fin o el fracaso influya en absoluto en la eficacia del contrato*, ou seja, na perspetiva do autor, nas obrigações de meios apenas se verifica a disponibilização dos meios necessários à consecução da finalidade preestabelecida. Em antítese, nas obrigações de resultado, o devedor encontra-se adstrito à realização de um certo resultado. Deste modo é possível inferir que as obrigações de meios não visam a obtenção de um determinado resultado, não podendo, por esse motivo, ser alegado o incumprimento contratual, sem causa justificativa para o efeito. (Nunes, 2001, pp. 17-18)

Mazeaud, Penneau, Savatier, Bonvicini e Carbonnier defendem que, em regra, impenderá sobre os médicos, *uma obrigação contratualmente assumida, de desenvolver de forma diligente, atento o estágio científico atual das leges artis, certa atividade para, segundo Almeida Costa se obter um efeito útil que se traduz em utilizar a sua ciência no tratamento do paciente, sem lhe ser exigida a obtenção vinculada de um certo resultado.* (Nunes, 2001, p. 18)

Embora alguns autores considerem relevante a destrição entre obrigações de meios e de resultado, Ferreira de Almeida considera-a ignóbil, destacando a difícil harmonização entre a noção de obrigação de meios e o conceito de contrato de prestação de serviços, dado que este se caracteriza pela “obrigação de proporcionar certo resultado” – art. 1154.º

CC. (Pereira, 2012, p. 620) Deste modo, consistindo a prestação principal do médico no tratamento do paciente e não na sua cura, este será o resultado inerente ao desempenho da sua função. (Pereira, 2012, p. 620)

Todavia, apesar de alguns autores apresentarem o seu dissentimento face à distinção entre obrigações de meios e de resultado, a mesma evidencia ser profícua, funcional e reveladora de que o objeto da prestação do médico não reside na cura do paciente (resultado), mas no ser diligente, metucioso e cumpridor das *leges artis*³⁴ para que o tratamento do paciente possa ser alcançado. (Pereira, 2012, p. 623)

De referir que, a distinção acima descrita é, ainda, fundamental para individualizar as intervenções médicas em que o resultado certo é exigível das atividades em que tal não é equacionável pelo facto de alguns fatores, como sejam a álea das condições pessoais do doente e a sua interação com um determinado fármaco não poderem, de imediato, fazer versar sobre o médico a responsabilidade de um resultado negativo. (Pereira, 2012, p. 623)

No direito italiano, a jurisprudência tem procurado estabelecer a útil diferenciação entre intervenções de difícil e fácil execução, devendo, para cada uma delas, ser instituído um regime probatório específico. (Pereira, 2012, p. 623)

Nas intervenções de difícil execução, uma vez demonstrado pelo médico que a intervenção em causa abrange técnicas de particular dificuldade, é sobre o paciente que recairá a prova de que as técnicas empregues não eram idóneas à execução da intervenção. Se, por outro lado, se tratar de uma intervenção de fácil execução cujo paciente consiga provar essa mesma facilidade, competirá ao médico provar que o insucesso da intervenção não residira na sua própria imperícia ou negligência de forma a afastar a sua eventual responsabilidade. (Pereira, 2012, p. 623).

No respeitante à destrição entre obrigações de meios e obrigações de resultado é relevante destacar que, a doutrina, tem vindo a refletir acerca da possibilidade de determinadas intervenções clínicas poderem ser qualificadas como obrigações de resultado, distinguindo Vanswevelt entre obrigações de resultado advindas da vontade das partes,

³⁴ As *leges artis* aglomeram um conjunto de normas e princípios associados à profissão médica que se encontram dispersos na *praxis* médica, em conformidade ao estado da ciência num determinado momento e não compilados num só diploma. (Pereira, 2012, p. 623)

obrigações de resultado que derivam da lei e obrigações intrinsecamente de resultado. (Vansweevelt, 1996, p. 116)

Quanto às primeiras, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro consideram que ao médico é-lhe facultada a possibilidade de prometer um determinado resultado, podendo, neste caso, as obrigações em causa envolver os meios a utilizar e o resultado final da terapia implementada. (Pereira, 2012, p. 624)

Sempre que as obrigações se traduzam na vontade das partes deverá, num primeiro momento, atender-se à vontade daquelas por gozarem do poder conformador dos contratos – art. 405.º CC – com o intuito de se aferir se pretenderam determinar o carácter das obrigações em causa. Porém, é relevante alertar para a necessária estipulação de critérios suplementares, nomeadamente o carácter aleatório da intervenção, uma vez que quando o resultado almejado demonstre ser incerto ou aleatório a obrigação, por norma, é uma obrigação de meios, mas, se a concretização for praticamente assegurada, com recurso aos meios disponíveis, podemos estar ante obrigações de resultado. (Pereira, 2012, p. 625)

Já as obrigações de resultado oriundas da lei, porque uma determinada norma legal impõem um comportamento preciso, não proporcionará liberdade de apreciação ao clínico. De entre estas obrigações é possível, a título exemplificativo, destacar-se a obrigação de socorrer o indivíduo quando este se encontre em situação de perigo, a obrigação de proceder ao cumprimento integral do sigilo profissional, a obrigação de o hospital disponibilizar recursos humanos e material suficientes ao tratamento dos pacientes. (Pereira, 2012, p. 624)

Neste âmbito surgem, também, as obrigações intrinsecamente de resultado que se traduzirão naquelas que não dão lugar ao carácter aleatório³⁵. (Pereira, 2012, p. 625)

Para efeito de distinção entre obrigações de meios e resultado é fundamental referir que, no que tange à saúde podem ser necessárias múltiplas intervenções para que o alcance do tratamento/cura do paciente seja exequível. Nesta sequência e atendendo às diversidade

³⁵ A título de figurino é possível referir o tratamento erróneo do paciente saudável ou de órgão sadio ou a concretização de exames ou intervenções simples – análises clínicas, transfusões sanguíneas, radiografias, entre outros, dependendo da complexidade de cada atividade específica. (Pereira, 2012, p. 625)

das mesmas, deverão qualificar-se em intervenções com finalidade diagnóstica e intervenções com finalidade terapêutica. (Oliveira N. M., 2019, p. 89)

No que respeita às intervenções para a concretização da diagnose do paciente, o STJ tem manifestado dúvidas em relação ao facto de o dever de prestação consistir numa obrigação de meios (acórdão de 27 de novembro de 2011) ou numa obrigação de resultado (acórdãos de 4 de março de 2008, de 17 de janeiro de 2013 e de 12 de março de 2015). De entre as obrigações de resultado encontram-se a análise de exames químicos e biológicos devido à margem de incerteza ser praticamente nula. (Oliveira N. M., 2019, p. 89)

O aresto do STJ datado de 1 de outubro de 2015 coloca a hipótese de uma terceira via ao afirmar que uma vez provado que entre as partes haja sido celebrado um contrato de prestação de serviços médicos desprovido de uma finalidade curativa, a qualificação da obrigação assumida como sendo de meios ou de resultado torna-se improfícua, uma vez que o consentimento do doente exclui a tipicidade e a ilicitude da intervenção, apesar de não eliminar a ilicitude e a tipicidade da lesão daí proveniente. (Oliveira N. M., 2019, p. 90)

No acórdão em causa, a matéria de facto, é relativa a um exame complementar de diagnóstico, uma endoscopia digestiva baixa, da qual resultara uma perfuração do intestino. Uma vez prestado o consentimento pelo paciente, quer a tipicidade quer a ilicitude do exame foram excluídas, mas não a ilicitude e a tipicidade da perfuração do intestino. De salientar que o cumprimento ou não cumprimento das leis da arte e da ciência médica, na intervenção de diagnóstico é irrelevante, uma vez que a *apreciação da licitude da sua conduta não se pode[ria] reconduzir à indagação sobre a observância das leges artis*. (Oliveira N. M., 2019, p. 90)

A terceira via supramencionada é corroborada pelo Ac. do STJ de 22 de março de 2018³⁶.

³⁶ IV — *Estando em causa a realização de um exame de colonoscopia, sem função curativa, do qual nasce uma obrigação de resultado (obtenção dos dados clínicos do exame), ocorrendo uma perfuração do colon do paciente, sem que esteja em discussão o cumprimento do dever primário de prestação do médico mas o cumprimento do dever acessório de, na realização do exame clínico, ser respeitada a integridade física daquele, duas construções dogmáticas podem ser perfilhadas:*

(i) *a ocorrência da perfuração do colon basta para configurar a ilicitude, uma vez que uma lesão da integridade física do paciente, não exigida pelo cumprimento do contrato, implica a sua verificação (ilicitude do resultado), caso em que haverá que ponderar da exclusão da ilicitude*

Os acórdãos enunciados *in supra*, são concordantes em três aspetos relativos a uma responsabilidade objetiva por intervenções com finalidade diagnóstica e que se traduzem na consideração do padrão ou standard do doente concreto, na adoção de um cuidado acrescido no esclarecimento do doente acerca do risco grave decorrente da realização de uma endoscopia digestiva baixa e, também, no facto de ainda que haja um adequado esclarecimento do doente, o risco de uma causa desconhecida deve recair sobre o médico. (Oliveira N. M., 2019, p. 93)

Quanto às intervenções com finalidade terapêutica, o STJ assevera que as mesmas devem ser diferenciadas em função dos critérios do conteúdo do ato médico e da probabilidade de o fim pretendido pelas partes ser ou não realizado, devendo, deste modo, contrapor-se a responsabilidade por defeitos das coisas e por defeito das prestações, subdividindo-se esta em responsabilidade pelos defeitos de prestações simples cuja margem de risco seja irrelevante e a responsabilidade pelos defeitos das prestações simples ou complexas, cuja margem de risco seja relevante. De entre cada uma das hipóteses, o dano decorrente de defeitos das coisas ou de defeitos de prestações simples cuja margem

pelo consentimento informado daquele quanto aos riscos próprios daquela colonoscopia (cfr. art. 340º, nº 1, do CC);

- (ii) *incumbe ao paciente lesado provar a ilicitude da conduta do médico, isto é a falta de cumprimento do dever objectivo de diligência ou de cuidado, imposto pelas *leges artis*, dever que integra a necessidade de, no decurso da intervenção médica, tudo fazer para não afectar a integridade física daquele (ilicitude da conduta), caso em que, mesmo não se provando a violação desse dever, ainda assim, sempre se terá de averiguar se foi devidamente cumprido o dever de informar o paciente dos riscos inerentes à intervenção médica e se este os aceitou.*

V — A circunstância de se ter provado que a A., paciente, antes da realização do exame feito pelo R. médico assinou um impresso do Hospital com o título ‘Consentimento Informado’, contendo uma declaração em que afirma estar ‘perfeitamente informada e consciente dos riscos, complicações ou sequelas que possam surgir’, e ainda que conhecia os riscos inerentes à realização de um exame de colonoscopia, incluindo a possibilidade de perfuração, não é suficiente para preencher as exigências do consentimento devidamente informado uma vez que, no caso, sendo os riscos de perfuração superiores ao normal devido à idade e aos antecedentes clínicos da A., era imperativo que o R. fizesse prova de que a A. fora informada de tais riscos acrescidos.

VI — Tendo havido violação do dever de esclarecimento do paciente, com consequências laterais desvantajosas, isto é, a perfuração do colon, e com agravamento do estado de saúde, os bens jurídicos protegidos são a liberdade e a integridade física e moral, e os danos ressarcíveis tanto são os danos patrimoniais como os danos não patrimoniais.

- (i) *VII — Por conseguinte, quer se siga a concepção da ilicitude do resultado quer a concepção da ilicitude da conduta, o R. médico e a respectiva seguradora encontram-se solidariamente obrigados a reparar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pela A. com fundamento em falta de consentimento devidamente informado para a realização da colonoscopia.*

de risco não seja relevantes, constituirão casos de responsabilidade por incumprimento de obrigações de resultado. Já as obrigações de meios considerar-se-ão incumpridas, gerando responsabilidade, sempre que o dano advenha de defeitos de prestações cuja margem de risco seja relevante. (Oliveira N. M., 2019, p. 93).

Os TRP e o TRL, através dos acórdãos datados de 5 de março de 2013 e 20 de dezembro de 2016 explanam a diferença entre as duas modalidades de prestações recorrendo, para o efeito, ao critério da aleatoriedade. (Oliveira N. M., 2019, p. 94)

Entre os corolários da aleatoriedade ou não aleatoriedade do resultado, encontrar-se-á o ónus de prova, sendo que, a álea apresentará como primordial função a distinção entre as duas categorias de obrigações e o ónus de prova estabelecido da seguinte forma: *Se o resultado for, em regra, atingido com a actuação diligente do devedor, com a adopção da técnica apropriada, não jogando a álea um papel de relevo, estamos perante uma obrigação determinada (de resultado)*; “[s]e, pelo contrário, o resultado [...] for de consecução incerta — pela intervenção de vários factores e de uma carga elevada de aleatoriedade, mesmo que o devedor empregue o cuidado e competência exigíveis — então a obrigação assumida deverá ser qualificada como uma obrigação geral de prudência (de meios). (Oliveira N. M., 2019, p. 94)

O acórdão do STJ de 26 de abril de 2016 procede à aplicação dos critérios supramencionados através da análise de colocação de uma prótese, em relação à qual, aquando da sua preparação haverá uma obrigação de resultado e aquando da sua colocação uma obrigação de meios visto que perante a introdução de um corpo estranho no organismo pode despoletar reações adversas que o profissional de saúde não consegue controlar. No mesmo sentido, surge o acórdão do STJ de 21 de fevereiro de 2019 que afirma que *no contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos com colocação de prótese, o médico assume uma obrigação de resultado quanto à elaboração da prótese adequada à anatomia do paciente, e uma obrigação de meios quanto à aplicação da mesma no organismo do paciente segundo as leges artis*³⁷. (Oliveira N. M., 2019, pp. 94-95)

³⁷ O TRP, nos Ac. de 5 de março de 2013 e 17 de junho de 2014, sustenta a necessidade de distinção entre o *modus* de preparação/elaboração de uma prótese e a sua aplicação ao corpo do paciente. Para que a colocação de uma prótese possa ser regulamentada pelo regime das obrigações de meios, é relevante destacar

No que concerne aos defeitos das prestações, o STJ e os Tribunais de segunda instância tem completado o critério da probabilidade de o resultado ambicionado pelas partes ser ou não alcançado com o recurso a critérios complementares, como sejam a especialização do médico, a vontade dos partes e a natureza do erro (normal ou grosseira). (Oliveira N. M., 2019, p. 96)

Tratando-se de erros grosseiros (v.g. esquecimento de instrumentos cirúrgicos no interior do corpo do doente), o STJ pronuncia-se, no Ac. de 27 de novembro de 2011, no sentido de dever ser aplicado o regime das obrigações de resultado. (Oliveira N. M., 2019, p. 97) Relativamente à especialização, em regra, o médico fica adstrito apenas a uma obrigação de meios.

Uma vez estabelecida a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, torna-se fundamental a determinação do seu alcance em matéria de ónus de prova. Neste âmbito e porque sobre o médico apenas impende uma obrigação de meios já tem sido almejado que o ónus de prova recaia sobre o lesado, enquanto credor da prestação. Todavia, a distinção entre os dois tipos de obrigações, no que concerne ao ónus de prova, não deve ser tão linear. (Jorge, 1999, pp. 133-134)

Figueiredo Dias e Sinde Monteiro afirmam que a natureza da obrigação *há-de influenciar a repartição do ónus de prova: só por absurdo se pode admitir que o doente, para obter uma indemnização, além de outros pressupostos gerais, tenha apenas de provar a não obtenção de um resultado, isto é, de forma típica, a não recuperação da saúde.* Deste modo, ante uma obrigação de meios, o paciente só terá que proceder à prova de que o médico não lhe prestara os melhores cuidados possíveis ao seu estado clínico. (Pereira, 2012, p. 618)

Por outro lado, António Gaspar, reitera que o incumprimento da obrigação por parte do médico reveste a forma de cumprimento defeituoso, sendo imprescindível, para que se verifique o incumprimento da obrigação, a prova do defeito no cumprimento, a qual, por

uma importante exceção – as próteses dentárias que reconduzem o profissional a uma obrigação de resultado, uma vez que *estando tais procedimentos completamente banalizados na prática médico-dentária e mostrando-se bastante evoluída a respectiva técnica, o grau de incerteza quanto ao resultado pretendido é desprezível.* (Oliveira N. M., 2019, pp. 95-96)

sua vez, recairá sobre o paciente³⁸. E esta será, nas palavras de Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, a mais difícil de alcançar. Todavia, há uma diferença entre ter que proceder à prova de que ocorrera um erro de técnica profissional com recurso às leis da arte e da ciência médica ou proceder à prova de que o médico, no circunstancialismo fáctico em causa, podia e devia ter atuado de modo diverso, uma vez que a prova de que as circunstâncias não se verificaram, estará mais facilmente ao alcance do profissional de saúde do que do doente, podendo ser justo impor-lhe esse mesmo ónus. (Pereira, 2012, p. 618)

Por sua vez Antunes Varela determina que caso o doente sucumba pelo facto de o médico não ter cumprido o dever de assiduidade ou por não se ter atualizado convenientemente é notório o incumprimento das obrigações assumidas, uma vez que, em similitude às demais, as mesmas se encontram submetidas ao dever geral de diligência – art. 762.º n.º2 CC. (Varela, 2011, p. 88)

A prova do incumprimento decorrente da falta de assiduidade do clínico ou da ausência de conhecimento das *leges artis* impende sobre o paciente, mas a culpa, enquanto juízo de censura sobre o concreto agente por não ter agido com *a diligência de um bom pai de família em face das circunstâncias de cada caso* (art. 487.º n.º2 ex vi art. 799º n.º2 CC) é presumida por força da lei (art. 799.º n.º1 CC). (Varela, 2011, p. 88)

O ónus de prova da culpa assenta, do mesmo modo, nas obrigações de meios sobre o devedor inadimplente. A prova do não cumprimento do contrato é mais árdua, dado que não é suficiente ao lesado provar que não ficou em melhor estado de saúde ou que, esse estado se agravava ou mesmo que veio a falecer, tendo que provar que o clínico incumprira os seus deveres, desrespeitando as *leges artis*. (Pereira, 2012, pp. 619-620)

A inversão do ónus de prova da culpa pode ser fundamentada pelas seguintes razões: assimetria na relação estabelecida entre o médico e o paciente, particular dignidade de tutela dos interesses afetados pelo incumprimento e dificuldade de tutela dos interesses do doente, à luz dos crescentes anseios por parte do legislador de favorecer o lesado, na

³⁸ O art. 799.º n.º1 CC estabelece que o cumprimento defeituoso é presumivelmente oriundo na culpa do médico, cuja prova dependerá do doente, enquanto credor da relação. *Pressuposto desta presunção é o próprio defeito do cumprimento que tem, naturalmente, que ser provado por quem o invoca.* (Pereira, 2012, p. 618)

qualidade de parte mais fraca da relação contratual subjacente (Pereira, 2012, p. 620), uma vez que o credor da obrigação (paciente), muitas vezes, não detém conhecimento suficiente ou não se encontra nas suas faculdades mentais para aferir se o médico atuara ou não culposamente, estando, neste âmbito, o médico numa melhor posição perante a prova, comparativamente ao doente que sofrera uma determinada lesão. (Pinto & Pedroso, 2020)

Ainda em matéria de ónus de prova e no tange à responsabilidade contratual em particular é, de imediato, levantada uma questão: será a presunção de culpa estatuída no art. 799º nº1 CC extensível a todas as obrigações ou deverá verificar-se uma distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado? (Oliveira N. M., 2019, p. 104)

Em resposta à indagação formulada, a jurisprudência diverge, uma vez que alguns acórdãos determinam que a aplicação da presunção de culpa deverá ocorrer perante um incumprimento de obrigações, independentemente da sua natureza³⁹, mas, por outro lado, o acórdão do STJ de 12 de março de 2015 pronunciou-se no sentido de a aplicação da presunção ser, apenas, verificável nas obrigações de resultado *na responsabilidade contratual, a culpa só se presume se a obrigação assumida for de resultado, bastando, então, a demonstração do inadimplemento da obrigação, ou seja, que o resultado, contratualmente, assumido não se verificou, pelo que, face à culpa, assim, presumida, cabe ao devedor provar a existência de fatores excludentes da responsabilidade.* (Oliveira N. M., 2019, p. 106)

Apesar de o acórdão do STJ de 12 de março de 2015 sugerir clara distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, esse não é o entendimento do STJ, uma vez que este, de um modo geral, se pronuncia no sentido de *se a obrigação assumida consistir numa obrigação de meios, no âmbito da responsabilidade civil contratual por factos ilícitos, incumbe ao devedor fazer a prova que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua, ilidindo a presunção de culpa que*

³⁹ Os acórdãos do STJ de 17 de Dezembro de 2002, de 22 de Maio de 2003, de 18 de Maio de 2006, de 18 de Setembro de 2007, de 16 de Junho de 2009, de 15 de Outubro de 2009, de 17 de Dezembro de 2009, de 30 de Junho de 2011, de 13 de Setembro de 2011, de 15 de Dezembro de 2011, de 11 de Junho de 2013, de 2 de Junho de 2015, de 28 de Janeiro de 2016, de 26 de Abril de 2016, de 7 de Março de 2017, de 23 de Março de 2017 e de 21 de Fevereiro de 2019 pronunciam-se no sentido da aplicação da presunção de culpa do art. 799.º nº1 CC a todas as obrigações, independentemente da sua natureza. (Oliveira N. M., 2019, p. 105)

sobre si recai, nos termos do preceituado pelo art. 799.º, n.º 1, do Código Civil. (Oliveira N. M., 2019, pp. 106-107)

No que ao ónus de prova da tipicidade e da ilicitude e ao ónus de prova da culpa diz respeito, o acórdão do STJ de 28 de janeiro de 2016 determina que o primeiro impenderá sobre o autor (paciente), recaindo o ónus de prova da culpa sobre o réu (médico)⁴⁰. (Oliveira N. M., 2019, p. 107)

A aplicação do art. 799.º nº1 CC não depende da qualificação da obrigação do médico como obrigação de meios ou de resultado apesar de, entre si, haverem aspetos distintivos. Enquanto nas obrigações de resultado, a não obtenção do resultado ambicionado seria representativa de um incumprimento e, enquanto tal, determinaria o recurso à presunção de culpa do preceito legal supra mencionado. Pelo contrário, perante uma obrigação de meios, o não alcance de um resultado não é representativo, por si só, de um incumprimento. (Oliveira N. M., 2019, p. 107)

Sobre o paciente impenderá o ónus de alegação e de prova de que o clínico não cumprira a obrigação quando o mesmo haja adotado uma conduta que desencadeara uma falha profissional, ainda que não intencional, no que respeita aos meios, instrumentos ou técnicas a que haja recorrido por não se encontrarem em consonância com as *leges artis*⁴¹. (Oliveira N. M., 2019, p. 108)

Uma vez provado, pelo doente, o incumprimento por parte do profissional de saúde (médico), a presunção do art. 799.º nº1 CC seria aplicável após a prova de que *o médico não praticou todos os atos normalmente considerados necessários para alcançar a finalidade desejada] funcionar[ia], no domínio da responsabilidade contratual, a [...] presunção de culpa*”. *O médico teria o ónus da prova de que não teve culpa — da prova*

⁴⁰ Uma vez provada a ilicitude resultante do desrespeito pelo dever de proteção da integridade física do lesado aquando da execução do contrato, deverá ser adotado o regime instituído para a responsabilidade contratual, presumindo-se, portanto, a culpa do lesante/devedor em consonância com o disposto no nº1 do art. 799.º CC. (Oliveira N. M., 2019, p. 107)

⁴¹ É ao paciente que compete proceder à prova da ausência de diligência do médico, o não recurso aos meios adequados, o defeito de cumprimento e/ou a não prática de todos os atos necessários para que o fim pretendido fosse alcançado. Essa falta é que corresponderá ao erro médico. (Oliveira N. M., 2019, p. 108)

“de que agiu com a diligência e perícia devidas, e portanto sem culpa”⁴². (Oliveira N. M., 2019, p. 108)

Ainda neste âmbito, é possível destacar o caso que subjaz ao acórdão do TRP de 30 de maio de 2016, em relação ao qual Nuno Pinto de Oliveira, manifesta algumas dúvidas quanto à aplicabilidade da presunção estatuída no art. 799.º CC, *in casu*, uma vez que a interpretação efetuada induz que o tribunal tratara a presunção de culpa como uma presunção de tipicidade e ilicitude. Em causa, estava um quadro clínico, mediante o qual o réu havia causado uma lesão no nervo ciático do autor aquando da concretização de uma colheita óssea, na qual havia sido confrontado com dificuldades de acesso à área visada e, mesmo assim, procurara insistir “temerariamente” na mesma técnica por três ou mais vezes. (Oliveira N. M., 2019, p. 109)

Perante a factualidade descrita, o tribunal de primeira instância, deu como provado que *havendo dificuldades de acesso*, as leis da arte e da ciência médica desaconselham o médico a fazer mais do duas tentativas devido aos elevados riscos que cada tentativa pode implicar⁴³. (Oliveira N. M., 2019, p. 109)

O TRP, por sua vez, considerou que *[a] factualidade provada não permitia afirmar que o réu [...] [tivesse] insistido por diversas vezes na mesma técnica, ou que [tivesse] havido frustração de entrada à primeira tentativa ou à segunda, [ou] que [o réu] [tivesse] insistido temerariamente*, não estando, portanto, provada a culpa do réu. (Oliveira N. M., 2019, p. 109)

O ónus de alegação e de prova de que o réu, *in casu*, não adotara todas as medidas que lhe seriam exigíveis de modo a evitar a ocorrência de um resultado danoso recaía sobre o autor, sendo a presunção de culpa do art. 799.º n.º1 CC aplicável apenas e só perante essa alegação e prova. O facto de o réu não provar que adotou todas as medidas exigíveis, em conformidade à *lex artis*, de forma a evitar um resultado danoso, não é suficiente para que

⁴² O STJ, no ano de 2019, através do Ac. de 21 de fevereiro retomou o raciocínio ao estabelecer que é ao paciente que compete provar *a falta de diligência do médico, [...] ou que o médico não praticou todos os actos considerados necessários para alcançar a finalidade desejada: é essa falta que integra erro médico e constitui incumprimento ou cumprimento defeituoso, importando que só depois dessa prova, funcionará, no domínio da responsabilidade contratual, a presunção de culpa do médico*. (Oliveira N. M., 2019, p. 108)

⁴³ Após a feitura de duas tentativas desprovidas do sucesso almejado, deveria ter sido adotado um procedimento médico distinto, através do qual a técnica fosse divergente da inicial, mas igualmente eficaz no caso concreto. (Oliveira N. M., 2019, p. 109)

a presunção de culpa seja aplicável ao caso concreto ou, mesmo sendo aplicada, que se conclua que o médico atuara com culpa. (Oliveira N. M., 2019, pp. 109-110)

Neste sentido, é possível inferir que temos duas hipóteses, a adotada pela 1ª instância e a subscrita pelo tribunal da relação. No primeiro caso, tendo o tribunal considerado que fora feita, pelo autor, a prova de o réu não havia tomado todas as medidas exigíveis, a presunção poderá aplicar-se. Já na segunda hipótese, não. (Oliveira N. M., 2019, p. 110)

O art. 799.º nº1 CC pressupõe a prova da violação de um dever, ou seja, a prova da tipicidade e da licitude para que a culpa possa ser presumida. (Oliveira N. M., 2019, p. 110)

O Ac. do TRP de 26 de Janeiro de 2016 alvitra uma *correção material* dos critérios da tipicidade e da ilicitude, com as respetivas repercussões *materiais* e *processuais* em tema de *ónus da prova*. Em causa encontrava-se uma intervenção cirúrgica de remoção de um pólipó endometrial, com finalidade terapêutica. Todavia, da cirurgia adveio uma lesão da integridade física da autora – a perfuração do intestino, tendo o TRP estabelecido a distinção entre as lesões à integridade física exigidas e não exigidas pelo cumprimento do contrato. (Oliveira N. M., 2019, pp. 110-111)

Relativamente às lesões exigidas pelo cumprimento do contrato (lesões necessárias), a ilicitude não seria verificável se estivessem cobertas pelo consentimento; já as lesões desnecessárias, sim, uma vez que seriam sempre ilícitas devido ao facto de não serem exigidas pelo cumprimento do contrato. (Oliveira N. M., 2019, p. 111)

A ilação de que a ilicitude é verificável apenas pelo facto de a lesão à integridade física ser uma lesão não exigida pelo cumprimento do contrato é representativa de uma reconstrução da relação entre a ilicitude e a culpa, sendo necessário para a verificação da ilicitude um desvalor do resultado (verificação da lesão) e para a culpa um desvalor do comportamento do médico (lesão decorrente da violação das leis da arte e da ciência médica). (Oliveira N. M., 2019, p. 111)

De salientar que o critério de distinção entre as lesões necessárias e desnecessárias não deverá limitar-se ao critério da desnecessidade, mas sim ser complementado pelo

critério da desproporção⁴⁴. Deste modo, a avaliação de uma lesão à integridade física será efetuada com base na concreta proporcionalidade. (Oliveira N. M., 2019, p. 111)

O TRP argüi que de entre as lesões desnecessárias entre as lesões proporcionadas e desproporcionadas em função da categoria de intervenção ou ao risco que lhe é inerente⁴⁵. (Oliveira N. M., 2019, p. 112)

No que respeita à ilicitude, o TRP afigurava como suficiente que houvesse uma lesão da integridade física do autor que fosse desnecessária (lesão não exigida pelo cumprimento do contrato) e desproporcionada (dissemelhante às lesões necessárias exigidas pelo cumprimento do contrato e/ou por não ser previsível). (Oliveira N. M., 2019, p. 112)

Quanto à culpa, o TRP afigurava como suficiente a existência de uma lesão, desnecessária e desproporcionada, da integridade física resultante da violação das normas da arte e da ciência médica (Oliveira N. M., 2019, p. 112).

A dificuldade de apreciação da desconformidade objetiva ou da conformidade da conduta do réu com as *leges artis* era, portanto, transferida da ilicitude para a culpa, uma vez que esta última se traduziria na desconformidade da atuação da ré com as *leges artis*. (Oliveira N. M., 2019, p. 112)

Ante uma dúvida insanável acerca da conformidade objetiva do comportamento do clínico com as *leges artis*, seria de aplicar a presunção instituída no art. 799.º nº1 CC, invocando, para o efeito, o TRP dois argumentos. (Oliveira N. M., 2019, p. 112)

A atribuição ao médico do ónus de prova da conformidade do seu comportamento com as *leges artis* consistiria, num primeiro momento, numa opção legislativa e, num segundo momento, traduzir-se-ia numa opção legislativa explicada e/ou justificada pelo desequilíbrio entre as partes. (Oliveira N. M., 2019, p. 113)

Nos termos do acórdão do TRP de 26 de janeiro de 2016 a prova, por parte da autora, de que a perfuração do intestino ocorrera por ato negligente do profissional de saúde em causa é mais difícil do que a prova a efetuar pelo médico de que a perfuração do

⁴⁴ Assim, deverá proceder-se a uma avaliação da ofensa à integridade física em causa, nomeadamente quanto à sua extensão, natureza e grau de intrusão que implicaria no caso em concreto face à intervenção médica realizada. (Oliveira N. M., 2019, p. 111)

⁴⁵ As lesões são proporcionadas quando as ofensas sejam previsíveis e desproporcionadas sempre que sejam imprevisíveis e dissemelhantes às lesões necessárias. (Oliveira N. M., 2019, p. 112)

intestino não ocorrera por negligência proveniente da sua conduta. (Oliveira N. M., 2019, p. 113)

Contudo, os argumentos a que o TRP recorre são, dúbios e discutíveis, uma vez que o mesmo recorre à fundamentação do acórdão do STJ de 1 de Outubro de 2015, estando no primeiro, em causa uma intervenção com finalidade terapêutica e no segundo uma intervenção com finalidade diagnóstica. Para além disso, enquanto o critério enunciado pelo STJ possuía um alcance mais restrito dirigindo-se apenas a intervenções necessárias com finalidade diagnóstica, o critério enunciado pelo TRP detém um alcance mais amplo, visando abranger todas as intervenções – necessárias, não necessárias, com finalidade diagnóstica ou terapêutica. (Oliveira N. M., 2019, p. 113)

No que às intervenções simples cuja margem de erro é irrelevante diz respeito, não haverá grande impacto ao afirmar-se que a ilicitude apenas depende do desvalor do resultado. No entanto, quanto às intervenções simples ou complexas cuja margem de risco seja relevante, já há um problema com aquela afirmação, uma vez que a ponderação de todos os critérios poderia ocasionar um resultado injustificável: o médico ser condenado a indemnizar, ainda que o paciente não procedesse à prova, ainda que indiciária, de que o réu não havia adotado a mais elevada medida do cuidado exterior. (Oliveira N. M., 2019, p. 113)

A cirurgia de extração de um pólipó é uma prestação simples, cuja margem de risco é irrelevante, dado que a perfuração do intestino é uma complicação muito rara.

Assim sendo, o réu teria que provar que tinha atuado com a diligência exigível. (Oliveira N. M., 2019, p. 113)

3.5 Responsabilidade civil extracontratual

O contrato assumirá, no âmbito do direito médico, a preponderante missão de transpor para a medicina o jugo da regulamentação do direito, bem como de possibilitar a instituição de uma relação de paridade entre médico e paciente. Todavia, por mais que se diligencie ampliar o conceito de contrato, não havendo consentimento nem concurso de vontades prestado pelas partes terá, imperiosamente, que se aplicar o regime geral da

responsabilidade extracontratual consagrado nos arts. 483.º e ss. CC⁴⁶. (Pereira, 2012, p. 650)

No direito português, as responsabilidades aquiliana e contratual apresentam algumas divergências no seu regime.

Enquanto no regime da responsabilidade contratual, o ónus de prova da culpa incumbe ao devedor (art. 799.º, nº1 CC) e a prescrição de uma pretensão alicerçada num contrato sobrevém decorridos 20 anos da celebração (art. 309.º CC), no regime da responsabilidade delitual o ónus de prova da culpa incumbe ao lesado (art. 487.º, nº1 CC) e o prazo prescricional é, em regra, de 3 anos (art. 498.º nº1 CC). Já a gradação equitativa da indemnização aparenta ser exclusiva da responsabilidade delitual (art. 494.º CC). O regime de responsabilidade por facto de terceiro assume maior rigor na responsabilidade contratual (art. 800.º CC), aplicando-se na responsabilidade extracontratual o regime do comitente (art. 500.º CC), sendo também divergentes as regras da capacidade e de constituição do devedor em mora (arts. 123.º, 127.º, 488.º nº2 CC e 804.º nº2 b) CC). (Pereira, 2012, p. 652)

Em sede de responsabilidade contratual e em antagonismo à responsabilidade extracontratual vigora a não ressarcibilidade de danos não patrimoniais. Todavia, Pinto Monteiro, considera que desde que possuam gravidade suficiente e mereçam tutela do direito, os danos não patrimoniais devem ser ressarcidos no âmbito da responsabilidade contratual, definição esta que se coaduna com a atividade médica, uma vez que, ocorrendo um dano será por lesão de um ou mais direitos de personalidade. (Monteiro, 2011, pp. 84-89).

3.5.1 Cúmulo de responsabilidades: divergências doutrinárias

No âmbito da responsabilidade médica, apesar de o cúmulo de responsabilidades ser uma problemática ubíqua⁴⁷, a doutrina diverge quanto à sua possibilidade.

⁴⁶ O mesmo sucede em casos de nulidade do contrato e da prática médica em estabelecimentos hospitalares públicos, exceto se neles o médico se encontrar em exercício de medicina privada. O recurso à responsabilidade delitual será também imperativo quando os danos não sejam conexos com o ato médico ou lesado não seja parte do contrato, em casos de responsabilidade do médico perante terceiros, de violação de normas penais, contratos de disposição do corpo humano nulos por violação da ordem pública, dos bons costumes e normas legais. (Pereira, 2012, p. 650)

A favor da teoria do cúmulo de responsabilidades encontram-se as perspectivas de Sinde Monteiro, Mota Pinto e Luís de Sousa. Já em sentido oposto encontramos a tese de Almeida Costa.

Sinde Monteiro destaca que *o facto de terem concluído um contrato não tem de forma alguma de significar que se presume terem querido renunciar à proteção que em geral lhes é garantida por lei; a minore ad maius, dir-se-á até que a proibição geral de lesar os direitos de outrem é individualizada e fortalecida pelo dever contratual visando o mesmo objetivo e na inexistência de uma norma que especificamente venha dizer ao contrário, deve-se aceitar, como a solução natural, a da concorrência (rectius, cúmulo) de responsabilidades.* (Pereira, 2012, p. 654)

Mota Pinto, no mesmo sentido de Sinde Monteiro afirma que *representando a violação do dever contratual de proteção, simultaneamente, um facto ilícito extracontratual, o prejudicado poderá escolher, em princípio, a tutela contratual ou extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável a determinados pontos (p.ex. pluralidade de autores do dano).* (Pinto, 2003, p. 411)

Já Luís Sousa, em defesa do cúmulo de responsabilidades, traz um novo argumento: *facultar ao lesado a escolha entre os regimes que melhor o protejam no caso concreto é a solução que melhor se coaduna com o princípio do favorecimento da vítima. Admitir que, ao abrigo de um contrato de prestação de serviços sui generis fossem impunes condutas que – na ausência de contrato – integrariam responsabilidade aquiliana, constituiria o paradigma de não proteção do doente. Pelo contrato, as partes não pretendem renunciar à proteção geral que a lei lhes confere: o que pretendem é criar uma proteção acrescida.* (Pereira, 2012, pp. 655-656)

Em contraposição, surge a convicção de Almeida Costa que afirma dever adotar-se o princípio da consumpção, por via do qual o regime da responsabilidade extracontratual é “consumido” pelo regime da responsabilidade contratual. (Costa, p. 499 ss.)

De referir que a possível cumulação de responsabilidades acarreta, para o processo

⁴⁷ Se o médico concretiza uma anamnese de forma descuidada, efetua uma errada diagnose ou descuro, de forma negligente, os cuidados técnicos adequados, responde por violação do contrato de prestação de serviços médicos e, delitualmente, pela ofensa à integridade física do doente - art. 70.º n.º1 e 483.º n.º1 CC. (Pereira, 2012, p. 653)

civil, algumas consequências, nomeadamente na fixação da competência do tribunal, uma vez concedida ao autor a possibilidade de eleição da tutela procedente da responsabilidade contratual ou da responsabilidade extracontratual. (Pereira, 2012, p. 656)

André Dias Pereira também manifesta o seu apoio à cumulação de responsabilidades, pelo facto de considerar que uma possível opção seria cair num mero formalismo desprovido de base legal, contrário aos princípios do direito da medicina, do direito civil que pende para a justa repartição de danos e encargos, bem como dos princípios de proteção do direito a uma indemnização pelo dano injusto. (Pereira, 2012, p. 656)

Face ao exposto é importante destacar que deverá vigorar o cúmulo de responsabilidades. Os direitos de personalidade do doente gozam, por força da responsabilidade extracontratual – arts. 70.º e 483.º CC – de proteção absoluta, havendo, na sequência deste regime, um *acquis* de proteção, mormente o regime da responsabilidade solidária (art. 497.º CC) que não é suscetível de limitações no caso de o paciente pretender fazer uso das normas de responsabilidade contratual ao seu dispor, tais como as relativas ao prazo de prescrição e ao regime do ónus de prova da culpa – arts. 309.º e 799º nº1 CC. (Pereira, 2012, p. 656)

De salientar que os direitos absolutos beneficiam de uma normativa protetora que envolve dois grandes grupos: a tutela delitual que afiança a responsabilidade por danos não patrimoniais e solidária e as normas de responsabilidade contratual sempre que as mesmas sejam aplicáveis. (Pereira, 2012, p. 656).

3.5.2 Os pressupostos ilicitude e culpa à luz da responsabilidade aquiliana

No ordenamento jurídico português, a responsabilidade civil está dependente da verificação de cinco pressupostos que decorrem do art. 483.º CC – facto voluntário do agente, ilicitude, culpa, dano e nexó de causalidade. Todavia, de entre eles, são de destacar as questões inerentes à ilicitude e à culpa.

A ilicitude pode ser ajuizada como ilicitude de resultado ou de conduta. No primeiro caso, a ilicitude consistirá na *violação de direitos de outrem*, procurando-se, de acordo com a doutrina, a proteção de direitos absolutos, designadamente de direitos de personalidade. (Pereira, 2012, p. 657)

Da norma legal supramencionada é, ainda, possível extrair-se que a violação legal de disposições legais de proteção que, inclusivé, nos permitiria recorrer às normas

tipificadas no Código Penal e que se destinam a proteger direitos dos pacientes. Contudo, com a consagração dos direitos de personalidade no art. 70.º CC, esta forma de ilicitude terá arrogado menor importância no âmbito da responsabilidade médica. (Pereira, 2012, p. 657)

No que concerne à denominada ilicitude de resultado verifica-se que a inobservância de deveres de cuidado na responsabilidade aquiliana são equivalentes aos que derivam da responsabilidade contratual, devendo, portanto, o médico respeitar os deveres profissionais, pois as regras da arte e de atuação em consonância com o estado da ciência médica são o critério da ilicitude. (Pereira, 2012, pp. 657-658)

Quanto à culpa, esta deverá ser apreciada de acordo com o estatuído no art. 487.º CC. Deste modo, o profissional médico deverá ponderar os riscos e as possibilidades de sucesso de um tratamento, não assumindo qualquer trabalho para o qual não se encontre técnica, física e/ou intelectualmente apto. (Pereira, 2012, p. 658)

De referir que, relativamente ao pressuposto culpa vigoram algumas presunções, a abordar em capítulo próprio.

3.6 Ónus de prova nas ações de responsabilidade civil: breves notas

Perante a instauração de uma ação de responsabilidade médica, o ónus de prova do paciente diverge conforme se trate de responsabilidade contratual ou extracontratual⁴⁸.

No âmbito da responsabilidade contratual o doente tem que proceder à prova da celebração de um contrato de serviços médicos por via do qual o médico (réu) tinha obrigações para com o paciente (autor), do cumprimento defeituoso resultante da violação

⁴⁸ Em conformidade ao estipulado pela teoria clássica, a repartição do ónus de prova da culpa em ações de responsabilidade assenta na regra da culpa presumida quando a ação se insira no âmbito da responsabilidade contratual e na regra da culpa provada em casos de responsabilidade extracontratual. (Sousa L. F., 2018, p. 5)

Em antítese à teoria clássica surge a doutrina de René Demogue que determina que *a obrigação que recai sobre o devedor não é sempre da mesma natureza: umas vezes, o devedor promete determinado resultado; outras, promete adotar certas medidas que, geralmente, são de molde a trazer um resultado. Nas obrigações de resultado, se a prestação prometida não foi lograda, o devedor presumir-se-á em culpa, cabendo-lhe demonstrar que não procedeu com culpa, provando o caso fortuito ou de força maior. Diversamente, nas obrigações de meios, competirá ao credor provar a culpa do devedor, ou seja, que este não empregou a diligência e a prudência e a perícia exigidas pela obrigação assumida. Naquelas, o conteúdo da obrigação é determinado e o resultado não é aleatório, ou é-o em menor grau. Nestas, o conteúdo da obrigação será indeterminado, sendo a prestação individualizada pelo próprio devedor norteando-se pelo fim da atividade que lhe é exigida, sendo o resultado aleatório.* (Sousa L. F., 2018, p. 6)

de deveres por parte do devedor e/ou dos seus auxiliares, dos danos sofridos e, ainda, do nexo de causalidade adequada. Já na responsabilidade extracontratual, o paciente tem o ónus de provar os danos, o nexo de causalidade adequada entre os danos e o facto ilícito que fora praticado, a violação de direitos absolutos/de personalidade por parte do médico, de um órgão, representante ou auxiliar da entidade prestadora de cuidados e a culpa do réu, dos seus órgãos ou auxiliares. (Pereira, 2012, p. 677)

O médico ou a entidade prestadora de saúde, na qualidade de réu, para afastar uma possível condenação deverá provar o cumprimento e consideração dos deveres objetivos de cuidado, bem como a ocorrência de um consentimento informado válido e eficaz na intervenção médica efetuada. (Pereira, 2012, p. 677)

A convicção do julgador deverá pautar-se por uma certeza histórico-empírica, relativa, munida de um grau de verosimilhança ajustado às exigências práticas da vida. (Pereira, 2012, p. 677)

No plano probatório o paciente enfrenta grandes dificuldades em provar o incumprimento dos deveres objetivos de cuidado, da culpa e do nexo de causalidade entre o facto ilícito e os danos sofridos pelo facto de não possuir conhecimentos para o efeito, pela ausência de testemunhas e pela necessidade de prova pericial que se revela de difícil obtenção. (Pereira, 2012, p. 678)

Com o intento de converter o processo de responsabilidade civil médica num processo justo, a doutrina alemã aborda *a igualdade de armas como expressão do Estado de Direito e do princípio geral da igualdade* (“*Waffengleichheit als Ausfluss der rechtsstaatlichkeit und des allgemeinen Gleichheitsstatus*”). (Pereira, 2012, p. 678)

No direito português o princípio da igualdade das partes encontra-se plasmado no art. 4.º CPC, impondo ao tribunal que assevere um estatuto de igualdade substancial entre as partes⁴⁹, a qual, por sua vez, confere ao tribunal *o dever de corrigir fatores de desigualdade nomeadamente através da função assistencial do juiz, assumindo o tribunal um papel determinante na averiguação da matéria de facto* (Pereira, 2012, p. 678) – arts. 436.º 490.º, 492.º, 526.º CPC.

⁴⁹ Nomeadamente no exercício de faculdades, no recurso a meios de defesa e aplicação de sanções processuais. (Pereira, 2012, p. 678)

No âmbito do processo civil, o juiz deve adotar uma postura interventiva podendo, nos termos do art. 6.º CPC, realizar ou ordenar oficiosamente as diligências necessárias ao apuramento da verdade, consagrando-se, deste modo, o princípio do inquisitório. De salientar é o facto de a atribuição de amplos poderes inquisitórios ao magistrado não afastar a vigência do princípio do dispositivo, o princípio do contraditório nem a efetividade da garantia do direito à prova. (Pereira, 2012, p. 679)

Os poderes instrutórios conferidos ao juiz devem figurar-se como complementares e acessórios da iniciativa probatória das partes, uma vez que o exercício daqueles poderes se torna dispensável se as partes forem capazes de exercer com rigor o seu direito à prova. Destarte, o juiz deverá fazer atuar o princípio do inquisitório sempre que, através dos elementos carreados para o processo ou de conhecimento privado se aperceba da existência de uma prova relevante que não fora carreada para os autos. (Pereira, 2012, p. 679)

Dentro do sistema da responsabilidade civil médica, a igualdade processual pode ser potenciada através de facilitações de prova ou de inversão do *onus probandi* da culpa, do nexo de causalidade ou do incumprimento do dever de cuidado. (Pereira, 2012, p. 679)

A inversão ou o aligeiramento do ónus probatório do paciente deve-se ao facto de aquele que, atendendo às circunstâncias do caso concreto, evidencia melhores condições técnicas, profissionais ou fácticas dever ficar incumbido do dever de produzir a prova, ficará onerado com esse mesmo dever. (Pereira, 2012, pp. 679-680)

Assim, com vista à criação de uma igualdade de armas, o autor terá à sua disposição, para fazer valer o seu direito, a prova *prima facie*, a teoria do dano desproporcionado e a inversão do ónus de prova por falta de documentação. (Pinto & Pedroso, 2020)

3.6.1 Prova *prima facie*

A prova *prima facie*⁵⁰ ou de primeira aparência, assenta numa presunção judicial ou natural de culpa do lesante sempre que o dano seja representativo de uma exceção face ao

⁵⁰ Fernández Hierro afirma que *se entiende que en la medicina, aunque el resultado buscado y propuesto no pueda garantizarse de modo absoluto, cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado.* (Sousa L. F., 2018, p. 14)

que normalmente acontece e às máximas da experiência⁵¹, de tal modo que o dano possibilita que se deduza a escassez dos meios utilizados, bem como a ausência de diligência em função do estabelecido pela ciência e de acordo com as circunstâncias do tempo e lugar em que sucederam. (Pinto & Pedroso, 2020) Neste sentido surge, na jurisprudência, o Ac. do TRL de 11 de setembro de 2007 que subscreve esta modalidade probatória, ao afirmar que *tem também cabimento o uso de uma técnica dedutiva – prova de primeira aparência – que conclua pela existência de negligência médica quando a experiência comum revelar que, no curso normal das coisas, certos acidentes não poderiam ocorrer senão devido a causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado.* (Pereira, 2012, p. 683)

A título exemplificativo, poderão destacar-se os seguintes casos: esquecimento de utensílios cirúrgicos no interior do corpo do paciente intervencionado; lesões de áreas circundantes à que deveria ser objeto de tratamento; infeções decorrentes da não esterilização dos instrumentos; danos resultantes de infeções hospitalares e intoxicação alumínica em doentes em hemodiálise. (Pereira, 2012, pp. 680-681)

Perante a ocorrência de factos como os acima descritos, o médico poderá eximir-se da culpa ou afastar o nexo de causalidade provando que a causa do dano esteve fora do seu âmbito de atuação e que não é responsável pelo nexo causal produtor do dano. Deste modo, o médico, carecerá de emudecer a expressividade dos factos através de uma explicação plausível para os danos sofridos paciente e desprovida de qualquer intervenção negligente da sua parte. (Pereira, 2012, p. 682)

De salientar que a facilitação da prova (da culpa e do nexo de causalidade) através da inversão do ónus de prova não significa que a mesma se opere por mera constatação de incumprimento, assumindo grande relevância prática, a destrição entre obrigações de meios e de resultado, uma vez que a não obtenção de um resultado na responsabilidade médica não é, por si só, indiciadora de um cumprimento defeituoso ou incumprimento da respetiva obrigação. (Pereira, 2012, p. 683)

⁵¹ As máximas da experiência consistem, segundo a conceptualização de Stein, *em juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados de factos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, embora independentes dos casos particulares de cuja observação se deduziram e que, acima destes casos, pretendem ter uma validade para outros casos novos.* (Sousa L. F., 2018, p. 14)

3.6.2 Teoria do dano anormal e desproporcionado

Uma vez verificado um dano anormal e desproporcionado, a jurisprudência espanhola inverte o ónus de prova do incumprimento e da culpa afirmando que nos casos em que haja sido produzido um dano anormal e desproporcionado comparativamente àquilo que é usual entre a intervenção médica e o resultado, será correta a inversão do ónus de prova, devendo o médico provar que o dano produzido não se deveu à sua atuação já que se encontra numa melhor posição para justificar a sua conduta. (Pereira, 2012, pp. 686-687)

No que ao direito civil português diz respeito, tem sido verificada uma evolução no sentido de serem alcançados resultados similares aos verificados no direito espanhol. Assim, a negligência médica será presumida sempre que o doente sofra um determinado dano de tal modo desproporcionado que só poderá ser explicado como sendo resultado de *mala praxis*. (Pereira, 2012, p. 687) Ou seja, presume-se a culpa do agente se o resultado for insólito ou extraordinário face ao normal devir dos acontecimentos ditado pelas regras da experiência, traduzindo a ideia de que os factos “falam” por si só. Desta forma, é formulado um juízo de probabilidade de culpa, cabendo ao demandado o ónus de contraprova⁵². (Pinto & Pedroso, 2020)

Relativamente à prova do nexos causal, Vaz Serra declara que *parece que o credor não tem que provar senão que o dano não teria tido lugar sem o facto que dá origem à indemnização; cabendo à outra parte, onde a experiência do juiz o não revele já, a prova de que aquele facto, pela sua natureza geral, era de todo indiferente para a produção do dano, o qual só surgiu devido a circunstâncias completamente extraordinárias*. (Pereira, 2012, p. 687)

A título de figurino é possível destacar a ocorrência de um óbito na sequência de um procedimento anestésico aquando de uma intervenção cirúrgica, uma vez que o quadro apresentado pode causar alguma perplexidade quanto a causa da morte do paciente, já que esta se poderá dever a um choque anafilático inesperado ou a um erro médico decorrente da administração de doses anestésicas excessivas. Neste caso, deverá impender sobre o réu

⁵² Note-se, porém que a aplicação da teoria *res ipso loquitur* deve ser alvo de uma análise casuística e desprovida de generalizações. (Sousa L. F., 2018, p. 15)

o ónus de provar que o decesso do intervencionado não ocorrera na sequência de uma conduta ilícita da sua parte, mas sim por força de um efeito adverso, ainda que raro, dos medicamentos anestésicos administrados. (Pereira, 2012, pp. 687-688)

No direito brasileiro advoga-se que perante um procedimento anestésico o anestesista manifesta um particular interesse num resultado claramente determinado – a restituição ao paciente do estado de consciência e as mesmas condições vitais em que se encontrava no momento precedente a indução anestésica. Contudo, é relevante relembrar que nem por isso a anestesia é considerada como obrigação de resultado com a consequente inversão do ónus de prova. (Pereira, 2012, p. 688).

Já Kfoury Neto adverte que *competirá ao lesado demonstrar a ação culposa da qual resultou o dano. Por seu lado, o anestesista deverá produzir elementos de prova aptos a convencer o julgador de que o insucesso ocorreu devido a circunstâncias incontrolláveis, apesar de todos os seus esforços e aplicação rigorosa da melhor técnica.* (Pereira, 2012, pp. 688-689).

A alteração radical das regras do ónus de prova não é confundível com a adaptação das mesmas às exigências de justiça material e processual. Situações há em que a prova não pode ser exigida ao autor da ação, mas sim ao réu por este ter ao seu dispor todas as condições para provar que a inexistência de qualquer violação das *leges artis*, bem como da causalidade. Por este motivo, a justa distribuição do *onus probandi* manifesta ser uma urgente demanda nos Estados de Direito. (Pereira, 2012, p. 689)

O STJ nem sempre adota um entendimento tão intransigente quanto o acima descrito, potenciando uma evolução no âmbito da responsabilidade civil médica ao procurar instituir maior equidade processual na distribuição do *onus probandi*. (Pereira, 2012, p. 689) Neste sentido, surgiu a decisão do acórdão do tribunal supramencionado, datado de 17 de dezembro de 2002, que estabelece que *se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do doente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapêutica inadequada ou negligente execução profissional, cabendo ao médico o ónus da prova de que a execução operatória foi diligente*”. E acrescenta: *não se vê assim qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no art.º 799º, nº1, do C. Civil. O que é equitativo, pois a facilidade da prova neste domínio está do lado do médico. Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional.*

Já a doutrina tem vindo a debater uma maior equidade probatória através da inversão do *onus probandi* ou por via de métodos de facilitação de prova, com o intento de resultados mais justos serem alcançados. Tal não é, contudo, significado de uma condenação automática do clínico, mas não será correta uma resignação à recorrente absolvição dos médicos devido à imposição de uma “prova diabólica” aos pacientes. Deste modo, é sobre o médico que deverá impender o ónus de provar que o negativo desfecho não de devera a culpa sua sempre que haja um dano desproporcionado em intervenções de fácil execução. (Pereira, 2012, p. 690)

3.6.3 Inversão do ónus de prova por falta de documentação, destruição de meios de prova ou falta de esclarecimento

O médico em exercício de funções encontra-se adstrito ao dever de proceder ao registo de toda a atividade clínica e terapêutica desenvolvida com o paciente em causa⁵³. Se, porventura, o médico não cumprir ou não cumprir convenientemente o dever que sobre ele impende, ocorrerá uma inversão do ónus de prova em benefício do paciente, na medida em que as dificuldades de clarificar a matéria de facto não sejam suscetíveis de superação devido à ausência ou incompletude de documentação. (Pereira, 2012, p. 684).

Em casos da responsabilidade civil médica, o processo clínico pode ser um importante meio de prova, assumindo a documentação médica duas grandes funções: assegurar o regular andamento do processo do doente, nomeadamente no que respeita à implementação do tratamento adequado à patologia de que padece e para efeitos de memória futura, uma vez que o registo de todos os atos praticados será um mecanismo de grande relevância prática para aferir a eventual responsabilidade civil do médico ou demais

⁵³ A obrigatoriedade de proceder ao registo de toda a atividade clínica deriva do art. 40.º nº1 do Regulamento da Deontologia Médica que determina que o médico está obrigado a *registar, de forma clara e detalhada, os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo*, determinando o nº2 do mesmo preceito legal que *a ficha clínica é o registo dos danos clínicos do doente, das anotações pessoais do médico e tem como finalidade a memória futura e a comunicação entre profissionais que tratem o doente*. (Sousa L. F., 2018, pp. 16-17)

O dever de documentação provém, igualmente dos arts. 573.º, 575.º e 1161.º, al. d) CC. No âmbito deste dever pode, ainda, invocar-se o disposto na Base II, nº2, al. d) e e) e Base XIV da Lei nº 48/90 de 21.8, uma vez que a prestação de cuidados de saúde se baseia numa relação de serviço público. (Sousa L. F., 2018, p. 17)

Qualquer decisão de dar início, continuidade ou termo à prestação de cuidados deve registada no processo clínico do outorgante, por força do estatuído no art. 6.º nº5 da Lei nº25/2012 de 16.6. (Sousa L. F., 2018, p. 17)

profissionais de saúde, bem como para efeitos de evolução da ciência. Destarte, uma vez verificada a ocultação ou destruição total ou parcial do processo clínico através da falta de junção de documentação (art. 417.º n.º2 *in fine*, 429.º e 430.º CPC) quando a mesma podia ser feita, sem justificação para tal, proceder-se-á a uma valoração em desfavor de quem não junta o documento, podendo, deste modo, ocorrer a inversão do ónus de prova ou uma simplificação da mesma. (Pinto & Pedroso, 2020)

Luís Pires de Sousa subscreve a mesma linha de pensamento ao estabelecer que *no caso de o autor requerer a notificação do Réu para juntar documentação clínica (art. 528.º CPC⁵⁴ CPC), em caso de incumprimento não justificado desse dever de cooperação para descoberta da verdade, tal omissão será livremente apreciada pelo Tribunal, podendo levar mesmo à inversão do ónus da prova (art. 529.º e 519.º n.º2 CPC⁵⁵). Tal omissão, em regra, é valorada no sentido de que a parte (Réu) – no plano subjetivo – receia o resultado daquela diligência probatória. O mesmo raciocínio será de aplicar, mutatis mutandis, quando o Réu/médico se recuse a fornecer cópia legível do processo clínico.* (Pereira, 2012, p. 684)

A inversão do ónus de prova pode, também, operar-se perante a destruição de meios de prova ou sempre que se procure impossibilitar ou dificultar a prova. (Pereira, 2012, p. 685)

No caso da responsabilidade civil médica, o processo clínico pode ser um importante meio de prova, assumindo a documentação médica duas grandes funções: assegurar o regular andamento do processo do doente, nomeadamente no que respeita à implementação do tratamento adequado à patologia de que padece e para efeitos de memória futura, uma vez que o registo de todos os atos praticados será um mecanismo de grande relevância prática para aferir a eventual responsabilidade civil do médico ou demais profissionais de saúde, bem como para efeitos de evolução da ciência. Destarte, uma vez verificada a ocultação ou destruição total ou parcial do processo clínico através da falta de junção de documentação (art. 417.º n.º2 *in fine*, 429.º e 430.º CPC) quando a mesma podia ser feita, sem justificação para tal, proceder-se-á a uma valoração em desfavor de quem não junta o documento, podendo, deste modo, ocorrer a inversão do ónus de prova e o

⁵⁴ Atual art. 429. CPC

⁵⁵ Atuais arts. 430.º e 417.º CPC, respetivamente.

magistrado recorrer ao mecanismo instituído no art. 344.º n.º2 CPC, dando como provadas as alegações do paciente. (Pinto & Pedroso, 2020)

No que concerne à violação do dever de esclarecimento, a jurisprudência considera que este é suscetível de ocasionar inversão do ónus de prova. (Pereira, 2012, p. 684)

No ordenamento jurídico português, para que o consentimento seja válido e eficaz é essencial a prestação de informação adequada para que a decisão a tomar pelo paciente seja uma decisão ponderada e absolutamente consistente. Sempre que assim não suceda, ou seja, sempre que a informação adequada seja inexistente é possível presumir-se que o paciente não aceitaria a intervenção médica, sendo as lesões corporais imputáveis ao clínico que a praticara. (Pereira, 2012, pp. 684-685)

3.6.4 Mecanismos de facilitação de prova: erro ou negligência grosseira, ausência de organização e “erro de recrutamento”

Perante a ocorrência de erros grosseiros é verificável a facilitação da prova quer da negligência quer do nexo de causalidade, elencando a jurisprudência tudesca alguns exemplos a este nível: a verificação do óbito de um paciente devido à aplicação de um injetável, com elevada toxicidade, na região lombar com uma agulha que havia sido preparada na noite precedente ao procedimento e apenas fechada com algodão na mesa do quarto onde pernoitava o doente; omissão da troca de sangue, em devido tempo, a um recém-nascido, apesar da tez amarelada do bebé aquando do nascimento na sequência de eritroblastose. (Pereira, 2012, p. 685)

A transposição para o direito português da conquista obtida pela jurisprudência alemã pode ser dificultada pelo *numerus clausus* das presunções de culpa – art. 344.º n.º1 CC. Contudo, a tese Ribeiro de Faria, apelando aos trabalhos preparatórios do Código Civil e propondo uma leitura, ainda que cautelosa, do art. 344.º n.º2 CC, sugere que, atendendo à natureza da sua própria atividade, o médico estará em melhores condições de demonstrar se o erro grosseiro fora ou não a causa do dano, uma vez que tem ao seu dispor as provas da sua atuação (processo clínico) e a disponibilidade de conservar ou destruir as provas que o possam, efetivamente, culpabilizar. (Pereira, 2012, pp. 685-686)

A prova pode, também, ser facilitada, no momento da avaliação do dano, se se verificar uma falta de organização e o recrutamento de pessoal mal preparado para o serviço para o qual foram destacados, devendo a instituição provar que cumpre todas as regras de organização e de gestão empresarial. Esta presunção pode, também, ser profícua

perante uma falha nos meios complementares de diagnóstico ou a ausência, nos serviços de urgência, de profissionais especialistas. (Pereira, 2012, p. 686)

4. A pandemia COVID-19 e a presumível mudança de paradigma na responsabilidade civil médica

4.1 O novo coronavírus: análise instrutiva

Atualmente, o mundo experiencia uma situação extraordinária, com o advento abrupto e desprovido de pré-aviso do novo coronavírus, que, por sua vez, é parte integrante da família *Coronaviridae*, ordem de *Nidovirales*. (Kumar, Maurya, Prasad, Bhatt, & Saxena, 2020, p. 1)

Até então, apenas eram conhecidos seis coronavírus humanos (HCoVs), suscetíveis de ocasionar manifestações clínicas do foro respiratório. Destes, quatro (HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63 e HCoV-HKU1), evidenciam ser endêmicos e causadores de 10% a 30% das infecções respiratórias do trato superior. Já os outros dois, SARS-CoV (Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus) e MERS-CoV (Middle East Respiratory Syndrome-related Coronavirus), são vírus de origem zoonótica e altamente patogênicos para o Homem, por desencadarem infecções potencialmente letais no trato respiratório inferior e, ainda, por se disseminarem a uma velocidade inquietante. (Ali, Baloch, Ahmed, Ali, & Iqbal, 2020, p. 644)

No término de 2019, a cidade de Wuhan reportou os primeiros casos de pneumonia em clientes do Huanan Seafood Wholesale Market decorrentes da contracção de SARS-CoV-2 (Hu, Guo, Zhou, & Shi, 2020, p. 141), o qual, por sua vez, se propagou de forma rápida atingindo a generalidade da população local e, ulteriormente, mundial.

Até ao momento e após a concretização de meticolosas análises genéticas, foi possível inferir que o SARS-CoV-2 evidencia características que permitem a sua incorporação no agrupamento do SARS-CoV, sendo a doença por ele causada denominada por COVID-19.

No que respeita à origem do SARS-CoV-2 e, apesar de ainda não existirem dados conclusivos, a mesma parece ser similar aos demais COV's, ou seja, zoonótica⁵⁶. Tanto o SARS-CoV como o MERS-CoV são provenientes de morcegos e foram, respetivamente,

⁵⁶ Ao serem zoonóticos por natureza, os coronavírus são perfeitamente transmissíveis de animais para humanos.

transmitidos aos seres humanos por meio de gatos civetas e camelos. Através de uma comparação filogenética do SARS-CoV-2 com os demais CoVs conhecidos, os morcegos foram considerados hospedeiros nativos do SARS-CoV-2, pelo facto de este novo vírus ser análogo a dois CoVs idênticos à SARS de morcegos-SL-CoVZC45 e morcegos-SL-CoVZX21. Todavia, ainda permanece desconhecido o hospedeiro intermediário que haja possibilitado o vírus a transpor a barreira das espécies com a consequente infeção de humanos. (Malik, et al., 2020, p. 71 ss)

Em consonância com alguns investigadores, os pangolins⁵⁷ poderão ser um potencial hospedeiro intermediário do SARS-CoV-2, uma vez que um CoV descoberto em pangolins demonstra ser geneticamente homólogo ao SARS-Cov-2 (85,5% a 92,4%), aguardando-se, contudo, resultados conclusivos. (Wang, et al., 2020, pp. 2-3)

Face ao referido *in supra*, é notório que os investigadores propendem a afirmar que a origem do novo coronavírus é natural. Porém, a revista Nature Medicine, aponta para a sua hipotética criação humana, com a consequente libertação (intencional ou não) do vírus para o meio ambiente. (Andersen, Rambaut, Lipkin, & Garry, 2020, p. 450)

Fruto da globalização, rapidamente foi percebida pela ciência a impossibilidade de o novo coronavírus permanecer circunscrito à sua origem – província de Hubei, adquirindo a sua propagação carácter ecuménico num curto espaço de tempo, depois de a China continental ter sido o principal palco da transmissão do vírus ao ponto de (Dossier: Origem e dispersão pandémica do coronavírus SARS-CoV-2, causador da COVID-19 (atualizado), 2020), a entrada de determinados cidadãos provenientes de determinados destinos ser representativa de um risco com o qual as autoridades de saúde seriam confrontadas. (Barbosa, 2021, p. 7)

A estratégia preambular dos responsáveis pela área nunca foi direcionada para a implementação de uma austera política de contenção com a imposição de quarentena obrigatória e, ainda que perfeitamente cientes da existência de um período de incubação, não foram lautas em alvitrar o distanciamento social e as demais medidas imprescindíveis para a quebra das cadeias de transmissão do vírus. Todavia, com a célere proliferação de surtos epidémicos e a descrição catastrófica do caso italiano, o paradigma até então

⁵⁷ Mamíferos de focinho comprido e formigueiros frequentemente usados na medicina tradicional chinesa.

adotado sofrera uma inversão e, um pouco por toda a parte, foram decretados estados de emergência e impostas formas de confinamento mais ou menos severas, algumas das quais com impacto nos direitos fundamentais dos cidadãos, em função do reconhecimento, pela OMS, da pandemia causada doença desencadeada pelo novo coronavírus. (Barbosa, 2021, p. 7)

Em similitude ao que tem sucedido à escala mundial, Portugal viu-se obrigado a adotar medidas restritivas de forma a quebrar as cadeias de transmissão do vírus e a atenuar, tanto quanto possível, a pressão sobre o SNS. Contudo, face às restrições implementadas, os impactos económicos serão inegáveis, prevendo-se uma grave recessão mundial que se poderá prorrogar por longos períodos de tempo até que a atividade económica retome a normalidade. Mas, apesar de os efeitos da pandemia se fazerem sentir na economia, as mais graves consequências serão sentidas no âmbito da saúde, com milhões de infeções e óbitos, danos estes que, contrariamente aos económicos, não poderão ou dificilmente serão recuperáveis. Deste modo e uma vez ocorridos danos, é inevitável aferir o que fazer com eles, sendo certo que, mesmo ponderando todos os efeitos advindos da COVID-19 (doença decorrente da contração do novo coronavírus), estes poderão surgir com maior intensidade no âmbito da responsabilidade civil, dado que as mesmas envolverão questões inerentes à responsabilidade do médico, dos hospitais e da indústria farmacêutica. (Wesendonck, 2021, pp. 96-97)

Destarte, face ao quadro pandémico que vivenciamos há já um ano e carecendo o direito de acompanhar a realidade, foi necessário legislar/adaptar normas já existentes ao quotidiano altamente mutado após o advento do SARS-CoV-2. Nesta sequência, e no que diz respeito à Responsabilidade Médica, é possível destacar que alguns países abordaram a temática no sentido de aferir se haverá ou não necessidade de criar novas normas para que não haja responsabilização do pessoal médico, aquando do cometimento de algum erro. (Barbosa, 2021, p. 7) Contudo, os reflexos jurídicos da pandemia encontram-se, ainda, providos de um elevado grau de incerteza dada a dificuldade de erigir com precisão todos os casos susceptíveis de incidência de responsabilidade ou da sua exclusão.

4.2 A pandemia COVID-19 e o erro médico

A relação médico/paciente, com o decurso do tempo, foi sofrendo algumas modificações, tendo a atitude deferente do paciente para com o médico patente no pretérito sido substancialmente enfraquecida, senão mesmo extinta. (Neto, 2020, p. 110)

Tal circunstancialismo dever-se-á à ânsia da assunção, por parte dos pacientes, de um papel preponderante no processo de tomada de decisão das terapêuticas a implementar em função da patologia que lhe haja sido diagnosticada. Além disso, a sociedade foi, de forma progressiva, tornando-se menos complacente à ocorrência de danos provenientes de erro médico e ao assentimento dos mesmos, havendo, por esse motivo, uma maior predisposição dos pacientes em acionar os profissionais de saúde sempre que as coisas não sucedam em consonância com o expectável. Porém, é de destacar que a atividade exercida pelo profissional de saúde deverá ser sujeita a uma análise casuística, uma vez que o médico que examina, de forma particular, um determinado paciente, terá para com ele maiores deveres comparativamente ao médico que exerce funções em ambiente hospitalar, dado que este último dirigirá a sua atenção para uma pluralidade de doentes relativamente aos quais apresenta o dever de os tratar de forma igualitária. (Neto, 2020, p. 110)

No âmbito da responsabilidade civil médica sempre se verificara uma *vexata questio* inerente às questões de prova dos seus pressupostos. (Neto, 2020, p. 110)

Tal como fora anteriormente exposto, de um ponto de vista histórico, sempre se considerou caber ao lesado a prova da culpa e do nexo de causalidade entre a atuação do médico e o dano dela decorrente, mas, com o decurso do tempo, por força da jurisprudência e da dificuldade probatória de tais elementos, foram surgindo algumas estratégias de atenuação da responsabilidade que versava sobre a vítima. (Neto, 2020, p. 110)

Nos países de *common law* e na Alemanha é, recorrentemente, invocada a doutrina da *res ipsa loquitur*, através da qual se delibera a imputação do dano à culpa do médico sempre que este não exiba provas plausíveis que fundamentem a ocorrência do dano em situações comumente isentas de gravidade. (Neto, 2020, pp. 110-111)

O paciente que intenta uma ação de responsabilidade civil médica terá que provar a existência de um contrato com o centro hospitalar ou com o médico, bem como a ocorrência de um dano, alegar o inadimplemento do médico ou da estrutura sanitária e, ainda, proceder à prova do nexo de causalidade entre o dano sofrido e o inadimplemento da obrigação do médico/hospital. Já o médico ou o hospital terão que provar a inexistência de qualquer inadimplemento das suas obrigações e que o dano se deveu a um evento imprevisto e imprevisível (álea terapêutica) ou, que ainda que tenha havido algum inadimplemento, esse não será causa do dano descrito pelo paciente. (Neto, 2020, p. 111)

Em tempo de pandemia, devido às condições adversas de trabalho e, ainda, às inúmeras situações de incerteza quanto ao tratamento a adotar, tem sido consensual, a

necessidade de uma flexibilização do rigor com que se analisa a culpa do médico. (Neto, 2020, p. 111)

Neste sentido, Tula Wesendonck aborda a necessidade de uma *ressignificação do conceito de culpa no exercício das atividades médicas*, uma vez que *algumas condutas que antes eram vedadas ou que não eram recomendadas num cenário de normalidade passam a ser admitidas e contribuem para flexibilizar as exigências em relação à atual situação do médico*. (Neto, 2020, p. 112)

4.2.1 O erro de diagnóstico aquando da deteção de SARS-CoV-2

A deteção de indivíduos portadores do vírus SARS-CoV-2 está dependente da realização de testes laboratoriais de diagnóstico, cuja decisão de testar se baseará em critérios clínicos e fatores epidemiológicos correlacionados com a probabilidade de infeção.

Em Portugal, a necessidade de diagnóstico laboratorial do SARS-CoV-2 é avaliada casuisticamente em função dos critérios estabelecidos nas normas provindas da Direção Geral de Saúde (DGS), sendo, de entre os laboratórios habilitados para o efeito, o Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge o laboratório de referência nacional.

Em conformidade ao disposto na orientação nº 015/2020 de 23/03/2020, para o diagnóstico laboratorial de SARS-CoV-2 é alvitada a colheita de produtos biológicos do trato respiratório superior e/ou inferior, podendo ser, ainda, exigível a complementação dos mesmos com colheitas de sangue ou de produtos biológicos distintos dos já recolhidos (DIREÇÃO GERAL DE SAÚDE, 2020, pp. 6-7).

No mercado encontram-se disponíveis três tipos de testes, dois de diagnóstico (teste PCR e teste de antígeno) e um serológico⁵⁸⁵⁹. (SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE, 2021)

O teste PCR (*Polymerase Chain Reaction*) é um teste molecular que identifica o material genético do vírus, o ácido ribonucleico (RNA), através de uma técnica laboratorial

⁵⁸ Os testes de diagnóstico permitem verificar se o indivíduo testado é portador do vírus, em contraposição aos testes serológicos que apenas permitem determinar se a pessoa em causa já esteve infetada com SARS-CoV-2 e se produziu anticorpos para o combate à COVID-19.

⁵⁹ Os testes serológicos permitem detetar a presença dos anticorpos necessários para a imunidade à COVID-19. Evidenciando que a pessoa detém anticorpos, é um indicador de que provavelmente a pessoa em causa já esteve infetada com o vírus SARS-CoV-2 e que, de momento, possui alguma imunidade à doença dele decorrente, embora se desconheça o período de duração da mesma.

designada por reação em cadeia da polimerase (PCR) e que evidencia um elevado grau de precisão quando realizado corretamente por profissionais de saúde. (Almeida & Silva, 2021, pp. 12-13) Os resultados da sua concretização encontram-se disponíveis decorrido o prazo de 24/48h e podem ser positivo, negativo ou inconclusivo⁶⁰. De salientar é, também o facto de, apesar de ser o teste mais preciso, poderem surgir os vulgarmente designados “falsos negativos”.

O teste de antígeno (TRAg), também conhecido por teste rápido, procede à deteção de determinadas proteínas do vírus e são particularmente sensíveis em doentes que apresentem sintomas compatíveis com os da COVID-19. Estes testes, por norma são utilizados para testar um grande número de pessoas e um resultado positivo significa a confirmação da doença. Já o negativo não afasta a possibilidade de infeção, devendo ser realizado um teste PCR de despiste. (Almeida & Silva, 2021, p. 14)

Face ao exposto e à possibilidade de existência de resultados divergentes ao concreto estado clínico do indivíduo testado emerge a seguinte questão: Será possível intentar-se uma ação de responsabilidade civil contra o laboratório que analisara o teste laboratorial face à divulgação de um resultado erróneo que pode suscitar graves implicações na saúde do próprio ou na saúde dos que o rodeiam?

Para que seja possível responder à indagação formulada é fundamental esclarecer se os exames laboratoriais correspondem a uma obrigação de meios ou a uma obrigação de resultado e, ainda, se estamos diante um falso resultado positivo ou negativo. (Pereira, 2020)

O STJ, no Ac. datado de 4 de março de 2008, destaca que *o facto de os exames laboratoriais serem uma atividade médica com alto nível de especialização* exigem um certo grau de “certeza dos resultados”, ao que acrescenta, *os exames médicos na área da bioquímica, radiologia e, sobretudo, análises clínicas seguem o regime mais rigoroso das obrigações de resultado.*

No mesmo sentido, o TRL afirma no Ac. datado de 14 de novembro de 2013 que *a obrigação do médico no âmbito da execução de um contrato de prestação de serviços que se consubstanciam na obtenção de um resultado laboratorial, analisa-se – pelo menos na*

⁶⁰ Em consonância com o disposto na Orientação nº 015/2020 da DGS, sendo o resultado inconclusivo é recomendada a repetição do teste e/ou a colheita do produto biológico.

generalidade desses exames – numa obrigação de resultado e não de meios, bastando, por isso, que o laboratório forneça um resultado cientificamente errado para se entender que atuou culposamente por ter infringido os deveres de cuidado implicados na referida obrigação de resultado.

Mais recentemente – 11 de fevereiro de 2020 –, o TRC determinara que *estando em causa a prática de acto por médico especialista, sobre o qual recai específico dever de emprego da técnica adequada, incorrerá em responsabilidade civil perante a mera constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada por se tratar de uma obrigação de resultado.*

Atendendo à posição adotada pela jurisprudência é possível inferir que os exames laboratoriais são encarados como obrigações de resultado. Assim sendo, é agora necessário analisar a existência de resultados díspares à doença de que o doente é portador.

Sendo concretizado um teste laboratorial à infeção por SARS-CoV-2 cujo resultado tenha sido um falso positivo poderá haver lugar a uma indemnização pelo facto de a pessoa em causa ter sido obrigada a fazer uma quarentena inútil, da qual podem sobrevir danos morais (v.g. danos psicológicos e emocionais decorrentes da privação do contacto com a família) e patrimoniais (v.g. um advogado que fica privado do exercício da atividade profissional com a sua necessária substituição).

Contudo, é importante destacar que a possibilidade de ressarcimento dos danos sofridos é distinta quando estejamos perante um teste PCR ou um teste de antígeno.

Tal como descrito *in supra*, o teste PCR possui um maior grau de precisão comparativamente ao teste de antígeno. Assim, tratando-se de um exame laboratorial completo e moroso, mais facilmente haverá lugar a uma indemnização.

Por outro lado, no âmbito do erro de diagnóstico, assume particular relevância o consentimento informado⁶¹, uma vez que só através dele o paciente adquire conhecimento

⁶¹ O direito ao consentimento livre e esclarecido beneficia de regulamentação jurídica nos arts. 1.º, 25.º e 26.º CRP, nos arts. 156.º e 157.º CP e, ainda, no art. 70.º CC. (Pereira, 2007, pp. 19-20)

A prestação do consentimento informado no âmbito do direito civil é representativa da tutela do direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, do direito à integridade física e moral da pessoa humana e, eventualmente, do direito à vida, sendo, portanto, perante a violação daqueles direitos, ressarcíveis não só os danos não patrimoniais dela sobrevivendo, mas também os danos patrimoniais que possam advir da verificação de um agravamento do estado de saúde do paciente. De referir que o consentimento informado deve respeitar a ordem pública e os bons costumes (arts. 81.º e 340.º CC), consistindo, aquando da

acerca do procedimento a realizar, do modo de atuação, da razão do pedido e do resultado esperado. E é neste último aspeto que pode residir o fundamento para a obtenção de uma indemnização face aos danos decorrentes de um falso resultado do teste laboratorial, uma vez que o médico que prescreve o exame laboratorial e/ou o profissional de saúde que o executa devem esclarecer o paciente de que há a probabilidade de o resultado não corresponder à verdade, em particular nos testes de antígeno, cuja fidedignidade do resultado auferido é inferior à decorrente dos testes PCR. Sempre que assim suceder, ainda que formulado um pedido indemnizatório, será de difícil obtenção. Caso contrário, será mais fácil exigir uma indemnização, dada a ausência de informação ou a prestação de erradas informações.

Mais grave do que um falso positivo é, naturalmente, um falso negativo. Uma vez feito o diagnóstico, cujo resultado é “negativo”, o cidadão em causa pode prosseguir com a sua

concretização de intervenções médicas, de uma causa de exclusão de ilicitude. Para que possa considerar-se como sendo válido e eficaz, o consentimento deverá ser prestado por pessoa capaz, devidamente esclarecida e cumprindo os ditames de integral liberdade, encontrando-se ao dispôr do paciente a possibilidade de recusar tratamentos, dando-se, assim, integral cumprimento aos direitos constitucionalmente consagrados da liberdade de consciência e de religião (art. 41.º nº1 CRP) e no direito à integridade física e moral (art. 25.º nº1 CRP). (Pereira, 2007, p. 20)

Nos termos do art. 157.º CP *o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento.*

Em similitude com os demais regimes regra, também o dever de informar comporta algumas exceções – o privilégio terapêutico e o direito a não saber. O primeiro, deriva do art. 157.º CP e consiste na omissão, por parte do médico, de informações que possam despoletar graves danos à saúde ou à vida do paciente. Já o direito a não saber advém do art. 10.º nº2 da Convenção de Oviedo que estabelece que *a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada.* (Pereira, 2007, p. 21)

Relativamente à forma de prestação do consentimento, apesar de, por vezes, ser exigida por lei a observância de forma, em regra, vigora o princípio da liberdade de forma e da liberdade declarativa e, uma vez prestado, mantém-se ao longo do tratamento. (Pereira, 2007, p. 21)

Por fim, importa destacar que o consentimento presumido assume a maior relevância prática perante quadros de inconsciência ou de outras causas incapacidade do paciente de consentir no ato médico e cuja intervenção se afigura urgente para manutenção da vida do doente. Sempre que assim suceda e em consonância com o estatuído no art. 8.º da Convenção de Oviedo *sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa.* (Pereira, 2007, p. 21)

No que concerne ao direito comparado, na Holanda, nos termos do art. 7:448 (3) BW, a exceção terapêutica é aceite, mas restrita aos casos em que a informação possa causar danos ao paciente, acrescido da particularidade de o médico dever consultar um colega para a tomada de decisão, facultando toda a informação a outra pessoa que não o doente e, a este último, logo que as causas justificativas da ocultação cessem. No direito alemão, a exceção terapêutica é admissível (§630e (3) BGB) em situações de emergência médica (nas quais, maioritariamente, se presume o consentimento - §630d (1) BGB), perante a declaração do paciente de não pretensão de informação e de dispensa da informação por circunstâncias particulares do paciente. (Farela, 2016, p. 18)

vida, desde que cumprindo as restrições impostas face a situação epidemiológica. Deste modo, os contactos com a família e, eventualmente, no local de trabalho são restabelecidos, correndo o risco de promover a propagação do vírus, desconhecendo a gravidade da situação face ao falso resultado que lhe fora divulgado. Neste caso, uma vez provado onexo causal, poderá ocorrer a responsabilização do laboratório pela ocorrência de novos contágios. Para além disso, um falso negativo, pode, também privar o doente do acesso aos cuidados de saúde, uma vez que, o mesmo pode não apresentar quaisquer sintomas numa fase inicial da doença e, com o decurso do tempo, a sintomatologia e o estado de saúde vir agravar-se ou ocorrer a morte do paciente. Neste caso, poderá haver lugar a uma indemnização por ofensa a integridade física ou dano morte⁶².

4.2.2 O erro de tratamento perante a implementação de mecanismos de combate à COVID-19 e a eventual responsabilização daí decorrente

O erro de tratamento, tal como fora descrito no Capítulo I da presente dissertação pode ocorrer mediante a violação dos princípios gerais da ciência médica. Sucede, porém, que esta conceptualização não abrange os casos em que não há ou ainda não existe uma definição de regras aceites pela comunidade médica nem aqueles em que os protocolos se encontram desatualizados, uma vez que, neste caso, o médico deverá afastar-se deles e seguir o dever objetivo imposto pela boa prática médica (Pereira, 2012, p. 610).

Com o advento da pandemia e perante a inexistência meios de prevenção e tratamento dos doentes, os profissionais de saúde tomaram a iniciativa de dar uso a outras ferramentas, tais como a prescrição *off-label* e o uso de plasma convalescente, em prol da saúde dos pacientes, mecanismos estes que merecem a nossa melhor atenção do ponto de vista da responsabilidade civil.

⁶² Relativamente ao dano morte, apesar do pacífico entendimento quanto à sua autonomização, a titularidade do mesmo é alvo de querelas doutrinárias, por força da dúbia redação do art. 496.º CC. Assim sendo, alguns autores (Diogo Leite de Campos, Galvão Telles, Menezes Cordeiro, Menezes Leitão) defendem que o direito de reparação do dano se insere no património da vítima, transmitindo-se por via sucessória às pessoas elencadas no art. 496.º n.º2 CC, enquanto outros (Antunes Varela, Capelo de Sousa, Pereira Coelho) consideram a atribuição *iuris próprio* daquele direito aos familiares referidos no preceito legal enunciado. (Rodrigues A. M., 2014, pp. 10-12)

4.2.2.1 Prescrição *off-label*

A prescrição *off-label* tem, nos últimos tempos, sido representativa de um mecanismo de combate à pandemia COVID-19. Contudo, o medicamento de uso humano, ao longo do seu ciclo de vida, encontra-se adstrito a arquétipos de segurança, eficácia e qualidade que, por força da evolução da tecnologia científica especializada e de um conhecimento aprofundado dos sistemas biológicos, permitirão o desenvolvimento de novos medicamentos cada vez mais seguros e eficazes.

Para que possa ser comercializado, um fármaco, encontrar-se-á subjogado a três fases distintas – a fase de investigação e desenvolvimento, a de registo e a de comercialização, decorrendo, em média, entre a primeira e segunda fases de 12 a 15 anos. (Cardoso, 2014, pp. 3-4)

Na fase de investigação e desenvolvimento são consubstanciados a síntese de moléculas com potencial terapêutico, estudos farmacológicos e toxicológicos *in vivo* e/ou *in vitro*, bem como estudos galénicos para gizar o modo de administração do fármaco. Destarte, é possível inferir que, na primeira etapa do ciclo da vida de um medicamento de uso humano, se pretende definir o perfil farmacológico, toxicológico e farmacocinético de futuras substâncias medicamentosas. (Cardoso, 2014, pp. 3-4)

Terminada a primeira fase com resultados auspiciosos, seguir-se-ão os ensaios clínicos. Estes abrangem quatro fases (I, II, III e IV), sendo que, para que se prossiga para a etapa ulterior será indispensável a permanência incólume do potencial terapêutico, bem como a prova de existência de um aceitável grau de segurança do medicamento em causa. (Cardoso, 2014, p. 4)

A fase I dos ensaios clínicos visa estudar a farmacocinética e a farmacodinâmica do fármaco, recorrendo-se, para tal, a um grupo composto entre 20 a 80 voluntários. Já a fase II é concretizada com recurso a um grupo restrito de doentes – 100 a 300, com o intento de estipular a eficácia e dosagem terapêutica adequadas a curto prazo. (Cardoso, 2014, p. 4)

Na fase III, é procurada a obtenção de resultados consistentes de segurança e eficácia face às indicações terapêuticas almejadas, comparando-se, inclusive, o fármaco em estudo ao placebo ou a terapêuticas alternativas. (Cardoso, 2014, p. 4)

A última etapa deste processo – Fase IV – é materializada na prática clínica comum, com o desígnio de se comprovar os benefícios fármaco-económicos do medicamento, bem como de o diferenciar dos demais. (Cardoso, 2014, p. 4)

Deste modo, os ensaios clínicos, assumem a maior relevância para a obtenção da autorização de introdução no mercado (AIM), alcançada na fase de registo do

medicamento, uma vez que as evidências obtidas aquando da sua realização serão fundamentais para a ponderação do risco/benefício, apenas exequível com a demonstração da eficácia e segurança do fármaco para os fins a que se destina. (Cardoso, 2014, p. 5)

Concluídos os ensaios clínicos, é enviada a solicitação de AIM para que o medicamento possa, em momento ulterior, ser comercializado no mercado. Sendo concedida a AIM, esta será válida pelo período de 5 anos, findo o qual serão analisados os relatórios periódicos de segurança (RPS), a fim de verificar se a relação risco/benefício permanece positiva. Em caso afirmativo, a AIM será renovada e adquirirá validade ilimitada. (Cardoso, 2014, pp. 5-6)

De referir que, uma vez aprovada a AIM, qualquer fármaco deverá ser prescrito em conformidade às indicações terapêuticas para as quais fora autorizado. Sucede, porém, que, por vezes, a prescrição de medicamentos ocorre fora do âmbito das indicações terapêuticas ou das formas de utilização que constam no “passaporte do medicamento” e que foram alvo de aprovação por parte das autoridades reguladoras que avaliam os fármacos e que concedem a respetiva AIM. Sempre que tal suceda, estaremos diante a prescrição *off-label*. (Cardoso, 2014, p. 6)

O INFARMED, IP., na circular normativa nº 184/CD de novembro de 2010 (Lei n.º46/2014 de 19 de agosto), em resposta a reiteradas questões acerca das condições a que o uso de medicamentos para indicações terapêuticas dissemelhantes às aprovadas deverá elucidar que dispõe de comissões especializadas sobre as quais impende a obrigatoriedade de emissão de pareceres inerentes à segurança, eficácia e qualidade dos fármacos no âmbito da AIM, em similitude ao que sucede com a EMA, motivo pelo qual não competirá ao INFARMED, IP *pronunciar-se sobre a utilização dos medicamentos para uma indicação terapêutica diferente das que constam no respetivo RCM, sendo que, a utilização de um medicamento fora do âmbito das indicações terapêuticas aprovadas é da inteira responsabilidade do médico prescriptor, que entende que um dado medicamento se adequa a uma dada indicação terapêutica, face ao caso particular de um doente seu.* (Cardoso, 2014, pp. 17-18)

Em conformidade ao disposto no CDOM e sob influência do princípio da liberdade terapêutica, o médico goza do direito de prescrever o que, na sua perspetiva evidencie ser o mais adequado ao estado clínico do paciente, desde que devidamente recolhido o seu consentimento informado. Deste modo, o uso *off-label* de medicamentos potencia o acréscimo do risco de responsabilidade civil do prescriptor, uma vez que, regularmente, não beneficia de acesso a toda a informação relativa à segurança e eficácia do medicamento

para uma certa indicação terapêutica, motivo pelo qual a informação cuidada do paciente para esse facto se converte num imperativo ético. (Almeida L. D., pp. 3-4)

Sendo notória a ocorrência de reações adversas ou efeitos cruzados com outro fármaco poderá o profissional de saúde ter de responder pelo ato que praticara, desprovido de uma defesa fundada no facto de a prescrição *off-label* ser a mais indicada para o paciente. (Cardoso, 2014, p. 18)

Ainda no âmbito da prescrição *off-label* é essencial destacar que a mesma carece de uma meticulosa ponderação acerca do custo/benefício para o sujeito passivo precisamente pelo facto de a substância medicamentosa em causa não ter sido aprovada pelas entidades competentes para a finalidade terapêutica em que fora preconizada. (Cardoso, 2014, p. 18)

A prescrição *off-label* é, indubitavelmente, um mecanismo que potencia a inovação na área da medicina, uma vez que a indústria farmacêutica, após a autorização de introdução no mercado (AIM), não demonstra interesse na concretização de ensaios clínicos para que o fármaco em causa possa ser aprovado para novas indicações terapêuticas. Enquanto meio contributivo para a evolução da medicina, a prescrição *off-label* deverá beneficiar dos princípios universais subjacentes à investigação biomédica: princípio da autonomia e consentimento informado⁶³, princípio da beneficência⁶⁴ e da não maleficência⁶⁵, princípio da responsabilidade e princípio da justiça⁶⁶. (Cardoso, 2014, p. 18)

⁶³ Etimologicamente, a palavra autonomia deriva do grego e é indiciadora da capacidade de o Homem se governar a si mesmo (“autos” + “nomos” = por si mesmo + lei ou norma). Assim sendo, o princípio da autonomia pode ser alvo de duas interpretações – enquanto reconhecimento do dever de respeito pela autodeterminação e enquanto reconhecimento de que algumas pessoas têm um grau de autonomia inferior e, por isso motivo, carecem de particular proteção. (Araújo, 2017, pp. 24-25)

Este princípio ético traduz-se no respeito pela autonomia de cada um, em função dos contornos do caso concreto, ou seja, consiste na convicção de que cada pessoa beneficia do direito de escolha, de autodeterminação e de atuar em consonância com os ideais e valores que defende, preservando-se, deste modo, os direitos fundamentais do Homem e a aceitação do pluralismo ético-social. (Araújo, 2017, pp. 24-25)

O princípio da autonomia surge, na medicina, como resposta às bases paternalistas dos princípios hipocráticos, concedendo ao doente o direito de opção face ao tratamento a implementar, após aconselhamento médico. (Araújo, 2017, pp. 24-25)

O consentimento informado emana do princípio da autonomia.

⁶⁴ O princípio da beneficência emerge do juramento de Hipócrates e consiste na obrigatoriedade de o médico atuar em função do melhor interesse do paciente. (Araújo, 2017, p. 25)

⁶⁵ O princípio da não-maleficência encontra o seu sustentáculo na obrigatoriedade de não promover ou provocar lesões intencionais aquando da prestação de tratamento ao doente (*primum non nocere*). Alguns autores, como sejam William Frankena e Belmont, consideram que o princípio da não-maleficência consiste

Sob a alçada da doutrina do consentimento informado os médicos ficam incumbidos de comunicar aos pacientes, de forma inteligível, toda a informação pertinente acerca do terapia proposta, incluindo os prognósticos, riscos, benefícios e alternativas. (Cardoso, 2014, p. 19)

Tal como fora mencionado em capítulo próprio, sobre o médico não impende uma obrigação de resultados, mas sim uma obrigação de meios. Para que a conduta do profissional de saúde se coadune com o dever de cuidado que lhe é imposto, o médico carece de efetuar uma minuciosa ponderação de todos os interesses em causa (a avaliação de risco provável e do risco decorrente da prescrição medicamentosa, equacionar criticamente os riscos/benefícios do tratamento). (Cardoso, 2014, p. 19)

A prescrição *off-label* de *per si* não constitui um ato ilícito, só o sendo quando o médico viole as *leges artis* e crie perigo para a vida ou desencadeie grave ofensa à saúde ou ao corpo do doente (art. 150.º CP) ou quando proceda à prescrição do fármaco sem o consentimento informado do doente (art. 156.º CP). (Almeida L. D., pp. 6-7)

Consistindo a prescrição num meio de intervenção ou tratamento médico e no que respeita à responsabilidade penal, a mesma não constituirá ofensa corporal se o tratamento for clinicamente indicado e praticado em consonância com as *leges artis*. Por outro lado constituirão ofensas à integridade física todas as intervenções que não sejam executadas por um médico ou pessoa legalmente autorizada, que extrapolem os conhecimentos e experiência da medicina e que evidenciam um carácter experimental ou de deficitária comprovação, ainda que levadas a cabo de forma técnica e cientificamente irrepreensível. (Cardoso, 2014, p. 19)

Nos termos do art. 157.º CP o consentimento só será eficaz *quando o doente tiver sido devidamente esclarecido sobre a índole, alcance, envergadura e possíveis*

num corolário do princípio da beneficência, apesar de a doutrina não ser unânime. Em sentido diverso, Beauchamp e Childress, consideram que a obrigação de não promover ou executar o mal evidencia um maior grau de vinculação, comparativamente à obrigatoriedade de promover o bem. Nesse sentido, defendem a individualidade dos princípios, fazendo corresponder ao princípio em causa o dever de não causar mal de qualquer tipo e ao princípio da beneficência o dever de prevenção do dano, de evitar ou expurgar o dano ou o mal e de promover o bem. (Araújo, 2017, pp. 25-26)

⁶⁶ O princípio da justiça baseia-se na necessidade de tratamento de forma igualitária aquilo que é igual e de forma divergente aquilo que é diferente, correspondendo, na área médica, à questão de distribuição de recursos e de acesso aos serviços de saúde. Aquando da concretização de ensaios clínicos, os riscos e benefícios neles envolvidos devem ser devidamente ponderados face às diferentes populações e grupos, com a consequente tutela dos grupos com maior grau de vulnerabilidade. (Araújo, 2017, p. 27)

consequências da intervenção ou do tratamento, motivo pelo qual, sem a sua obtenção, o tratamento médico corresponderá a uma intervenção arbitrária e preencherá um crime contra a liberdade do paciente – art. 156.º CP. Deste modo, o médico perante a experimentação de uma terapêutica discutida no “mundo da medicina”, mas não suficientemente avaliada, sem o consentimento do doente, pode ser acusado e condenado pela prática de um ilícito penal por ofensas corporais. (Almeida L. D., p. 7)

No último ano, a humanidade foi surpreendida por uma pandemia para a qual inexistem fármacos aprovados pelas autoridades competentes. Porém, alguns medicamentos indicados para outras patologias têm vindo a ser utilizados no combate à COVID-19, motivo pelo qual merecerá destaque, no âmbito da responsabilidade civil, a prescrição *off-label*.

De acordo com o Art. 64º CRP *todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover*, visando, tal preceito legal, assegurar tão-só a dignidade humana, a equidade, a igualdade e a universalidade enquanto direitos fundamentais da sociedade, nos quais é perfeitamente subsumível o direito ao acesso a medicamentos de qualidade. (Pereira, 2020, p. 138)

Os médicos, enquanto profissionais de saúde, estão sujeitos ao integral cumprimento de deveres, de entre os quais se pode destacar o respeito pelas *leges artis*. Neste âmbito e no que respeita à prescrição de substâncias medicamentosas, o absoluto respeito pela autorização de introdução no mercado (AIM) e pelo resumo das características do medicamento (RCM), corresponderá ao rigoroso cumprimento do dever mencionado *in supra*. Deste modo, o médico ficará incumbido de prescrever um determinado fármaco ao seu paciente em conformidade às indicações terapêuticas formuladas pela autoridade nacional do medicamento (INFARMED), devendo, para o efeito, basear-se no RCM, uma vez que o mesmo assegura a utilização segura e eficaz do medicamento em causa. Todavia, apesar de esta ser a regra quanto à prescrição medicamentosa, frequentemente, a “boa prática médica” poderá impor soluções dissemelhantes da enunciada. (Pereira, 2020, p. 138)

Atendendo ao caso em concreto, ao doente em particular e às evidências clínicas patenteadas por medicamentos, o médico pode, sempre que considerar pertinente e adequado, receitar um determinado fármaco para uma patologia específica ainda que sem indicação terapêutica aprovada pelas autoridades competentes, naquela dosagem ou naquela população específica, desde que no decurso da sua utilização sistemática e rotineira não subsistam dúvidas acerca da sua segurança e eficácia em casos análogos. Tal

prática é designada por prescrição *off-label*, sendo esta perfeitamente plausível por força dos princípios de isenção e liberdade profissionais do médico, bem como do princípio da liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e de tratamento, consagrados no Art. 7º do código deontológico da ordem dos médicos. Contudo o médico deverá sempre abster-se de quaisquer atos antagónicos às *leges artis* a que estão vinculados (Art. 10º do regulamento 797/2016 de 21 de julho), salvo quando se tratem de *atos não reconhecidos pelas leges artis, mas sobre os quais se disponha de dados promissores em que não haja alternativa, desde que com consentimento do doente ou do seu representante legal, no caso daquele não o poder fazer* ou de *atos que se integram em protocolos de investigação, cumpridas as regras que condicionam a experimentação com pessoas humanas*, dado que os mesmos correspondem a exceções legalmente admissíveis. (Pereira, 2020, pp. 139-140)

A prescrição *off-label* de medicamentos tem vindo a ser uma prática assídua enquanto tentativa de tratamento/cura da COVID-19, a doença despoletada pelo novo coronavírus e que ainda não beneficia de qualquer medicação autorizada pelo INFARMED. Por esse motivo, a Direção Geral de Saúde (DGS) tem vindo a proferir algumas orientações no sentido de medicamentos eficazes no tratamento de outras patologias serem usados no combate à pandemia, em casos mais graves. De entre eles, destacam-se a cloroquina e hidroxicloroquina (medicamentos empregues no tratamento da malária e da artrite reumatóide), o lopinavir-ritonavir (antiretroviral do VIH) e, por fim, o remdesivir (fármaco indicado para o vírus do ébola). (Pereira, 2020, p. 141)

A cloroquina tem demonstrado bloquear a entrada da célula SARS-CoV-2 *in vitro*, com benefício clínico face à COVID-19, na diminuição da gravidade da pneumonia, do tempo de hospitalização e eliminação viral precoce. Contudo, a sua eficácia para a prevenção e/ou tratamento da COVID-19 não se encontra determinada, em paralelismo ao que ocorre com a hidroxicloroquina⁶⁷. (Zhang, Dowell, Shen, & Lee, 2020, pp. 1-7) Já o lopinavir/ritonavir evidencia atividade *in vitro* contra a SARS-CoV, com melhores resultados clínicos quando conexo com a ribavirina para a SARS. Quanto ao remdesivir, este consiste num antiviral de amplo espetro com atividade contra coronavírus, demonstrando, também, *in vitro*, atividade contra a SARS-CoV-2. (Gbinigie, 2020)

⁶⁷A hidroxicloroquina pode ter um perfil de toxicidade relacionado à dose mais favorável do que a cloroquina, mas a cardiotoxicidade é uma preocupação em ambos.

Porém e embora muitos medicamentos tenham atividade *in vitro* contra diferentes coronavírus, nenhuma evidência clínica suporta a eficácia e segurança de qualquer substância medicamentosa contra qualquer coronavírus em humanos, incluindo o SARS-CoV-2, motivo pelo qual estudos científicos têm certificado a inexistência de terapias específicas para o tratamento da COVID-19⁶⁸. (Trindade, Caxito, Xavier, Xavier, & Brandão, 2020, p. 11)

Face ao exposto e diante as incertezas em torno da existência de medicamentos comprovadamente eficazes e seguros no combate à pandemia, torna-se imprescindível aferir se a prescrição *off-label* será ou não lícita.

Atendendo à situação epidemiológica que vivenciamos, a prescrição *off-label* será, numa visão ampla das *leges artis*, lícita e eticamente legítima, uma vez que a mesma faz face aos princípios da beneficência e da não maleficência, surgindo como uma tentativa de alcance da cura e de combate ao sofrimento das vítimas da COVID-19. (Pereira, 2020, p. 142)

Esta é uma doença que tende a ser insubmissa e, enquanto tal, alguns casos de prescrição *off-label* poderão transpor esse âmbito e invadir o campo dos ensaios clínicos de medicamentos. Destarte, em alguns casos de maior inovação terapêutica poderá ser exigível a implementação de um procedimento mais exigente, devendo, para o efeito, respeitar-se o disposto no art. 16º da Convenção para a proteção dos direitos do Homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina⁶⁹. (Pereira, 2020, pp. 142-143)

⁶⁸ De salientar que, desde o dia 9 de agosto de 2021, se tomou conhecimento da existência de um novo fármaco em desenvolvimento no Centro Médico de Sourasky, em Telavive (Israel) cujas resultados obtidos nas fases I e II foram consistentes e promissores, uma vez que o medicamento em causa demonstrou possuir uma eficácia de 93% na cura de doentes graves com COVID-19, num período que não excede 5 dias, não tendo sido registados significativos efeitos secundários em nenhum paciente. O tratamento encontra-se a ser desenvolvido com base numa molécula presente de forma natural no organismo humano (CD24) e que já é alvo de estudos científicos há 25 anos. Se a fase III de ensaios comprovar os resultados auferidos nos primeiros estudos, o tratamento poderá estar disponível até ao final do ano. (Jornal de Notícias, 2021)

⁶⁹ *Nenhuma investigação sobre uma pessoa pode ser levada a efeito a menos que estejam reunidas as seguintes condições: i) Inexistência de método alternativo à investigação sobre seres humanos, de eficácia comparável; ii) Os riscos em que a pessoa pode incorrer não sejam desproporcionados em relação aos potenciais benefícios da investigação; iii) O projecto de investigação tenha sido aprovado pela instância competente, após ter sido objecto de uma análise independente no plano da sua pertinência científica, incluindo uma avaliação da relevância do objectivo da investigação, bem como de uma análise pluridisciplinar da sua aceitabilidade no plano ético; iv) A pessoa que se preste a uma investigação seja*

Neste sentido, André Dias Pereira exalta como requisitos essenciais o acompanhamento permanente dos casos de prescrição *off-label* que possam assumir uma vertente inovadora e, enquanto tal, se localizem na fronteira do ensaio clínico de medicamentos por parte das comissões de ética dos centros hospitalares e da comissão de ética para investigação clínica, bem como a exigência de *um consentimento expresso e por escrito após informação e esclarecimento exaustivo e personalizado*. Para além disso, destaca, na qualidade de pressupostos de aplicação *off-label* de medicamentos, para além de um consentimento informado reforçado, uma profunda análise “risco-benefício” da sua utilização no caso concreto com referência a estudos que permitam uma perfeita, plena e rigorosa fundamentação científica, devendo o médico proceder ao registo, principalmente em intervenções cujos riscos ou efeitos secundários mais graves possam ocorrer, de um esboço da respetiva fundamentação no processo clínico do paciente. A inovação terapêutica só poderá ser legítima em momento ulterior a uma cuidadosa ponderação custo/benefício e nunca poderá privar o paciente de um tratamento fundamental. (Pereira, 2020, pp. 142-143)

Destarte, é possível inferir que as intervenções podem assumir múltiplas modalidades desde a prática de atos standard, às inovações terapêuticas e à experimentação humana.

Para além disso, é possível destacar-se que o procedimento mencionado *in supra* possibilita a descoberta de novos usos para medicamentos já experimentados, cujas reações adversas são conhecidas e devidamente descritas na literatura farmacológica. No entanto, se por um lado esta prática pode ser benéfica, por outro, comporta alguns riscos, nomeadamente o facto de o medicamento poder deixar de atender a uma expectativa de eficácia (ausência de benefício) e despoletar efeitos colaterais que prejudiquem o paciente em causa (malefício). (Soares, 2020, p. 146)

A pandemia oriunda da veloz disseminação do novo coronavírus, fez despoletar nos profissionais de saúde uma grande incógnita, atendendo a que a estrutura de saúde não é suficiente e apta para responder a todos de forma célere e adequada, vendo, muitas vezes,

informada dos seus direitos e garantias previstos na lei para a sua protecção; v) O consentimento referido no artigo 5.º tenha sido prestado de forma expressa, específica e esteja consignado por escrito. Este consentimento pode, em qualquer momento, ser livremente revogado. (Pereira, 2020, pp. 142-143)

os seus doentes a sucumbir quando infetados com SARS-CoV-2, sem saber concretamente o que fazer perante o quadro pandémico. Diante o quadro acima descrito, os profissionais de saúde procurarão encontrar o melhor rumo para fazer face ao caótico quotidiano que vivenciam e, enquanto tal, o uso de medicamentos *off-label* poderá ser uma das prioridades, visto que a introdução de um novo fármaco no mercado por norma comporta custos elevados, é morosa e complexa. Porém, tal possibilidade não é sinónimo de que os médicos usufruam de “carta branca” para recorrer de forma indiscriminada a qualquer medicamento, transformando o paciente num “objeto de pesquisa”. Deste modo, torna-se essencial definir alguns parâmetros que permitam o recurso a tal procedimento enquanto alternativa de emergência para a pandemia, sem que ao médico possa ser imputada a prática de atos ilícitos, dado que, até então, não foi possível a concretização de pesquisas com resultados efetivos, desenvolvimento de produtos eficazes e de prévios ensaios clínicos imprescindíveis para aferir a segurança da terapêutica a implementar. (Soares, 2020, pp. 145-147)

A esta preocupação acresce a de garantir que o doente obtenha um benefício com o recurso à prescrição *off-label*, motivo pelo qual a sua utilização não poderá ocorrer de forma desmedida. No Brasil, a prescrição *off-label* não usufrui de legislação específica que a regule, mas é perfeitamente aplicável⁷⁰. (Soares, 2020, p. 147)

⁷⁰ No direito europeu, em contraposição ao que sucede no direito brasileiro, alguns países regulamentam a prescrição *off-label*. Na Holanda, aquela rege-se pelo estatuído no Geneesmiddelen (Lei do Medicamento), o qual autoriza esta prática desde que cumpridos alguns requisitos: a ocorrência prévia de uma discussão entre o médico e um farmacêutico acerca desta hipótese ou que a mesma seja conforme aos protocolos médicos aplicáveis (art. 68.º). (Raposo, 2014, p. 54)

Em Espanha, a prescrição *off-label* é considerada um procedimento excecional, apesar de autorizado (Real-Decreto n.º 1015/200971, de 19/06), ao qual o médico pode recorrer quando não haja alternativa terapêutica e desde que seja obtido o consentimento informado do paciente (Lei n.º 41/2002, de 14/11), ao que acresce a justificação, por parte do médico, no processo clínico do uso *off-label* e da notificação de eventuais reações adversas no respetivo Centro Autonómico de Farmacovigilância, não sendo exigível autorização prévia da Agência Espanhola de Medicamentos e Produtos Sanitários. (Raposo, 2014, p. 54)

O direito italiano determina que o uso *off-label* é permitido desde que o mesmo beneficie de garantias científicas e que o paciente não possa ser tratado com recurso a divergente terapia (Decreto-Lei n.º 23, de 17/02/1998, cujo artigo 3.º), quesitos aos quais se adita a obrigatoriedade do consentimento informado. (Raposo, 2014, p. 56)

O ordenamento jurídico francês, em similitude aos demais, possibilita a prescrição *off-label* desde que a mesma cumpra determinados requisitos, de entre os quais se destaca o consentimento informado, exigível nos termos gerais para a atividade médica – Lei n.º 2002-303, de 04/03/2002. Sobre os médicos recai, ainda, a obrigação de informar os pacientes de que os medicamentos *off-label* não beneficiam de comparticipação (artigo L-162.º4 do Code de la Sécurité Sociale). (Raposo, 2014, p. 56)

No que respeita à responsabilidade civil, uma vez ocorridos danos, é de ressaltar que estes nunca poderão ser imputados ao laboratório que fabricara o fármaco, dirigindo-se, portanto, a pretensão ao médico prescritor, ao hospital ou ao plano de saúde em causa. (Soares, 2020, p. 147)

No direito brasileiro, ainda que no auge da pandemia, a responsabilidade médica permanece objetiva – imputação subjetiva da responsabilidade – sofrendo alterações, apenas, a rigorosa análise da correção ou não da conduta do profissional na execução do ato médico. No mesmo sentido, insere-se a solução implementada nos EUA, uma vez que a “National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research” debatera se o uso de um medicamento pode ser classificado como ferramenta de pesquisa ou prática médica⁷¹. (Soares, 2020, p. 148)

Para a comissão supracitada, a pesquisa pretenderá, sempre, testar uma hipótese a partir de um problema e dela extrair conclusões, com o intuito de que a mesmas permitam um conhecimento generalizado. Já a prática médica visará oferecer diagnóstico, tratamento preventivo ou terapia para uma atuação concreta. Desta forma, a prescrição *off-label* poderá aplicar-se no âmbito da segunda hipótese, sendo, também, admissível, *fora do padrão prescrito pelo órgão regulador específico, no modelo utilizado para a sua autorização*. (Soares, 2020, p. 148)

Nos EUA, não há precedente judicial que determine a obrigatoriedade de o profissional de saúde revelar que o procedimento implementado sobreviera da prescrição

⁷¹ Nos EUA, a prescrição *off-label* é prática contumaz, legal e de integral responsabilidade dos médicos da qual as entidades reguladoras se demarcam. (Raposo, 2014, p. 51)

A FDA adota, há algum tempo, uma posição de *hands-off*, a qual, por sua vez, é corroborada pelo seguinte excerto: *The FD&C Act does not, however, limit the manner in which a physician may use an approved drug. Once a product has been approved for marketing, a physician may prescribe it for uses or in treatment regimens or patient populations that are not included in approved labelling. Such “unapproved” or, more precisely, “unlabeled” uses may be appropriate and rational in certain circumstances, and may, in fact, reflect approaches to drug therapy that have been extensively reported in medical literature.* (Raposo, 2014, p. 51)

Tal posição foi subscrita pelo Supreme Court que considerou, no caso *Buckman Company v. Plaintiff’s Legal Commission* que a prescrição *off-label* compreende *an accepted and necessary corollary of the FDA’s mission to regulate in this area without directly interfering with the practice of medicine.* (Raposo, 2014, p. 52)

Assim sendo, nos EUA, os médicos possuem liberdade de prescrição de fármacos de acordo com o seu juízo, ainda que a sua prescrição extrapole o âmbito de autorização do medicamento, sem necessidade de informar ou aguardar uma autorização por parte da FDA. (Raposo, 2014, p. 52)

off-label ⁷². (Soares, 2020, p. 148)

Diante um quadro *sui generis* como o decorrente da pandemia, deverá considerar-se admissível e lícita a prescrição do uso específico de fármacos aprovados pelos órgãos competentes, desde que a mesma seja praticada em consonância com os ditames da boa-fé, em dosagem adequada e com um aceitável grau de segurança face à situação extraordinária ocasionada pelo flagelo em que se traduz a COVID-19. Por esse motivo, os antivirais podem ser percebidos como opção de tratamento, em similitude ao que sucede com os antibióticos no âmbito das manifestações sobrevindas do contágio pelo novo coronavírus. (Soares, 2020, p. 149)

Observando todo o circunstancialismo epidemiológico e, em particular, o ambiente de risco e de pressão em que os profissionais de saúde se encontram, dada a exposição biológica a que estão sujeitos, Flaviana Rampazzo, afirma ser indispensável instituir algumas “pautas”, com o propósito de melhor apreciar as condições de prescrição e administração medicamentosa *off-label* sem que haja responsabilidade médica, propondo, para tal, os seguintes critérios que, embora vinculados entre si, podem não ser concomitantes (Soares, 2020, p. 150):

- I. Uma vez decorrida a infecção por SARS-CoV-2 ou a manifestação da sintomatologia da doença por ele desencadeada no organismo humano deverá ser clara a possibilidade de razoável eficácia do uso *off-label* de um determinado medicamento para qualquer uma das hipóteses enunciadas;
- II. Demonstração técnica de que o uso *off-label* pode ser proveitoso para o paciente;
- III. Ausência de negligência grosseira ou imperícia na prescrição do fármaco;
- IV. Cumprimento integral dos princípios da ética biomédica, sendo o princípio da justiça representativo do afastamento de situações discriminatórias e de

⁷² Apesar de, no caso Klein v. Biscup ter ficado determinado que o uso *off-label* de dispositivos médicos se traduziria numa questão de julgamento de conveniência de que o médico ficaria incumbido, a verdade é que este poderá ser alvo de responsabilidade profissional por mera culpa por recorrido ao dispositivo em causa, mas não única e exclusivamente por não divulgar ao paciente que o seu uso corre no âmbito da prescrição *off-label*. (Soares, 2020, p. 148)

atendimento diferenciado sem motivos justificativos para tal ou inadmissíveis do ponto de vista jurídico;

- V. Inviolabilidade de normas técnicas e protocolos provindos de entidades reguladoras;
- VI. Inexistência de terapias alternativas portadoras de um menor risco para o paciente comparativamente ao uso off-label de medicamentos;
- VII. Não verificação de graves prejuízos para o paciente face ao não uso off-label de substâncias medicamentosas;
- VIII. Aplicação do uso off-label de forma individual e devidamente monitorizada para que, perante a ineficácia ou o surgimento de quaisquer reações adversas, seja imediatamente cessada a administração do fármaco em causa.

Quer a prescrição *off-label* quer a administração do medicamento prescrito quando concretizada em situação de emergência como mecanismo de diagnóstico, prevenção ou tratamento do paciente e em conformidade com o acima exposto, não deve desencadear responsabilidade médica. (Soares, 2020, p. 150)

Face ao quadro pandémico e no que concerne à averiguação da conduta médica, os escassos recursos disponíveis de infraestruturas, materiais e recursos humanos serão elementos que depauperam a severidade da análise da atuação exigível ao profissional de saúde, assim como a adoção do mesmo comportamento por parte de qualquer médico quando perante situação similar, uma vez que, neste caso, não há como responsabilizar o profissional de saúde pelo ato praticado. (Soares, 2020, pp. 150-151)

Ainda que em contexto pandémico, os estabelecimentos hospitalares possam perfilhar uma conduta preventiva quanto aos riscos de ser demandado e, havendo condições para o efeito, devem colocar os pacientes ao corrente da possibilidade de recurso a medicação *off-label*. Todavia, o dever de informar não deve ser alvo de uma excessiva amplificação de modo a destabilizar o foco do paciente e do médico em relação aos procedimentos necessários ou a acarrear prejuízos que superem os benefícios quer do ponto de vista do atendimento particularmente considerado quer quanto à complexidade do serviço de atendimento médico. Assim sendo, torna-se fundamental a obtenção de uma solução verosímil que não abjure os direitos do paciente, que atenda ao princípio da não maleficência e que não impossibilite o exercício da criatividade técnica em busca de respostas que um medicamento possa facultar ainda que *off-label*. (Soares, 2020, p. 151)

Para além do princípio enunciado é, ainda, indispensável aferir se o meio empregado por quem ministra a medicação *off-label* é o adequado para o objetivo almejado, sem que se afete a integridade psicofísica do paciente ou indevido gasto financeiro, uma vez que só desta forma poderá ser lícita a conduta do profissional. (Soares, 2020, p. 151)

Há também que verificar a pertinência da prescrição *off-label*, ou seja, verificar se o paciente podia ter sido tratado com recurso a uma terapêutica diversa ao uso *off-label* de medicamentos e menos lesiva para si. (Soares, 2020, p. 151)

A boa-fé, a organização e a transparência são aspetos basilares para o alcance do equilíbrio entre as necessidades e os limites das estruturas de saúde, o atendimento e a técnica com o desígnio de debelar a pandemia da melhor forma possível. (Soares, 2020, p. 150)

Com base nos requisitos supramencionados, é possível afirmar que quer a prescrição *off-label*, quer a administração do medicamento prescrito como mecanismo de auxílio de diagnóstico, prevenção e tratamento de uma determinada comorbilidade inserida num contexto de emergência não deverá comportar responsabilização do médico. (Soares, 2020, p. 150)

Atendendo ao contexto pandémico, os recursos para avaliação da conduta médica, são escassos e, enquanto tal, a análise da conduta exigível do médico será, necessariamente, atenuada. Para além disso, será indispensável inquirir se, perante o mesmo quadro clínico, outro médico poderia adotar similar comportamento. Em caso afirmativo, não haverá lugar à responsabilização do médico pelo ato que praticara.

Ainda que em contexto pandémico, o estabelecimento de saúde pode adotar uma conduta de cautela e prevenção quanto aos riscos de ser demandado e, havendo condições para tal, deverá informar o paciente quanto à possibilidade de recurso a prescrição *off-label*, dar cumprimento ao princípio da não maleficência e procurar obtenção de respostas que o medicamento possa oferecer. (Soares, 2020, p. 151)

De salientar que, deverá ser, também, cumprido o princípio da proporcionalidade, com o qual se encontram intrinsecamente relacionados os vocábulos “adequação” e “necessidade”, sendo, portanto, imprescindível perscrutar se o meio adotado pelo responsável por administrar a medicação *off-label* possibilita a obtenção do objetivo, sem que tal feito ocasione injustificável prejuízo à integridade psicofísica do doente, indevido gasto financeiro ou dano ao seu património para que se assegure a licitude dessa conduta profissional. (Soares, 2020, p. 151)

Do mesmo modo há que verificar se é imperativo o recurso a tal meio quando o estado de saúde do doente possa ser remediado sem acesso a tal modalidade, uma vez que deve ser dada prevalência ao meio que permita o alcance da finalidade pretendida que seja menos lesivo para o paciente, isto é, que não restrinja outro direito alheio ou que o atinja de forma menos lesiva. (Soares, 2020, p. 151)

Destarte, é possível inferir que a análise das linhas gerais a respeito da temática em causa é imprescindível para que se possa aferir se, no momento de prescrição e administração medicamentosa *off-label*, não age de forma ilícita. (Soares, 2020, p. 152)

Para que a pandemia seja superada, será indispensável o cumprimento da transparência, boa-fé e organização para que o equilíbrio entre o atendimento adequado e os limites das estruturas de atendimento de saúde seja alcançado. (Soares, 2020, p. 152).

4.2.2.2 O plasma convalescente enquanto terapia da COVID-19

O súbito aparecimento do SARS-CoV-2 fez despoletar uma incessante procura de mecanismos de combate aos efeitos decorrentes da contração do vírus e da doença dela proveniente (COVID-19).

Face ao crescente número de infetados e à inexistência de fármacos indicados para o tratamento da COVID-19, foram sendo desenvolvidos estudos em torno do possível aproveitamento de plasma convalescente⁷³ proveniente de colheitas de amostras sanguíneas de indivíduos recuperados da infeção pelo SARS-CoV-2 como terapia de doentes infetados. (Departamento de Gestão e incorporação de tecnologias e inovação em saúde - DGITIS/SCTIE, 2020, p. 3)

O recurso a plasma convalescente consiste numa terapêutica de anticorpos passivos que se processa através da administração⁷⁴ de anticorpos desenvolvidos pelos pacientes

⁷³ A administração de plasma convalescente ou imunoglobulina em indivíduos portadores de doenças infecciosas não é um método inovador, tendo sido utilizado em diversas patologias infecciosas, de que servem de exemplo o sarampo, a gripe espanhola, o vírus do ébola, a gripe A (H1N1) e infeções decorrentes de outros coronavírus (SARS-CoV). (Departamento de Gestão e incorporação de tecnologias e inovação em saúde - DGITIS/SCTIE, 2020, p. 3)

⁷⁴ Para que a implementação de administração de plasma convalescente possa ser concretizada com sucesso, encontra-se dependente da verificação de algumas condições, de entre as quais se destacam a necessidade de existência de suporte laboratorial de virologia para que possam ser efetuados ensaios de

recuperados da COVID-19 em indivíduos que se encontram num estágio de virulência ativo, com o propósito de alcançar a imunidade necessária para o combate daquela patologia. Porém, é de ressaltar que o recurso a esta terapia evidencia maior eficácia quando utilizada como mecanismo de profilaxia e não de tratamento da doença. (Departamento de Gestão e incorporação de tecnologias e inovação em saúde - DGITIS/SCTIE, 2020, p. 4)

Quando executada como meio de tratamento, a administração do soro de convalescença apresentará uma maior taxa de sucesso⁷⁵ quando efetuada após a manifestação dos primeiros sintomas (fase inicial), com a pretensão de redução da sintomatologia e da mortalidade. (Departamento de Gestão e incorporação de tecnologias e inovação em saúde - DGITIS/SCTIE, 2020, p. 4)

A *ratio* para tal divergência ainda não foi descortinada, mas poderá dever-se ao facto de o anticorpo passivo possuir um maior grau de neutralização do inóculo inicial ou por potenciar uma resposta inflamatória que, por sua vez, também é mais facilmente atingível aquando de uma resposta imune preambular⁷⁶. (Departamento de Gestão e incorporação de tecnologias e inovação em saúde - DGITIS/SCTIE, 2020, p. 4)

Na China, foram desenvolvidos estudos mediante a observação direta de pacientes, com o intuito de cotejar o êxito da utilização de plasma convalescente enquanto terapêutica a implementar a doentes portadores da COVID-19. Para tal, foram objeto de estudo cinco pacientes internados com diagnóstico de pneumonia grave e a beneficiar de ventilação mecânica que, após a transfusão de plasma, patentearam melhoras no seu estado clínico. (Departamento de Gestão e incorporação de tecnologias e inovação em saúde - DGITIS/SCTIE, 2020, p. 5)

deteção do SARS-CoV-2, a disponibilidade por parte de indivíduos recuperados da doença decorrente da contração do vírus a proceder à doação do soro convalescente e, ainda, a indispensabilidade de instalação de bancos de doação. (Departamento de Gestão e incorporação de tecnologias e inovação em saúde - DGITIS/SCTIE, 2020, p. 4)

⁷⁵ Os cidadãos que puderam beneficiar de tratamento com soro convalescente evidenciaram uma redução na taxa de mortalidade, da carga viral respiratória, bem como das respostas séricas a citocinas. (Departamento de Gestão e incorporação de tecnologias e inovação em saúde - DGITIS/SCTIE, 2020, p. 4)

⁷⁶ A eficácia do plasma convalescente ou da imunoglobulina hiperimune foi aferida em trinta e dois estudos que comprovam a diminuição da mortalidade quando implementado em infeções respiratórias agudas graves de etiologia viral, com particular destaque para o sucesso de casos em que tal administração ocorre imediatamente após o surgimento de sintomas. (Departamento de Gestão e incorporação de tecnologias e inovação em saúde - DGITIS/SCTIE, 2020, p. 4)

Num outro estudo, procedeu-se à avaliação de dez pacientes graves que, decorridos 16,5 dias após o diagnóstico, receberam 200 mL de plasma convalescente de doadores recentemente recuperados e que, no prazo de 3 dias, um aumento da saturação da oxihemoglobina, ou seja, uma significativa evolução do estado clínico. Todavia, é de salientar que estes estudos se baseiam, apenas, nos resultados evidenciados pela administração de plasma convalescente num grupo muito limitado de pacientes, não tendo ocorrido qualquer comparação com um grupo de controlo de doentes que não tenham sido alvo do mecanismo enunciado *in supra*. Para além disso, os pacientes podem ter recebido outras terapias (v.g. antivirais), motivo pelo qual não é possível avaliar com clareza a contribuição do plasma convalescente, sendo, para tal, necessária a concretização de ensaios clínicos randomizados que permitam verificar a segurança e eficácia do procedimento em causa. (Departamento de Gestão e incorporação de tecnologias e inovação em saúde - DGITIS/SCTIE, 2020, pp. 5-6)

O tratamento com plasma sanguíneo de doentes é recomendado pela OMS e, enquanto tal, encontra-se a ser implementado em vários países, em doentes que se encontrem com um quadro clínico grave e cujo sistema imunitário se encontre débil.

Em Portugal, no ano 2020, deu-se início, através do Instituto Português do Sangue e da Transplantação à recolha de plasma sanguíneo de doentes recuperados da COVID-19 para efeito de ensaios clínicos. No mês de agosto já se encontravam inscritos 700 potenciais doadores para o programa nacional de transfusão de plasma sanguíneo convalescente para tratamento de doentes com COVID-19. (SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE, 2020)

Nos Estados Unidos, as recomendações inerentes à preparação e transfusão de plasma convalescente para a COVID-19 foram divulgadas pela *Internacional Society of blood transfusion* (ISBT) e o tratamento experimental contra a COVID-19 autorizado pela *Food and Drug Administration* (FDA).

No Brasil, a colheita e a transfusão de plasma convalescente para uso experimental no tratamento de doentes com COVID-19 foram reguladas pela Nota Técnica nº21/2020 de 08/04/2020 da ANVISA e do Ministério da saúde tendo, em Espanha, sido, igualmente, elaboradas recomendações no sentido de poder ser efetuada a recolha de plasma de doadores convalescentes. (Comité Científico para la Seguridad Transfusional (CCST). Ministerio de Sanidad y Política Social. , 2020)

Como qualquer procedimento clínico, também a administração do soro convalescente pode comportar riscos. De entre eles, destacam-se a possibilidade de

ocorrência de reações imunológicas e/ou a contração de agentes infecciosos distintos daquele a que o tratamento se aplica, devido ao facto de estarmos perante a transferência de um componente sanguíneo. Para além disso, se o doente for portador de uma patologia pulmonar, a infusão plasmática poderá desencadear uma lesão pulmonar aguda.

Sendo um procedimento que comporta riscos, surge, a questão de saber se, o recurso ao plasma convalescente pode ser considerado como atividade perigosa e, enquanto tal, permitir a aplicação da presunção instituída no art. 493.º n.º2 CC (a abordar em capítulo próprio).

4.3 A COVID-19 e as presunções de culpa dos arts. 491.º, 492.º e 493.º CC

No âmbito da responsabilidade aquiliana é, em conformidade ao disposto no art. 487.º, n.º1 CC e em contraposição ao que sucede na responsabilidade contratual⁷⁷, *ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão*, salvo a existência de presunções legais de culpa que, por sua vez, se encontram plasmadas nas disposições legais subsequentes (arts. 491.º, 492.º e 493.º CC). (Pereira, 2012, p. 658)

De salientar que estas presunções podem, em contexto hospitalar, assumir a maior relevância prática.

O art. 491.º CC estabelece que *as pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outrem, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido*. Face ao exposto, é possível afirmar que, a presunção de culpa aqui descrita poderá ser aplicável àqueles que, em contexto hospitalar possam estar obrigados à vigilância dos pacientes, com particular ênfase para os hospitais psiquiátricos e para as unidades de internamento de pessoas aditas que, dada a sua incapacidade de facto, causam danos a terceiros. (Pereira, 2012, p. 658)

No que concerne ao n.º1 do art. 493.º CC que determina que quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, responderá pelos danos que a coisa

⁷⁷ Na responsabilidade contratual verifica-se uma genérica presunção de culpa, apesar de sobre o paciente recair a prova dos danos sofridos, do nexos de causalidade e do cumprimento defeituoso do contrato celebrado. (Pereira, 2012, p. 658)

causar, *salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua* é relevante destacar que tal norma poderá ser fundamental para solucionar questões intrinsecamente relacionadas a danos causados por instrumentos/dispositivos médicos, substâncias medicamentosas e demais material hospitalar. Já o nº2 do mesmo preceito legal ocasiona alguma querela jurisprudencial pelo facto de se referir a danos sobrevindos do exercício de uma “atividade perigosa”, motivo pelo qual, em regra, não é aplicável à responsabilidade médica. Porém, alguns acórdãos vão defendendo tal possibilidade com base na factualidade descrita no caso em concreto. (Pereira, 2012, p. 659)

4.3.1 Dever de vigilância dos pacientes: o caso particular dos hospitais psiquiátricos, UCCI e ERPI

O art. 491.º CC contém uma presunção (*iuris tantum*) de culpa, por via da qual comina a responsabilidade das pessoas sobre as quais impende um dever de vigilância⁷⁸ sobre outrem, ou seja, estamos perante uma conjuntura particular da responsabilidade delitual subjetiva por omissão, uma vez que não terão sido adotadas as necessárias precauções para evitar a ocorrência do dano por omissão do dever de vigilância (*culpa in vigilando*).

Para que se possa proceder à aplicabilidade da norma supramencionada é indispensável a existência de uma obrigação de vigilância, a prática de um facto ilícito por parte do vigilando e a verificação de um dano causado a terceiros. Sempre que assim seja, ao lesado competirá provar a existência do dever de vigilância e o dano advindo da prática de um ato ilícito pela pessoa a vigiar, enquanto que o obrigado à vigilância ficará incumbido de proceder à prova de que o dever de vigilância fora cumprido ou que o(s)

⁷⁸ No que à responsabilidade médica diz respeito, o TRP, em acórdão datado de 2 de março de 2006 afirmara que uma unidade hospitalar atua sob forma negligente quando, através do pessoal, não providencia a vigilância noturna adequada a um determinado paciente. Em causa, estava um doente que se encontrava com uma botija de água quente que lhe causou queimaduras nos pés e em relação à qual, a ré deveria ter conhecimento da sua existência e permanência junto do doente, sendo-lhe, enquanto tal, exigível uma frequente verificação de que a mesma não se havia deslocado. Já o TRL, no acórdão datado de 28/01/2003 determinara a condenação da unidade hospitalar por incumprimento do dever de vigilância, uma vez que uma paciente acamada fora agredida por um doente adito, com síndrome de abstinência alcoólica (Pereira, 2012, p. 644).

dano(s) ocorrido(s) teriam sido produzidos ainda que o tivesse cumprido devidamente, ilidindo desta forma a presunção de culpa⁷⁹.

O progresso da tecnologias de que hodiernamente a neurologia e a psiquiatria dispõem facultam conhecimentos inconcebíveis até então e possibilitam uma melhor perceção de quem pode ser considerado incapaz. (Ferreira, 2016, p. 111)

O estudo da incapacidade e da inimputabilidade jurídicas reside na voluntariedade dos atos e da condição de discernimento do indivíduo em causa sendo que o instituto da responsabilidade civil não é exclusivo da prática de atos praticados intencionalmente, não sendo esse o conceito de atos voluntários. Contudo, para que possa haver responsabilização pelos danos causados a outrem, pressupõem-se uma capacidade de entendimento e de ação capaz de formar uma vontade juridicamente relevante. Através desse juízo acerca da capacidade de querer e entender, torna-se exequível a determinação se o lesante é ou não imputável, assim como aferir da sua capacidade de culpa. Destarte, é inevitável aferir se todo e qualquer distúrbio psíquico, volitivo ou emocional ou apenas uma doença mental *qua tale* pode ocasionar a inimputabilidade civil, sendo que, neste âmbito, a doutrina considera que são incapacitantes quaisquer perturbações da vontade que afetem a capacidade de autodeterminação, independentemente da manutenção de um perfeita capacidade de discernimento. (Ferreira, 2016, p. 112)

A incapacidade de exercício, por vezes, decorre de doença mental ou de um estado de alteração fisiológica advindas do consumo de estupefacientes ou de bebidas alcoólica, mas não só esta merece a nossa maior atenção. Também a incapacidade de facto, que não resulta da lei ou de decisão judicial, merece a nossa atenção, uma vez que o doente mental ou aquele que atuara sob efeito de substâncias perturbadoras, quando provada a sua condição, poderá ver atenuada ou excluída a sua responsabilidade. (Ferreira, 2016, p. 117)

No que concerne ao dever de vigilância é de destacar que este não deve basear-se em critérios transversais a todos os pacientes, uma vez que, alguns deles, por força da sua condição, carecem de uma proteção específica do perigo, tal como sucede com doentes do foro neurológico ou psiquiátrico, nos quais o risco de auto e/ou heteroagressão, de suicídio ou mutilação são manifestamente superiores a doentes portadores de outras patologias. Por

⁷⁹ Neste sentido, verificar o ac. do TRP de 6 de fevereiro de 2020, Proc. n° 1484/14.5TBVCD.P1.

esse motivo, as instituições que albergam doentes neurológicos e/ou psiquiátricos devem implementar sistemas de segurança distintos dos demais e com particular vigilância para que os pacientes não se ausentem ou distanciem do local de internamento. No entanto, com o surgimento da nova psiquiatria que possibilita um internamento aberto e o tratamento em ambulatório, a jurisprudência tende a considerar o cumprimento integral do dever de vigilância, mesmo em casos de suicídio de pacientes. (Pereira, 2012, pp. 644-645) Exemplo disso, é o acórdão do STA de 29 de janeiro de 2009 que, perante a colocação de termo à vida por parte de um paciente com esquizofrenia, determinou que *para além de não se conhecerem factos indicativos de que o recorrente tinha uma propensão para o suicídio, provou-se que a terapia aconselhável para o caso dele passava por uma vigilância discreta, a realizar «em ambiente de confiança». Sendo assim, a presença de um enfermeiro de serviço num balcão em frente à portam aliás, entreaberta, do quarto do ora recorrente aquando da sua defenestração (...) configurava um grau de vigilância equilibrado e que era requerido pelas circunstâncias. Ademais, estando também assente que o autor se projectou sobre a janela «num acto súbito e inesperado», quebrando o vidro e caindo no solo exterior, logo se percebe que só vigiando o doente muito de perto, senão a curtíssima distância, se lograria impedir a sua tentativa de suicídio; mas (...) nem essa vigilância próxima era aconselhável por razões terapêuticas, nem se conhecem indícios que tornassem premente uma tal medida. Assim, (...) não pode proceder a ação.*

Os hospitais ou as alas destinadas ao tratamento de doentes do foro mental devem desenvolver uma ação terapêutica de observação e tratamento para que a doença de que o paciente é portador possa ser corrigida. Sempre que o tratamento implique internamento em regime aberto serão asseguradas as garantias normais dos doentes admitidos em hospitais comuns, nomeadamente o direito de saída, só sendo o doente privado da sua liberdade no limite do necessário, ou seja, para tratamento, para o bom funcionamento dos serviços ou para efeitos de manutenção da ordem e segurança públicas. Assim sendo, estando o internado em regime aberto, é-lhe facultado o contacto com o exterior, a sua saída do ambiente hospitalar ou a sua ausência ocorrencial, sem prejuízo da necessidade de retorno para continuidade do tratamento.

Apesar de a vigilância discreta ser, também ela, uma forma de terapia para doentes do foro mental, a verdade é que, face à situação epidemiológica que vivenciamos, a vigilância deverá ser efetuada mediante a implementação de rigorosos critérios de segurança, ainda que o doente beneficie de regime aberto, para sua proteção e dos demais.

Sempre que um doente psiquiátrico teste positivo à COVID-19 deverá ser automaticamente isolado face aos demais pacientes. Para além disso, é exigível um maior controlo por parte dos obrigados à vigilância, uma vez que, no caso de os pacientes se ausentarem do local de isolamento poderão representar um elevado grau de risco para os demais pacientes que deambulem pela ala psiquiátrica, para os funcionários ou mesmo para a saúde pública em caso de evasão da unidade hospitalar. Caso contrário, o hospital demonstrará uma ausência de cuidado por não providenciar pela saúde do paciente, dos funcionários e, eventualmente, da sociedade e, enquanto tal, seremos automaticamente remetidos para o juízo de que ocorrera uma culposa omissão do dever de vigilância, que poderá justificar a aplicação da presunção decorrente do art. 491.º CC. Todavia, para se responsabilizar o hospital, não bastará a prova do incumprimento do dever de vigilância, sendo imprescindível, também, a prova de que o dano ocorrido advém da omissão daquele dever (nexo de causalidade), não tendo ocorrido neste caso o integral cumprimento do mesmo.

O hospital poderá ilidir a presunção demonstrando que procedeu ao rigoroso cumprimento das medidas de segurança e dos deveres de cuidado impostos pela Direção-Geral de Saúde.

De salientar que a presunção que decorre da norma supracitada, não é de exclusiva aplicação a doentes do foro psiquiátrico, mas também a pessoas que evidenciem alguma vulnerabilidade, como sucede com utentes de estabelecimentos de apoio social de carácter residencial/estruturas residenciais de carácter permanente ou temporário, tais como as estruturas residenciais para idosos (ERPI), unidades de cuidados continuados integrados (UCCI) da rede nacional de cuidados continuados (RNCCI), nas quais se incluem cuidados continuados pediátricos e outras respostas sociais dedicadas a pessoas institucionalizadas, dependentes de terceiros nas atividades de vida diária (AVD's), por se encontrarem numa situação de risco acrescido face à disseminação da infeção por SARS-CoV-2.

Apesar de estarmos perante a institucionalização de pessoas, nem todos os obrigados à vigilância estarão sujeitos ao disposto no art. 491.º CC, mas apenas aqueles cujo dever de vigilância seja determinado pela incapacidade natural da pessoa institucionalizada (vigiado), uma vez que a inimputabilidade do autor da lesão do facto poderá levar o lesado a ressarcir-se junto do obrigado à vigilância.

De referir que, em similitude ao que sucede nos doentes do foro psiquiátrico ou neurológico, cuja capacidade de determinação do seu querer seja limitada ou inexistente, também aqui as instituições poderão ilidir a presunção demonstrando que procederam ao

rigoroso cumprimento das medidas de segurança e dos deveres de cuidado impostos pela Direção-Geral de Saúde, com particular ênfase à Orientação nº 009/2020 de 11/03/2020, atualizada a 29/04/2021

4.3.2 O SARS-CoV-2 enquanto infeção hospitalar: o dever de assegurar a limpeza e segurança das instalações

Qualquer estabelecimento destinado ao atendimento público deve assegurar o cumprimento do dever de limpeza e segurança das instalações, não constituindo as unidades hospitalares uma exceção à regra, tal como o comprova o Ac. do STJ de 12 de dezembro de 2002) ao asseverar que *existia por parte do hospital, o dever genérico de conservar as instalações – e sobretudo as abertas ao público – em estado de não oferecerem perigosidade para os utentes*⁸⁰.

Face ao exposto e atendendo à situação epidemiológica atualmente vivenciada, é possível inferir que este dever de assegurar a correta higienização e segurança das instalações deve ser cumprido com maior rigor e em consonância com a orientação nº 033/2020 de 29/06/2020, provinda da DGS. (DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE, 2020).

De acordo com a orientação supramencionada, para que o transporte por via aérea de microrganismos contaminantes seja evitado entre os espaços onde permanecem doentes infetados e doentes não infetados com o novo coronavírus, os primeiros devem ser mantidos, sempre que possível, em subpressão⁸¹. Refira-se, no entanto que, apesar de se encontrarem em pressão negativa, os quartos que hajam sido utilizados por doentes

⁸⁰ Em causa estava a queda de uma paciente na casa de banho do hospital, da qual resultara a fratura do rádio (antebraço esquerdo). Apesar de o tribunal ter obtido um resultado justo, o mesmo ignorou a presunção de culpa do art. 493.º nº 1 CC que aqui se poderia aplicar.

⁸¹ Para que o risco de contágio seja diminuto deverá assegurar-se a ventilação permanente dos espaços por via de introdução de ar exterior em cem pontos percentuais, com uma taxa de renovação não inferior a 10 por hora (10 RPH); verificar-se a existência de variadores de velocidade na unidade de tratamento de ar e ventilador de extração ou proceder-se à sua instalação; inserir-se um filtro HEPA no circuito da saída imediatamente antes do ventilador de extração e verificar-se a perda de carga resultante e regular a velocidade do ar; verificar-se a efetiva pressão negativa do espaço e, se necessário, introduzir atenuadores acústicos. Se as medidas enunciadas forem insuficientes, poderão ser complementadas através da introdução de um ventilador complementar. Uma vez “recolhido” o ar contaminado carece de ser descarregado, devendo esta descarga ser efetuada em conformidade às direções dominantes do vento, de forma a evitar o encaminhamento do ar para vãos do edifício ou para edifícios adjacentes. (DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE, 2020)

portadores da COVID-19, não devem ser usados por um novo paciente sem a devida higienização. (DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE, 2020, pp. 1-2)

Quanto ao asseio de unidades terminais e centrais é útil destacar que as partículas e/ou gotículas de vírus tendem a depositar-se em superfícies horizontais, motivo pelo qual se torna indispensável a sua higienização com produtos e equipamentos adequados⁸², em concordância com o plano definido pelo serviço de instalações e equipamentos (SIE)⁸³. (DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE, 2020, p. 5)

Como intervenções genéricas de limpeza de superfícies (pavimento, paredes, mobiliário, aparelhos ou dispositivos) a DGS impõe a necessidade de utilização de um aspirador com microfiltro HEPA e tubo telescópico pela sua capacidade de reter 99,9% de micropartículas, seguido da lavagem da superfície com solução saponácea de detergente multiusos. Já como intervenções específicas exige o recurso a detergentes desinfetantes líquidos concentrados para superfícies mais críticas. (DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE, 2020, p. 5)

A imposição da adoção das medidas de higienização e desinfecção elencadas deve-se ao facto de, em caso de incumprimento, os pacientes poderem contrair doenças infecciosas na unidade hospitalar, neste caso, a COVID-19, as quais, por norma se designam por infeções nosocomiais, suscetíveis de ocasionar responsabilidade médica pelo facto de, a nível mundial, sem uma das centrais causas de lesões à saúde, tendo os tribunais nacionais proferido alguns arestos acerca desta matéria. Exemplo disso, é a decisão proferida pelo STA que terá condenado uma unidade hospitalar por esta não ter adotado, *in casu*, todas as medidas necessárias para erradicar a bactéria *serratia*, cuja consequência da sua contração fora a cegueira unilateral do paciente. (Pereira, 2012, pp. 638-639)

Para que se possa aferir a imputação subjetiva do dano decorrente da infeção a que se alude *in supra*, tornar-se-á imprescindível a averiguação de que a unidade hospitalar se

⁸²Para que a higienização das unidades centrais (UTA, VEX...) e terminais (radiadores, grelhas, ventiloconvetores...) seja convenientemente assegurada, só poderá ser concretizada por pessoal qualificado, detentor de equipamentos de proteção individual e com procedimentos bem definidos, uma vez que, qualquer erro na execução da higienização poderá ocasionar um aumento de risco. (DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE, 2020)

De referir que o Equipamento de Proteção individual deverá cumprir integralmente o disposto na Norma 007/2020 e Orientação 019/2020 da DGS. (DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE, 2020)

⁸³O Serviço de instalações e equipamentos deve ponderar, caso a caso, o risco em conjunto com os profissionais de controlo de infeção da unidade hospitalar. (DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE, 2020)

encontra a atuar em consonância com os *standards* impostos pela comissão de controlo de infeção hospitalar, pois, caso contrário, verificar-se-á uma conduta ilícita e culposa por parte do hospital⁸⁴, devendo, por isso, responder pelos danos causados ao lesado. (Pereira, 2012, p. 639)

Apesar de a DGS, na orientação nº 033/2020 de 29/06/2020, se referir, essencialmente, à higienização das instalações/superfícies, no caso dos equipamentos hospitalares, esta também deve ser garantida, uma vez que o processo de limpeza deve ser assegurado não apenas no ambiente, mas também nos equipamentos a que, no quotidiano, os profissionais de saúde recorrem.

Para que a assepsia de dispositivos médicos seja adequada devem ser respeitadas três fases distintas: limpeza, desinfeção e esterilização. Na primeira fase, é efetuada a remoção de resíduos aparentes, divergindo o método conforme o equipamento em causa. Num segundo momento é materializada a desinfeção para que eventuais bactérias presentes no equipamento transitem para o organismo humano. Por fim, na fase de esterilização, são eliminados todos os microrganismos de forma a garantir a assepsia do material hospitalar e a sua utilização por outro paciente, sem que daí decorram riscos para a sua saúde. (Serviços de Radiologia da Administração Regional de Saúde do Algarve I.P., 2012, p. 7)

De salientar é, ainda, o caso de ser necessária a concretização de uma intervenção cirúrgica a um paciente infetado com o novo coronavírus quando conhecida ou não a positividade do teste. Sempre que não for conhecida a infeção por SARS-CoV-2, por se tratar de uma cirurgia urgente em que não se pode realizar previamente o teste à COVID-19 ou aguardar pelo seu resultado devem ser cumpridas as precauções preconizadas para doentes infetados e cumpridas as regras impostas na orientação nº 007/2020 da DGS, relativa ao Equipamento de Proteção Individual (EPI). (DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE, 2020).

Os blocos operatórios devem ser autonomizados daqueles a que se destinam a doentes não-COVID, os profissionais de saúde não devem ausentar-se da sala ao longo do procedimento para evitar a abertura de portas e consequente exposição a ambiente

⁸⁴ Atendendo ao elevado risco de contração de doenças infecto-contagiosas em ambiente hospitalar, deve ser assegurado um ininterrupto controlo no sentido da manutenção da assepsia da unidade de saúde.

contaminado, devem estar equipados e preparados para a remoção dos EPI's, a intubação traqueal deve ser evitada, mas, se necessária deve ocorrer em ambiente sem pressão positiva de forma a evitar a contaminação de todo o espaço exterior com o inerente risco de infecção dos profissionais e doentes. (DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE, 2020).

Em caso de incumprimento das regras impostas quanto à ventilação dos espaços, à higienização de superfícies e de equipamentos hospitalares pode haver uma responsabilização dos hospitais que não procedam ao seu cumprimento, atendendo ao quadro epidemiológico presentemente vivenciado e desde que dele advenham danos para os pacientes que recorram aos seus serviços, podendo aplicar-se as presunções de culpa estatuídas nos arts. 492.º e 493.º n.º1 CC, dependendo do caso concreto.

Tratando-se de uma infecção que decorra do contacto direto com superfícies cuja higienização e limpeza não hajam sido adequadas e permanentes ou com o ar contaminado do edifício hospitalar, poderá aplicar-se a presunção instituída no art. 492.º CC. Se, por outro lado, o doente contrair a COVID-19 por contaminação de dispositivos/equipamentos médicos será plausível a aplicação da presunção decorrente do n.º1 do art. 493.º CC. Em todo o caso deverá ser concretizada uma minuciosa análise casuística da eventual aplicabilidade das presunções de culpa, ilidíveis no caso de o hospital se eximir da responsabilidade civil, procedendo à prova de que *o quadro infeccioso preexistia ao internamento ou que se deveu, preponderantemente, às condições do próprio paciente – idade, debilidade, desnutrição, utilização de medicamentos imunodepressivos no tratamento, natureza da enfermidade (doenças associadas com diabetes, visitas) – para as quais de nenhum modo contribuiu, ou que adveio de caso fortuito.* (Pereira, Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, 2012, p. 639)

Apesar de a contração de doenças infecciosas em contexto hospitalar ser comum, a mesma pode ser evitável.

No direito brasileiro, o controle da propagação de infeções hospitalares é assegurado pelo Programa de Controle de Infecção Hospitalar (PCIH) e pela Comissão de Controle de Infecção Hospitalar (CCIH), em conformidade ao disposto na Portaria n.º 2.616/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e na Lei 9.431/97. (Guedes & Ribeiro, 2020, p. 109)

No que respeita a este tipo de infeções, alguns autores consideram que a sua verificação é suscetível de ocasionar responsabilidade médica, com o conseqüente ressarcimento dos danos. Contudo, Farias, adota uma perspectiva dissemelhante à elencada, considerando que pelo facto de as infeções hospitalares serem recorrentes invalidam a

aplicabilidade de responsabilidade civil à instituição e ao médico nos seguintes termos: *O certo é que num hospital onde entram dezenas de doentes haverá sempre um risco, apesar de todos os cuidados empregados em qualquer intervenção, por mais simples e trivial que ela seja. Seria injusto, pois, culpar a instituição ou o médico por um acidente inevitável.* (Guedes & Ribeiro, 2020, p. 109)

Já no quadro jurisprudencial é, maioritariamente, assumida uma posição dissemelhante à elencada, devendo os estabelecimentos hospitalares ser responsabilizados pela ocorrência de infeções em contexto de internamento. Neste sentido surge a decisão do Supremo Tribunal de Justiça que determina que *Não se concebe, muito menos se deve tolerar, no estágio atual da medicina, o descuido, negligência ou a incompetência médica e hospitalar às regras de sua arte e finalidade, respectivamente, com isso comprometendo a vida ou a saúde dos pacientes. Tais condutas ou omissões geram, inequivocamente, responsabilidade civil com a recomposição económica, ainda que no mínimo grau de descuro ou culpa, dentro dos limites da lei em face do dano causado aos pacientes.* (STJ - REsp 25.507.0 - MG - 2ª T. - Rel. Min. Américo Luz - DJU 13.02.95) (Guedes & Ribeiro, 2020, p. 110).

A responsabilidade das clínicas e unidades hospitalares, na qualidade de fornecedores de serviços é objetiva, evitando a necessidade de comprovação de culpa em casos cujos danos resultem de infeções hospitalares. (*AgInt noREsp1.653.046/DF, Rel. Ministro MarcoBuzzi, Quarta Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 28/5/2018*). (Guedes & Ribeiro, 2020, p. 110).

Sobre os estabelecimentos hospitalares impende a obrigação de adotarem um conjunto de *ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infeções hospitalares, sobressaindo sua responsabilidade objetiva quando a infecção for adquirida em razão da hospitalização do paciente (Lei 9.431/97).* (REsp 1642307 / RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 18/12/2011). (Guedes & Ribeiro, 2020, p. 110)

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a responsabilidade do hospital por falhas em atos típicos de prestação de serviços hospitalares é objetiva, tais como a contração de infeção generalizada, nos termos do art. 14º do Código de defesa do Consumidor, estando limitada a responsabilidade subjetiva aos atos médicos. (Aglrt nº AREsp 883891/PB, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, quarta turma, julgado em 20/03/2018. DJe 04/04/2018) (Guedes & Ribeiro, 2020, p. 110).

Perante uma situação catastrófica como aquela em que se traduz a pandemia decorrente da galopante propagação do SARS-CoV-2 e o grave problema para a saúde pública daí sobrevivendo, as instituições de saúde públicas respondem objetivamente, sendo bastante a demonstração do nexo de causalidade entre o ato e o dano daí proveniente. Quanto ao profissional de saúde, só lhe será imputada responsabilidade, mediante prova da culpa na sua atuação. Contudo, uma vez demonstrado que procedeu à aplicabilidade de todas as técnicas e meios disponíveis em prol do melhor resultado possível, não haverá lugar a responsabilização do médico. (Guedes & Ribeiro, 2020, p. 111)

4.3.3 A medicina enquanto atividade perigosa: eventual aplicação do art. 493.º n.º 2 CC

No que respeita à possibilidade de a medicina poder ser considerada como atividade perigosa, a doutrina sufragada pela generalidade dos autores defende que, embora a medicina se traduza numa ciência que, só por si, pode comportar alguns riscos, não deverá ser encarada desse modo em toda e qualquer circunstância, pois se assim sucedesse, a atividade médica seria inibida por completo. De ressaltar é o facto de o médico não potenciar o nível de perigo pré-existente, salvo raras exceções, devendo-se, muitas vezes o aumento desse mesmo risco ao estado clinicamente comprovado do paciente. (Vouga, A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos), 2018, p. 70)

No que respeita ao domínio jurisprudencial, o acórdão do STJ, datado de 25 de fevereiro de 2015, determinou que *a actividade de prestação de serviços médicos não se enquadra na previsão do art. 493.º, n.º 2, do CC, prevendo a responsabilidade pelo risco, por tal actividade não ser, na sua essência, genericamente, perigosa, nem por si nem nas suas consequências, devendo, por isso, o que retira proveito daquela sofrer as consequências da sua prática e prová-las, sendo excessiva a presunção de culpa no caso da actividade médica. Isto porque a responsabilidade médica só em situações muito excepcionais se deve considerar excepcionalmente perigosa, o que teria a desvantagem, se fosse de assumir como regra, de conduzir a medicina com efeitos defensivos, trazendo o efeito de retardar o progresso em certas especialidades em prejuízo para o próprio doente, além de conduzir a inqualificáveis repercussões na dignidade pessoal e profissional do médico.* (Vouga, A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos), 2018, p. 71)

Contudo, apesar das afirmações enunciadas, alguns autores consideram plausível a aplicabilidade do disposto no art. 493.º n.º2 CC, à responsabilidade médica, uma vez que, por vezes, em determinadas intervenções, a prática médica envolve o recurso a materiais perigosos, sendo, por isso, *razoável admitir que (...) certas operações de enxerto ou transplantação*⁸⁵, *sobretudo de órgãos, comportam um elevado grau de riscos para a saúde e para a vida do beneficiário, que permitem qualificá-los como perigosos, quer pela sua natureza, quer pelos meios utilizados*⁸⁶. (Vouga, A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos), 2018, pp. 67-68)

Já André Dias Pereira defende que, pese embora a atividade cirúrgica, não se enquadre no âmbito de aplicação do n.º2 do art. 493.º CC, a intervenção poderá fundamentar o recurso àquele regime *pela sua especial periculosidade ou pelo seu carácter inovador ou experimental*. (Vouga, A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos), 2018, p. 68)

A transfusão de sangue foi considerada pelo STJ (Ac. de 13 de março de 2007) como sendo uma atividade perigosa pela própria natureza e pela natureza dos meios implementados para a sua concretização, argumentando que a inversão do ónus de prova permitida pela aplicação do art. 493.º n.º2 CC apresenta como principal consequência a presunção da culpa e da ilicitude, visto a imputação da violação das *leges artis* a que o procedimento devia obediência transformar essa falta num elemento da ilicitude. (Sousa L. F., 2018, p. 19)

⁸⁵ No mesmo sentido, Vera Lúcia Raposo considera que procedimentos especialmente meticulosos como *a realização de operações ousadas, como operações de enxerto e de transplantação de órgãos* podem, perfeitamente, enquadrar-se nos casos especiais previstos no art. 493.º n.º2 CC. (Vouga, A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos), 2018, p. 68)

⁸⁶ Relativamente aos meios empregues na concretização de determinadas intervenções, Antunes Varela, subsume à previsão do n.º2 do art. 493.º CC, os atos médicos nos quais seja imprescindível o recurso a um bisturi elétrico ou a uma incubadora com termóstato estabilizador da temperatura, bem como os danos provindos de um tratamento com ondas curtas, raios x ou de um tratamento dentário com broca. Luís Filipe Sousa defende que são subsumíveis no art. 493.º n.º2 CC *a realização de tratamentos médicos com raios x e ondas curtas; a realização de operações ousadas, tais como operações de enxerto e de transplantação de órgãos (embora aqui exista um regime de responsabilidade objectiva); a utilização de aparelhos de ressonância magnética, de hemodiálise e de incubadoras*. (Vouga, A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos), 2018, p. 68)

A perigosidade de uma transfusão de sangue deriva do facto de este se poder encontrar “contaminado” com doenças transmissíveis através da corrente sanguínea que, naturalmente, se transmitirão para o paciente que dela careça, aquando da sua concretização. Deste modo e procedendo-se a uma analogia entre a concretização de uma transfusão de sangue e a implementação da terapia à COVID-19 através de plasma convalescente que, por sua vez, também comporta a partilha de componentes sanguíneos para que doentes em estado de virulência ativo possam superar a patologia através de anticorpos administrados por via intravenosa provindos de indivíduos recuperados, também aqui será de equacionar a aplicação da presunção de culpa decorrente do art. 493.º n.º 2 CC.

4.4 *Quid juris* quanto à eventual isenção de responsabilidade por simples negligência?

A pandemia oriunda na rápida disseminação do SARS-CoV-2 é representativa de uma situação extraordinária, sem precedentes e que pode, em alguns casos, originar a impossibilidade de imputação da responsabilidade, atendendo à incidência de caso fortuito ou de força maior. (Wesendonck, 2021, p. 106)

Os profissionais de saúde aquando do exercício da sua atividade profissional devem atuar em conformidade aos conhecimentos demonstrados pelos demais prestadores de serviços médicos da mesma especialidade e que atuem em circunstâncias similares. Porém, diante situações de crise, como sucede com o quadro pandémico em que nos encontramos inseridos, a atuação do profissional de saúde será, necessariamente, divergente. (Rosenvald, 2020)

Em circunstâncias “normais” o padrão de atendimento é medido em relação ao modo de atuação dos médicos razoáveis e competentes que exercem as suas funções, aplicando os conhecimentos por si adquiridos em prol dos pacientes que, perante eles, demonstrem sofrer de uma determinada patologia clínica. (Rosenvald, 2020)

Para que os profissionais possam ser responsabilizados é necessária a verificação do nexo causal entre o facto e o dano e, sempre que assim suceda, responderão pelos danos sofridos pelos pacientes aquando da implementação da terapia adequada. (Wesendonck, 2021, p. 107) Contudo, perante a averiguação da eventual responsabilização do profissional de saúde será imprescindível indagar se o dano derivava da conduta do médico/hospital ou se, pelo contrário, terá sido ocasionado por circunstâncias que lhe(s) é(são) alheia(s). (Wesendonck, 2021, p. 107)

A título figurativo pode destacar-se a possibilidade de um cidadão que se dirige a um estabelecimento hospitalar e que, na dependência das suas instalações, acaba contaminado pelo novo coronavírus, procedendo à prova do quadro fáctico exposto. Deste modo, surge a questão de saber se a responsabilidade do hospital poderá ou não ser equacionada. (Wesendonck, 2021, p. 107)

Neste âmbito, a doutrina italiana manifesta curiosidade quanto à responsabilização das unidades hospitalares pelo risco de contração do vírus nas suas instalações. Todavia, esclarece que tal possibilidade poderá comportar elevados custos e, ainda que a atividade encontrasse cobertura através de sistemas de seguros para fazer face aos danos ocorridos, o setor seria abrangido com um elevado número de ações de responsabilidade civil que, por sua vez, desencadeariam uma crise nas seguradoras, com o conseqüente aumento do valor dos prémios e, eventualmente, a exclusão de cobertura. Por este motivo, há quem defenda que a melhor solução para fazer face à crise pandémica seria a criação de um fundo com capacidade de resposta às vítimas que se pretendem tornar indemnes. (Wesendonck, 2021, p. 107)

O contexto é de extrema dificuldade, mas a integral exclusão de responsabilidade em saúde não é de considerar. Mesmo perante um quadro tão excepcional como este, o hospital não deverá beneficiar, nas palavras de Tula Wesendonck, de uma isenção de responsabilidade, uma vez que a disposição legal de que quem causa o dano deve proceder à sua reparação, mantém a sua vigência. (Wesendonck, 2021, p. 107)

Já Nelson Rosenvald, perante um quadro tão atípico como o espoletado pela pandemia, cogitou uma hipotética isenção de responsabilidade por simples negligência, nos seguintes termos (Rosenvald, 2020):

Art. X Dadas as circunstâncias urgentes e dramáticas em que médicos, profissionais de saúde e outros provedores do setor médico precisam prestar serviços, o Estado deve garantir que a partir de 20 de março de 2020 até o final da declaração de emergência esses profissionais não sejam responsabilizados por eventos adversos relacionados ao COVID-19, exceto em casos de grave negligência.

- *1º O mesmo se aplica a outros profissionais e titulares de cargos públicos que tiveram que tomar decisões rápidas e difíceis diretamente relacionadas à crise da COVID-19.*

- *2º Essas isenções não se aplicam ao Estado, que permanece responsável de acordo com o regime específico de responsabilidade existente.*

A proposta legislativa enunciada *in supra* é, efetivamente, imprescindível para fazer face à responsabilidade civil médica em contexto de pandemia, dado que as condições de trabalho dos profissionais de saúde foram alvo de múltiplas alterações, nomeadamente no respeitante ao ambiente em que se encontram e que se terá tornado altamente perigoso, atendendo à elevada probabilidade de contágio por SARS-CoV-2 e à carência de recursos que, por sua vez, desencadaram a célere necessidade de obtenção de mecanismos de esterilização e de tratamento dos pacientes recorrendo à prescrição *off-label*, à utilização de dispositivos médicos para uso não aprovado, bem como de instalações não tradicionais e, por vezes, desprovidas de licença para o efeito. (Rosenvald, 2020)

A lógica normativa deve-se, essencialmente, ao cumprimento do princípio da reciprocidade.

Sempre que a sociedade solicita que alguns dos seus membros corram riscos pessoais ao prestar serviços em prol do interesse público é perfeitamente plausível que a sociedade assuma algumas responsabilidades por eles em troca dos riscos assumidos. (Rosenvald, 2020)

Atendendo à reciprocidade das obrigações será adequado que a sociedade torne diminutos os riscos de responsabilidade exigidos àqueles que, perante uma emergência de saúde pública, se colocam em risco e, também, às suas famílias. Assim sendo, no caso dos profissionais de saúde que se encontram a exercer as suas funções na “linha da frente” no combate à pandemia, deverão ser-lhes concedidos os recursos imprescindíveis à sua proteção e, ainda, a disponibilização dos serviços no caso de adoecerem ou sucumbirem na sequência da execução da sua função – salvar vidas. (Rosenvald & Clemente, 2021) Destarte, no que respeita aos profissionais de saúde que trabalham na “linha da frente” no combate à pandemia, é indispensável a disponibilização dos recursos necessários e adequados⁸⁷ à proteção individual (EPI’s) para que os mesmos não adoçam e não transmitam a doença aos seus familiares/colegas de trabalho com que evidenciem um contacto permanente. (Rosenvald, 2020).

⁸⁷ O direito brasileiro determina, no âmbito do código da ética médica, o direito de os médicos suspenderem as suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não ofereça condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunere digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência. (Rosenvald, 2020)

De salientar que a proposta legislativa em causa não se trata de uma isenção de responsabilidade civil, uma vez que a pandemia proveniente da rápida disseminação do novo coronavírus não comporta uma impossibilidade absoluta, mesmo que transitória, de prestação de cuidados médicos. (Rosenvald, 2020) No entanto, a objetiva alteração de circunstâncias institui a necessidade de uma análise judicial de padrões de conduta profissionais adequada ao quadro de calamidade vivenciado. Deste modo, apesar de a responsabilidade do médico se manter subjetiva, a meticulosa apreciação do cuidado exigível no caso em concreto carecerá de ser adaptado ao panorama excepcional oriundo do advento inesperado da pandemia que assola as nossas vidas há já mais de um ano. (Rosenvald & Clemente, 2021)

No direito brasileiro, com a entrada em vigor da Lei 14.128/21 foi fixado um montante indenizatório (R\$ 50.000,00) de que os profissionais de saúde poderão beneficiar por danos sofridos aquando da “era COVID-19”, em caso de incapacidade permanente ou morte, ao qual poderão acrescer outras verbas em prol dos dependentes. (Rosenvald & Clemente, 2021)

A realidade atualmente vivida é, claramente, detentora de especiais particularidades e, enquanto tal, um paciente que se sinta ofendido pela omissão de cuidados num quadro diverso do decorrente da propagação do novo coronavírus poderá ver a sua pretensão ser satisfeita em contraposição àquilo que lhe pode acontecer em ambiente de crise na saúde. (Rosenvald & Clemente, 2021).

Contudo, as limitações de responsabilidade não serão representativas de uma imunidade absoluta, sendo *os prestadores de cuidados de saúde responsabilizados sempre que os seus atos ou omissões sejam negligentemente grosseiros, discriminatórios ou que intencionalmente violem normas éticas.* (Rosenvald & Clemente, 2021).

Para que a insegurança jurídica seja afastada, pode analisar-se a decisão proferida pelo STF que procedeu à interpretação do art. 2.º da MP 966/20, excluindo da sua interpretação quaisquer elementos que possam violar os deveres de proteção à vida e à saúde das pessoas, tendo o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, determinado que na qualificação de erro grosseiro devem ser tidos em consideração *critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas, bem como dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção*, não ficando, contudo, o médico desobrigado de atuar em conformidade a normas formuladas por especialistas e com base em evidências científicas. (Rosenvald & Clemente, 2021)

A doença em que se traduz a COVID-19 foi declarada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como sendo um quadro de emergência de saúde no dia 30 de janeiro de 2020, iniciando-se, desta forma, a “primeira era COVID”, com a consequente determinação de medidas de combate à pandemia. Já a “segunda era” é demarcada pela análise do impacto das diferentes estirpes do vírus SARS-CoV-2 e do sucesso da vacinação a implementar nas diferentes faixas etárias. (Rosenvald & Clemente, 2021).

Por força do grau de transmissibilidade e patogenicidade das novas estirpes de SARS-CoV-2 é justificável o surgimento de novos casos identificados nos diferentes países.

Independentemente da causa, o colossal aumento do número de infetados é, direta ou indiretamente, refletido na realidade hospitalar, nomeadamente na redução significativa do número de vagas nas unidades de cuidados intensivos (UCI), a escassez de equipamentos, a carência de profissionais qualificados para a complexidade dos casos que acabam por desencadear o colapso do sistema. (Rosenvald & Clemente, 2021)

A sobrelotação dos hospitais associada à insuficiência de recursos humanos e à exaustão dos que se encontram na “linha da frente” têm justificado a redução do número de profissionais disponíveis para enfrentar a pandemia, tendo, grande parte dos médicos e demais profissionais de saúde especialistas em determinada área sido mobilizados para fazer face ao problema de saúde pública que vivenciamos. (Rosenvald & Clemente, 2021)

No Perú, desde que foi declarado Estado de Emergência, o Ministério da Saúde, terá imposto uma série de protocolos⁸⁸, guias e alinhamentos para a prevenção, diagnóstico e tratamento de casos de COVID-19, as quais vão sofrendo constantes modificações, perante a evolução do conhecimento científico. (Garrido, 2020)

No contexto da COVID-19, ao médico será imputada a responsabilidade civil no caso de a sua atuação ser desconforme aos protocolos médicos estabelecidos, bem como à evolução da ciência que, *in casu*, se encontra em permanente atualização. Por este motivo, para que o clínico possa atuar em consonância com as *leges artis*, carecerá de uma constante preparação e atualização de conhecimentos. (Garrido, 2020)

⁸⁸ A Resolução Ministerial 193-2020-MINSA procedeu à aprovação do protocolo intitulado “Prevención, diagnóstico y tratamiento de personas afectadas por COVID-19 en el Perú”

Face à situação excecional, a prática de um ato médico de forma negligente deve ser analisada não só com base nas *leges artis*, mas também as circunstâncias do caso em concreto. (Garrido, 2020)

Em contexto hospitalar, o risco de contágio por SARS-CoV-2 é iminente e, enquanto tal, alguns estabelecimentos de saúde estarão a recorrer ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), através do qual dão a conhecer ao doente o risco de contágio pelo novo coronavírus, bem como a possível morosidade no tratamento, sendo que, em momento precedente ao advento da pandemia o mesmo documento era o meio através do qual o médico informava o paciente dos possíveis resultados do tratamento face à patologia diagnosticada, no sentido de obter o consentimento do paciente quanto à utilização da terapêutica em causa que, por sua vez, seria o meio adequado de salvaguarda legal do profissional de saúde. Não nos esqueçamos, porém, que, ainda assim, a validade do TCLE é meramente relativa já que a sua função é meramente informativa e que o paciente não tem alternativa, incumbindo ao médico atuar de forma a atender aos direitos do paciente. (Guedes & Ribeiro, 2020, p. 112)

A responsabilidade civil do profissional médico é subjetiva, dependendo da prova da culpa, cujo conceito *está fundamentado, única e exclusivamente, na previsibilidade do resultado*, motivo pelo qual a inovação da culpa médica no decurso da pandemia evidencia ser inviável, sendo perfeitamente plausível a aplicabilidade das regras vigentes até então. (Guedes & Ribeiro, 2020, pp. 112-113)

A saúde é um direito constitucionalmente consagrado e, enquanto tal, a pandemia não representa um contexto limitador da aplicabilidade da obrigação indemnizatória do médico sempre que haja um inadimplemento de obrigações que sobre ele impendem. (Guedes & Ribeiro, 2020, p. 113)

De salientar que, a nível jurisprudencial é, ainda, desconhecido o rumo a assumir face ao quadro pandémico vivenciado no nosso quotidiano e às delicadas situações que os profissionais de saúde carecem de enfrentar diariamente no seu ambiente de trabalho. Contudo, para uma decisão adequada deverá ser feita a ponderação dos requisitos da culpa médica, bem como das condições científicas e sanitárias no momento da ocorrência do facto, com o intuito de alcançar a tutela do direito à saúde sem, no entanto, punir indevidamente os profissionais de saúde. (Guedes & Ribeiro, 2020, p. 113)

Em suma, face à pandemia desencadeada pelo aparecimento do novo coronavírus há autores que consideram que a mesma não constitui um facto superveniente capaz de desencadear a relativização da responsabilidade subjetiva do médico perante a

possibilidade de contração do vírus em contexto hospitalar, dado que o regime vigente é suficientemente abrangente para abarcar o caso fictício em causa. Para além disso e apesar das dificuldades sentidas pelos profissionais de saúde em atender os pacientes, tal circunstancialismo não afasta o dever que sobre eles impende de atendimento adequado com zelo e cautela, sendo a responsabilidade civil dos mesmos aplicável apenas quando atuem de forma negligente. Enquanto tal e sendo proposta ação em tribunal, deverá o magistrado proceder à análise casuística da situação de forma a identificar a vulnerabilidade ou não do paciente e do médico. (Guedes & Ribeiro, 2020, pp. 113-114)

A ciência médica ocupa, indubitavelmente, uma posição de poder, em contraposição ao paciente que, por sua vez, se encontra numa posição de fragilidade. Todavia, o espoletar da pandemia oriunda na disseminação do novo coronavírus, foi representativo da falibilidade e vulnerabilidade da medicina enquanto ciência. (Silva & Rosa, 2020, p. 1369)

A autonomia do indivíduo é alcançada quando o mesmo não se encontra sob a influência de fatores que possam, por qualquer meio, influir nas suas decisões. Assim sendo, é possível deduzir-se que o médico ficará privado da sua autonomia perante um quadro pandémico, uma vez que não pode deixar de prestar cuidados aos pacientes que deles careçam, *mesmo que se depre com a sua vulnerabilidade natural diante a finitude da sua vida e daqueles que lhe são próximos*. (Silva & Rosa, 2020, p. 1369)

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, no seu art. 8.º, consagra o princípio do respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal ao instituir que *na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa*. (Silva & Rosa, 2020, p. 1369)

Aquando do exercício da sua atividade, os profissionais de saúde carecem de enfrentar as suas fragilidades perante o outro, para dele poderem cuidar, sendo esta uma árdua tarefa quando o contexto é altamente exigente e detentor de inúmeras inseguranças, de que serve de exemplo a pandemia COVID-19. Deste modo, a consagrada assimetria entre o paciente e o profissional de saúde deverá ser relativizada perante quadros disfuncionais como o pandémico. (Silva & Rosa, 2020, pp. 1370-1372)

Hodiernamente, os profissionais de saúde evidenciam uma acentuada vulnerabilidade pelo facto de se encontrarem expostos a um vírus altamente contagioso,

desconhecido e suscetível de desencadear a morte daqueles que o contraem, contexto no qual os médicos e demais prestadores de cuidados de saúde se inserem. (Silva & Rosa, 2020, p. 1372)

Para além do risco de perda da vida, os profissionais de saúde convivem, diariamente, com o temor das repercussões que da contração do vírus podem provir, sentimento esse que pode fomentar o surgimento de doenças do foro mental, sobretudo quando a sensação de medo assume carácter persistente no quotidiano. (Silva & Rosa, 2020, p. 1372)

De entre as patologias do foro mental, a que mais se destaca é a Síndrome de Burnout, a qual deriva de um quadro de exaustão física, emocional e/ou mental devido, essencialmente, ao acúmulo de stress no trabalho e que, por sua vez, pode originar perda de empatia e de amor pela atividade laboral desempenhada. (Silva & Rosa, 2020, p. 1372)

Viver acoplado a sensações que, não raras vezes, se aglutinam à angústia e a uma profunda tristeza, não é tarefa fácil e, enquanto tal, comparativamente a situações ditas “normais”, os profissionais de saúde encontrar-se-ão muito mais vulneráveis. Por esse motivo se entende que, para com os profissionais de saúde devem ser desenvolvidas manifestações de solidariedade, sendo, a ação mais assertiva para o efeito, o cumprimento (quando imposto) do isolamento social, já que esta é a única forma de impedir a proliferação do SARS-CoV-2 e potenciar a diminuição da vulnerabilidade dos profissionais de saúde, uma vez que estes também são pessoas que podem possuir comorbilidades ou ser familiares de pessoas que se podem inserir nos grupos de risco, de acordo com as recomendações emanadas pela DGS. (Silva & Rosa, 2020, pp. 1372-1373)

Perante um contexto pandémico, os profissionais de saúde carecem de uma maior tutela fundada na acrescida vulnerabilidade por ele despoletada. Contudo, ainda assim, perante o ocorrência de erros, os médicos podem ser judicialmente processados, com a consequente condenação no ressarcimento dos danos sofridos pelo paciente quando, por parte do médico, haja uma atuação imprudente, negligente ou imperita. (Silva & Rosa, 2020, p. 1378)

Aquando da explanação do regime geral, fora afirmado que a prudência, diligência e perícia são aferidas com base na conceção do *comportamento médio esperado de todo o médico, o chamado comportamento do homo medius, que representa o homem médio em geral, neste caso, o homem médio com a qualidade da formação em medicina.* (Silva & Rosa, 2020, p. 1378)

Assim sendo, é necessário refletir acerca da ideia de *homo medius* em contexto

pandémico para que se possa aferir quem será considerado médico razoável perante uma situação *sui generis* como a proveniente de uma pandemia oriunda num vírus letal e altamente contagioso. (Silva & Rosa, 2020, p. 1378)

A COVID-19 mitigou a autonomia dos profissionais de saúde e, enquanto tal, deve ser concretizada uma reflexão em torno dos critérios que possam ser determinantes para a qualificação de uma conduta como sendo culposa, uma vez que a impetuosa aplicação do regime geral da responsabilidade civil médica seria injusta pelo facto de os profissionais de saúde se encontrarem inseridos numa tumultuosa realidade demarcada pela falta de recursos, pelo desgaste físico e psicológico, solidão, privação de sono e demais situações limítrofes do quotidiano que, inevitavelmente, irão influir na prática profissional que se vislumbra menos acurada. (Silva & Rosa, 2020, p. 1379)

Perante situações limite como a decorrente de uma pandemia, é natural que o profissional de saúde se encontre menos displicente e que, por essa razão, tome decisões que possam ser representativas de condutas menos sensatas ou que não procedam ao integral cumprimento do estatuído nas normas técnicas. (Silva & Rosa, 2020, pp. 1379-1380)

A pandemia surgiu de forma inusitada e, enquanto tal, para que a ciência possa fazer face à realidade todos estão a desenvolver estudos e métodos com o intuito de converter um vírus epidémico num vírus endémico, devendo todo esse esforço ser ponderado aquando de um eventual litígio já que os mesmos se deverão, essencialmente, a situações de erro de diagnóstico, de um resultado incontável ou de imprevisível acidente oriundos *de uma situação grave e inexorável, ou seja, da própria evolução da moléstia, a qual a ciência médica, no estágio de desenvolvimento que se encontra, não dispõe de meios para contornar ou impedir*. Destarte, é possível inferir que, perante um quadro pandémico e todas as dificuldades dele provenientes, deverá ser concretizada uma responsabilização empática, humanizada que fomente a cidadania e, acima de tudo, que proceda à avaliação do estado físico e psíquico dos profissionais de saúde, uma vez que, são eles que, diariamente, enfrentam a COVID-19, as mortes dela decorrentes, os pacientes e familiares, sendo, por esse motivo, os mais lesados e, em simultâneo, indispensáveis para que vidas humanas possam ser salvas. (Silva & Rosa, 2020, p. 1380)

No entanto, apesar de haver posições divergentes, com base no que fora exposto *in supra*, é possível inferir que *a ratio* da proposta legislativa desenvolvida por Nelson Rosenvald se deve ao facto de o princípio da culpa ser representativo de um grande ónus para o profissional em concreto e de, por esse motivo, procurar proporcionar-lhe maior

proteção, uma vez que, perante um quadro pandémico a capacidade de resposta no que respeita à concretização de um correto diagnóstico e implementação de terapêuticas adequadas ao estado clínico do paciente se torna diminuta. Nesta sequência e, fazendo o dogma da culpa pouco sentido, poderia ser adotado um sistema alternativo como o que vigora nos países escandinavos ou ser dada preferência (visto ser menos ambicioso) a um sistema similar ao Francês ou Belga.

Encontrando-se, nas palavras de André Dias Pereira, a responsabilidade médica numa época de “crise no sistema de culpa”, o processo instaurado pelo paciente será um processo moroso, dispendioso e com uma probabilidade de sucesso muito incerta, ao que acresce o facto de depois de desencadeado o processo judicial, não poder contar com o auxílio do clínico que lhe prestara cuidados de saúde, já que este assumirá a posição de “réu” ou mesmo de “arguido”. Deste modo, o paciente ficará incumbido de encontrar todos os meios de prova com o intuito de convencer o pleito de que o ato ilícito e culposo praticado efetivamente foi a causa dos danos que sofrera. Para tal e não raras vezes, o doente recorre à prova pericial que, por sua vez, “na opinião da doutrina autorizada, tantas vezes se refugia no “muro do silêncio”, dificultando, assim, o esclarecimento dos factos. (Pereira, 2012, pp. 727-728)

Assim sendo, a relação médico/paciente é claramente afetada, sofrendo o médico de um grave estigma associado ao processo de responsabilidade profissional. (Pereira, 2012, p. 728)

No domínio da responsabilidade médica, têm sido levantadas hipóteses de ser implementada uma mudança do sistema, baseada nos exemplos positivos provenientes do direito comparado, principalmente o decorrente dos países escandinavos (Suécia, Finlândia, Noruega, Dinamarca e Islândia) ou, de forma mais mitigada, o movimento provindo da França e da Bélgica. (Pereira, 2012, p. 737)

Em matéria de compensação de danos no sistema de saúde, os países escandinavos consagram o sistema “no blame”. (Pereira, 2012, p. 737)

Na Suécia, por força de um relatório que fora elaborado no ano de 1950 por Ivar Strahl, que propunha uma reforma do direito da responsabilidade civil, em 1962 foi aprovada a lei do “Seguro Geral” que, embora com alterações, mantém a sua vigência. Todavia, foi em 1975 que se operou a mais importante reforma do direito da responsabilidade civil, com o desenvolvimento de um sistema para pacientes baseado num acordo voluntário, o qual, por sua vez, foi legalizado no ano de 1996 e importado pelos demais países escandinavos. Naquele ano (1975), as unidades de saúde procederam à

criação de um seguro *no-fault* em favor dos lesados e que pode ser por eles utilizado em alternativa às regras da responsabilidade civil. Este é um regime informal e simplificado, por via do qual se segue a via administrativa (e não judicial), sendo a “queixa” apresentada em formulário próprio⁸⁹ e cujo primordial objetivo se traduz na pretensão de solucinar casos duvidosos na tradicional responsabilidade civil ou em que a prova fosse especialmente difícil. (Pereira, 2012, p. 739)

Com o preenchimento daquele formulário, o médico e o hospital/clínica ficam dispensados do dever de confidencialidade quanto à comissão de avaliação com o intento de possibilitar o integral esclarecimento dos factos. Após a perícia médica, se a “queixa” for devidamente fundamentada, será calculado o montante indemnizatório. (Pereira, 2012, p. 740)

Neste sistema, o acesso à compensação do dano não depende de uma atuação culposa do lesante. Deste modo, o dano iatrogénico evitável pode ser ressarcível com base na regra do especialista⁹⁰, na regra do equipamento⁹¹ ou na regra da alternativa⁹². (Pereira, 2012, p. 741)

Em certos casos, como por exemplo, o dano sobrevivendo de uma infeção nosocomial ou perante uma considerável desproporção entre o diminuto risco de uma determinada terapia e o dano decorrente da sua implementação, o dano iatrogénico inevitável pode ser ressarcido. (Pereira, 2012, p. 741)

De referir que o seguro de paciente apenas abrange os danos que resultem na sua morte, que impliquem um internamento superior a 10 dias, que desencadeiem uma incapacidade permanente, uma incapacidade para o exercício da atividade profissional superior a 30 dias ou da qual derive uma elevada limitação das funções corporais. (Pereira, 2012, p. 741)

⁸⁹ O preenchimento e entrega da “queixa” formulada pelo paciente é causa de suspensão do prazo prescricional e, enquanto tal, o paciente não verá o seu direito de recorrer a tribunal ser afastado. (Pereira, 2012, p. 740)

⁹⁰ A regra do especialista consiste na presunção de que se os melhores e mais especializados cuidados médicos houvessem sido prestados, o dano não se teria verificado. (Pereira, 2012, p. 741)

⁹¹ A regra do equipamento é aplicável sempre que os danos ocasionados ao paciente derivem do uso de um equipamento/instrumento médico que não se apresente nas melhores condições de uso por razões de defeito ou de avaria. (Pereira, 2012, p. 741)

⁹² A regra da alternativa vigora quando, face a terapia implementada, exista outra igualmente eficaz no tratamento do paciente e, com a qua, se poderia evitar o dano que fora produzido. (Pereira, 2012, p. 741)

Sempre que haja obrigação de indemnizar aplicar-se-ão as regras da responsabilidade civil. Em caso de morte, a indemnização procederá ao ressarcimento das despesas decorrentes das cerimónias funebres e demais custos advindos do falecimento do familiar, nomeadamente no que respeita à perda de alimentos. (Pereira, 2012, p. 742)

O sistema adotado na Suécia potencia a confiança, não desencadeia a estigmatização do médico e o princípio da independência deste profissional de saúde, bem como a sua dedicação à ciência médica são reforçados, em similitude ao que sucede com a atenção humanizada ao paciente. (Pereira, 2012, p. 743)

No que concerne aos sistemas belga e gaulês, é possível destacar que no primeiro fora adotado o sistema proveniente do direito francês, ou seja, um sistema alternativo, uma vez que é disponibilizada ao lesado a possibilidade de recorrer ao tradicional regime da responsabilidade civil fundada na culpa ou a um “fonds des accidents” que engloba o “accident médical sans responsabilité”, de entre outras situações, como sejam os danos resultantes de instrumentos e as infeções nosocomiais, sendo certo que o mesmo só será indemnizável se for suficientemente grave. (Pereira, 2012, pp. 747-748) Já no direito francês, com a reorganização do sistema da responsabilidade médica e da reparação dos pacientes em caso de acidente médico, foi criado um procedimento de regulação amigável⁹³, unido a um procedimento de peritagem⁹⁴ e de um sistema de indemnização dos lesados⁹⁵. (Pereira, 2012, p. 746)

No que respeita à indemnização, é relevantes estabelecer a destrição entre os casos em que há culpa médica daqueles em que se verifica a álea terapêutica. No primeiro caso, sempre que as comissões regionais considerem que o dano é suscetível de ocasionar a responsabilidade médica, a seguradora fará uma oferta ao lesado com o intento de proceder à reparação dos danos cujo limite se traduz no *plafond* acordado. Se o lesado manifestar a

⁹³ No procedimento amigável, o paciente, num primeiro momento, solicita ao clínico que lhe prestara cuidados esclarecimento acerca das circunstâncias em que ocorreram e as causas do dano sofrido. Uma efetuada a recolha de informação, dirigir-se-á a uma comissão regional de conciliação e indemnização de acidentes médicos, das infeções nosocomiais e afeções iatrogénicas, as quais são presididas por um juiz e compostas por representantes de pessoas doentes, por profissionais de saúde, responsáveis do sistema de saúde e, ainda, por membros do gabinete nacional de indemnização das companhias de seguros. (Pereira, 2012, p. 746)

⁹⁴ Para que o procedimento de peritagem tenha lugar, é imprescindível a seleção de um perito de entre os que constam em lista nacional. (Pereira, 2012, p. 746)

⁹⁵ As vítimas serão indemnizadas mediante a autoridade do ONIAM. (Pereira, 2012, p. 746)

sua discordância poderá recorrer aos tribunais para determinação do montante indemnizatório e, se a oferta efetuada pela seguradora for manifestamente insuficiente, terá que proceder ao pagamento da justa quantia acrescida de 15% ao ONIAM. Se, por outro lado, a seguradora se remeter ao silêncio ou se recusar de forma explícita à concretização da oferta ou se o lesante não for tomador de seguro, o office substitui a seguradora e, após proceder ao pagamento do montante indemnizatório tem o direito de se subrogar aos direitos da vítima. Se assim suceder, a seguradora ou o responsável pelos danos, a título sancionatório, pagarão mais 15% ao office. (Pereira, 2012, p. 747)

Tratando-se de áleas terapêuticas das quais resultem uma incapacidade para o trabalho superior a 6 meses ou danos representativos de uma incapacidade superior a 25% de incapacidade permanente, o office faz uma proposta à vítima para que a integral reparação dos danos seja assegurada. Contudo, caso esta não aceite, terá à sua disposição a via judicial. (Pereira, 2012, p. 747)

Por fim, mas não menos importante, é de ressaltar que hierarquicamente acima do direito nacional se encontra o direito convencional/internacional do qual, foi feita a transposição, para o ordenamento jurídico português, da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina que institui, no art. 18.º, a reparação equitativa de um dano injustificado que seja causado ao paciente. Desta forma, o direito à indemnização é um direito humano que, por esse motivo, deveria beneficiar dos três pilares da responsabilidade: institucionalização e objetivação da responsabilidade e resolução alternativa de litígios. (Pereira, 2020).

5. Conclusão

Após a concretização de rigorosas pesquisas bibliográficas e eletrônicas, a aluna diligenciou cumprir todos os objetivos a que se propôs e que se encontram enunciados na introdução. Destarte, é possível, quanto ao exposto no capítulo um, mencionar que qualquer erro que haja sido cometido pelo profissional de saúde no momento de prestação de auxílio ao paciente deve ser entendido como erro profissional, assumindo o mesmo relevância quando sobre o autor possa impender o dever de indenizar o lesado.

De salientar que, o erro médico, é suscetível de assumir duas grandes modalidades: o erro de diagnóstico e o erro de tratamento, sendo o primeiro tão ou mais grave do que o segundo, dada a sua aptidão para fazer despoletar lesões ou a morte do paciente, assumindo, deste modo relevância em termos de responsabilidade civil do médico.

Quanto à responsabilidade civil médica foi possível inferir que, tratando-se de circunstâncias normais, para que os profissionais de saúde possam ser responsabilizados é necessária a verificação dos pressupostos instituídos no regime geral da responsabilidade civil: facto voluntário do agente, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre este e o facto praticado, podendo a responsabilidade médica traduzir-se numa responsabilidade contratual ou extracontratual.

Todavia, uma vez verificada uma situação excecional como a pandemia que assolou as nossas vidas, a responsabilidade civil do profissional deverá beneficiar de uma diferente ponderação, uma vez que o dano poderá sobrevir de circunstâncias que lhes são alheias. Deste modo, e respondendo à questão formulada na introdução – Serão os tempos de pandemia suscetíveis de desencadear uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência? Se sim, em que termos? – é possível afirmar que perante um quadro em que a incerteza científica quanto à melhor terapia a implementar impera e face às carências em período de grande afluência às unidades hospitalares, deverá ser adotado um regime de análise da culpa menos rigoroso comparativamente ao imposto pelo regime geral. Assim sendo, apenas o erro grosseiro e indesculpável permitirá a responsabilização dos profissionais em circunstâncias absolutamente excecionais como a atualmente vivenciada,. Tal perspectiva deve-se ao facto de a sociedade dever reconhecer o esforço sobre-humano com riscos para a sua saúde (v.g. síndrome de burnout, contração da COVID-19) dos profissionais que atuam na “linha da frente” no combate à pandemia, mesmo desprovidos de orientações clínicas comprovadas, em infindáveis turnos laborais e, algumas vezes, privados do acesso a equipamentos de proteção individual seguros, instituindo-se, por esse motivo, uma compensação que se traduz na aceitação das falhas

que são inevitáveis devido à pressão exercida sobre os estabelecimentos hospitalares e sobre os profissionais de saúde e que, num contexto diverso, seriam, reprováveis.

Destarte e atendendo às ilações mencionadas in supra deverá efetivamente, isentar-se o profissional de saúde de responsabilidade aquando da ocorrência de erros por simples negligência, uma vez que o exercício da medicina em situações de crise não pode ser igual à prática da atividade em períodos que não comportam uma crise na saúde e, enquanto tal, deverá, apesar da manutenção da responsabilidade subjetiva do médico, ser dado lugar a uma avaliação casuística do cuidado razoavelmente exigível adaptada ao quadro de exceção. De salientar é, contudo, o facto de a isenção de responsabilidade não ser e não poder ser plena, mantendo-se a responsabilização dos profissionais de saúde aquando da prática de atos ou omissões desrespeitosos, discriminatórios, praticados sob negligência grosseira ou que, intencionalmente, sejam representativos de uma violação de normas éticas.

Isto posto é imprescindível mencionar que, no decurso da elaboração do presente trabalho foram sentidas algumas dificuldades, designadamente no que respeita à recolha bibliográfica, visto, a nível nacional, terem sido impostas medidas de segurança que se traduziram no encerramento de estabelecimentos públicos e limitações quanto à liberdade de circulação entre concelhos, acrescida da necessidade de marcação prévia no acesso a bibliotecas, devido não só ao afluxo de pessoas o que, inevitavelmente atrasa todo o processo para que se evitem aglomerados populacionais, bem como a limitação de horas para consulta de documentos e, ainda, a necessidade de após a mesma, os manuais carecerem de um período de quarentena prévio à entrega ao utilizador subsequente. Para além disso, é importante referir que, apesar de o período ser claramente atípico, se procurou ao longo do presente projeto académico proceder a uma análise crítica, reflexiva e comparativa dos autores enunciados, o que tornou o trabalho mais desafiante e enriquecedor de um ponto de vista conceptual e pessoal.

Bibliografia citada

- Ali, S. A., Baloch, M., Ahmed, N., Ali, A. A., & Iqbal, A. (23 de Fevereiro de 2020). The outbreak of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)—An emerging global health threat. *Journal of Infection and Public Health*, 644-646. Fonte: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32199792/>
- Almeida, E., & Silva, T. (03 de 2021). SARS-CoV-2: comparação dos diferentes testes de diagnóstico laboratorial - uma revisão adaptada à realidade portuguesa. *Higeia*, pp. 9-17. Fonte: http://revistahigeia.ipcb.pt/artigos_ed_covid/02_SARS_CoV_2_Comparacao_dos_diferentes_testes_de_diagnostico_laboratorial_Uma_Revisao_adaptada_a_realidad_e_Portuguesa.pdf
- Almeida, L. D. (s.d.). *Medicamentos off label em oftalmologia. Implicações ético jurídicas*. Acesso em 15 de 11 de 2020, disponível em Assuntos de Bioética e Direito Biomédico da Sociedade Portuguesa de Oftalmologia: softalmologia.pt/wp-content/uploads/2014/03/LEONOR%20ALMEID_Medicamentos_off_label.pdf
- Andersen, K. G., Rambaut, A., Lipkin, W. I., & Garry, E. C. (Abril de 2020). The proximal origin of SARS-CoV-2. *Nature Medicine*, 26, pp. 450-452. Fonte: <https://www.nature.com/articles/s41591-020-0820-9>
- Araújo, J. M. (2017). *Consentimento informado e a responsabilidade civil nos ensaios clínicos*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC, Direito, Coimbra. Acesso em 1 de setembro de 2021, disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84167/1/Tese.pdf>
- Barbosa, M. M. (2021). *Direito (civil) em tempos de pandemia*. Coimbra: Gestlegal.
- Campos, J. D. (2003). *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*. Coimbra: Almedina.
- Cardoso, L. A. (2014). *Uso off-label de medicamentos*. Dissertação de Mestrado, Universidade Fernando Pessoa, Ciências Farmacêuticas, Porto. Fonte: https://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/4879/1/PPG_20098.pdf
- CEJ. (2013). *Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*. Lisboa: CEJ. Acesso em 2020, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoSaude/Curso_Complementar_Direito_Saude.pdf

- Comité Científico para la Seguridad Transfusional (CCST). Ministerio de Sanidad y Política Social. . (26 de março de 2020). *Recomendaciones para la obtención de plasma de donantes convalecientes de covid-19*. Acesso em 18 de 12 de 2020, disponível em Ministério de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/COVID-19_RecPlasma_donantes.pdf
- Cordeiro, A. M. (2017). *Tratado de Direito Civil Português II*. Coimbra: Almedina.
- Costa, M. J. (2009). *Direito das Obrigações* (12ª ed.). Coimbra: Almedina. Acesso em 2019
- Departamento de Gestão e incorporação de tecnologias e inovação em saúde - DGITIS/SCTIE. (1 de abril de 2020). *Utilização de plasma convalescente para Tratamento de COVID-19*. Acesso em 30 de 04 de 2021, disponível em Ministério da Saúde: docs.bvsalud.org/biblioref/2020/05/1096174/plasmaconvalescente-covid19.pdf
- DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE. (09 de 03 de 2020). *Direção Geral da Saúde*. Acesso em 04 de 01 de 2021, disponível em Orientações: covid19.min-saude.pt/wp-content/uploads/2020/06/i026411.pdf
- DIREÇÃO GERAL DE SAÚDE. (16 de 03 de 2020). *Normas*. Acesso em 22 de 03 de 2021, disponível em Direção Geral de Saúde: covid19.min-saude.pt/wp-content/uploads/2021/02/I027197.pdf
- Dossier: Origem e dispersão pandémica do coronavírus SARS-CoV-2, causador da COVID-19 (atualizado)*. (8 de abril de 2020). Acesso em 22 de novembro de 2020, disponível em Instituto de Higiene e Medicina Tropical Universidade Nova de Lisboa: <https://www.ihmt.unl.pt/origem-e-dispersao-pandemica-do-coronavirus-sars-cov-2-causador-da-covid-19>
- Farela, H. F. (Janeiro de 2016). O contrato de prestação de serviços médicos (treatment) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu). *Julgar*, 1-31. Acesso em setembro de 2020, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/01/20160126-ARTIGO-JULGAR-O-contrato-de-presta%C3%A7%C3%A3o-de-servi%C3%A7os-m%C3%A9dicos-Helga-Farela.pdf>
- Ferreira, A. E. (1 de fevereiro de 2016). Saúde Mental, incapacidade e responsabilidade civil por factos ilícitos. Breve reflexão. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº4, pp. 108-139.

- Ferreira, M. S. (2015). *Da Responsabilidade Civil do Médico por falta de consentimento informado*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade do Minho, Braga. Acesso em 2020, disponível em file:///C:/Users/wrt%20pnf/Desktop/MESTRADO/TESE/Mara%20Sofia%20da%20Silva%20Ferreira.pdf
- Filho, S. C. (2015). *Programas de Responsabilidade Civil* (12^a ed.). São Paulo: Atlas.
- Garrido, C. F. (23 de outubro de 2020). *La responsabilidad civil médica ante la COVID-19*. Acesso em 22 de dezembro de 2020, disponível em Enfoque Derecho: <https://www.enfoquederecho.com/2020/10/23/la-responsabilidad-civil-medica-ante-la-covid-19/>
- Gbinigie, J. D. (14 de abril de 2020). *The Centre for Evidence-Based Medicine*. Acesso em 21 de setembro de 2020, disponível em Lopinavir/ritonavir: A rapid review of effectiveness in COVID-19: <https://www.cebm.net/covid-19/lopinavir-ritonavir-a-rapid-review-of-the-evidence-for-effectiveness-in-treating-covid/>
- Gomes, Á. d. (2000). Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos. *Direito e Justiça*, 14, Tomo 3, 161-252. Acesso em 10 de dezembro de 2020
- Guedes, C. A., & Ribeiro, J. C. (2020). Infecção de paciente pelo COVID-19 nas dependências do hospital: uma análise sobre a possibilidade da relativização da responsabilidade civil do médico. *Revista online Fadivale (Edição Especial)*, pp. 97-118. Fonte: fadivale.com.br
- Horster, H. E. (2014). *A Parte Geral do Código Civil Português*. Coimbra: Almedina. Acesso em 2020
- Hu, B., Guo, H., Zhou, P., & Shi, Z.-L. (2020). Characteristics of SARS-CoV-2 and COVID-19. *Nature Reviews Microbiology*, 141-154. Fonte: <https://www.nature.com/articles/s41579-020-00459-7.pdf>
- Jackson, E. (2013). *Medical Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford: Oxford University Press.
- Jorge, F. P. (1999). *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina.
- Jornal de Notícias. (9 de agosto de 2021). Novo Medicamento curou 93% de doentes graves com COVID-19 em cinco dias. *Jornal de Notícias*. Fonte: <https://www.jn.pt/mundo/novo-medicamento-curou-93-de-doentes-graves-com-covid-19-em-cinco-dias-14017801.html>

- Junior, R. R. (1995). Responsabilidade Civil do Médico. *Revista dos Tribunais, Volume V*, 508-540. Fonte: http://www.ruyrosado.com/upload/site_producaointelectual/130.pdf
- Kumar, S., Maurya, V. K., Prasad, A. K., Bhatt, M. L., & Saxena, S. K. (2020). *Structural, glycosylation and antigenic variation between 2019 novel coronavirus (2019-nCoV) and SARS coronavirus (SARS-CoV)*. Relatório Científico, Faculty of Medicine, King George's Medical University (KGMU), Department of Centre for Advanced Research (CFAR), Índia. doi:10.1007/s13337-020-00571-5
- Malik, Y. S., Sircar, S., Bhat, S., Sharun, K., Dhama, K., Dadar, M., . . . Chaicumpa, W. (27 de fevereiro de 2020). Emerging novel coronavirus (2019-nCoV) - current scenario, evolutionary perspective based on genome analysis and recent developments. *Veterinary Quarterly*, pp. 68-76. doi:10.1080/01652176.2020.1727993
- Monteiro, A. P. (1999). *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina.
- Monteiro, A. P. (2011). *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina.
- Moraes, I. N. (2003). *Erro médico e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Neto, E. F. (2020). Responsabilidade médica em tempos de pandemia: precisamos de novas normas? *IBERC*, 93-124. Acesso em 13 de 12 de 2020, disponível em https://www.researchgate.net/publication/343094715_Responsabilidade_medica_em_tempos_de_pandemia_precisamos_de_novas_normas
- Nunes, M. R. (2001). *Da Responsabilidade Civil por atos médicos - alguns aspectos*. Universidade Lusíada , Direito, Lisboa.
- Oliveira, G. d. (2005). *Temas de Direito da Medicina*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Oliveira, N. M. (2019). *Ilicitude e Culpa na Responsabilidade Médica*. Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Acesso em 2020 de setembro de 1, disponível em <https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/imateriais-para-o-direito-da-sa%C3%BAde-ilicitude-e-culpa-na>
- Pedro, R. T. (2009). *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora. Acesso em 2020

- Pereira, A. G. (2007). Breves notas sobre a Responsabilidade Médica em Portugal. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 11-22. Fonte: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4115/1/5%20-%20Breves%20notas%20sobre%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica%20em%20Portugal.pdf?ln=eng>
- Pereira, A. G. (2012). *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Pereira, A. G. (10 de maio de 2020). Prescrição médica "off-label" e Covid-19: uma reflexão ético-jurídica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana n° 12 bis*, pp. 136-143. Fonte: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/06/2020_06_22-direito-covid-19-ppgd-artigos_e_ensaios-actualidad_juridica_iberamericana.pdf
- Pereira, A. G. (2020). *Responsabilidade Médica e a Pandemia COVID-19*. Fonte: <https://crlisboa.org/docs/publicacoes/online/responsabilidade-medica-covid19.pdf>
- Pinto, B., & Pedroso, E. (22 de outubro de 2020). Conferência Online. *Responsabilidade Civil por atos médicos*. Lisboa, Portugal. Acesso em 15 de dezembro de 2020, disponível em https://www.youtube.com/watch?v=KpR_6Jcb4bw
- Pinto, C. A. (2003). *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina.
- Proença, J. C. (2008). *A Conduta do Lesado Como Pressuposto e Critério de Impugnação do Dano Extracontratual*. Coimbra: Almedina. Acesso em 2020
- Raposo, V. L. (Janeiro/Dezembro de 2014). Prescrição e Uso Off-Label de Medicamentos e de Dispositivos Médicos. *Lex Medicinae*, 35-76. Acesso em 18 de setembro de 2021, disponível em <https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/revistas/lex-medicinae-revista-portuguesa-de-direito-da-sa%C3%BAde-ano-11%C2%BA-n%C2%BA-21-22-2014>
- Rodrigues, Á. d. (Julho-Dezembro de 2012). Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente. *DataVenía-Revista Jurídica Digital*, pp. 5-26. Fonte: https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf
- Rodrigues, A. M. (2014). *Análise Jurisprudencial do dano morte - impacto do regime da proposta razoável de indemnização*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Direito, Lisboa. Acesso em 10 de setembro de 2021, disponível em

- https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15176/1/Tese_Andreia%20Rodrigues.142712077.Mestrado%20Forense%2028%20Abril.pdf
- Rosenvald, N. (14 de maio de 2020). *Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia*. Fonte: meujuridico.com.br:
<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/14/por-uma-isencao-de-responsabilidade-dos-profissionais-de-saude-por-simples-negligencia-em-tempos-de-pandemia/>
- Rosenvald, N., & Clemente, G. T. (28 de abril de 2021). *Desafios para a responsabilidade civil médica na 2ª era da COVID-19*. Fonte: Migalhas:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/344495/desafios-para-a-responsabilidade-civil-medica-na-2-era-da-covid-19>
- Seabra, D. A. (2016). *O erro de diagnóstico e a chance perdida: a responsabilidade médica na era da tecnologia e dos cortes orçamentais*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Direito, Coimbra. Fonte:
<https://estudogeral.sib.ucp.pt/bitstream/10316/34690/1/O%20Erro%20de%20Diagnostico%20e%20a%20Chance%20Perdida%20A%20Responsabilidade%20Medica%20na%20Era%20da%20Tecnologia%20e%20dos%20Cortes%20Orçamentais.pdf>
- SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE. (15 de 09 de 2020). *Dadores de plasma sanguíneo convalescente*. Acesso em 04 de 08 de 2021, disponível em Serviço Nacional de Saúde: www.sns.gov.pt/noticias/2020/09/15/covid-19-dadores-de-plasma-sanguineo-convalescente/
- SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE. (16 de 07 de 2021). *Guias da saúde*. Acesso em 20 de 07 de 2021, disponível em SNS24: sns24.gov.pt/guia/teste-covid-19
- Serviços de Radiologia da Administração Regional de Saúde do Algarve I.P. (2012). *Manual de Procedimentos de Higienização e Limpeza para controlo de infeção nos Serviços de Radiologia da ARS Algarve*. Acesso em 26 de 05 de 2021, disponível em Serviço Nacional de Saúde - ARS Algarve: http://www.arsalgarve.min-saude.pt/wp-content/uploads/sites/2/2020/12/Manual_de_Procedimentos_de_Higienizacao_e_Limpeza_para_controlo_de_infecao_nos_Servicos_de_Radiologia_da_ARS_Algarve.pdf

- Silva, J. S. (2011). *A Responsabilidade Civil Médica - a óptica do paciente, enquanto consumidor*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Direito. Fonte: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8940/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20Responsabilidade%20Civil%20M%C3%A9dica%20a%20%C3%B3ptica%20do%20paciente%20enquanto%20consumidor.pdf>
- Silva, T. T., & Rosa, S. B. (2020). A necessária proteção dos profissionais da saúde diante do contexto pandêmico: uma análise a partir da perspectiva da vulnerabilidade. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, nº6, 1365-1384. Acesso em 3 de setembro de 2021, disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/6/2020_06_1365_1384.pdf
- Soares, F. R. (10 de maio de 2020). Prescrição de medicamentos "off-label" no direito brasileiro: responsabilidade médico e desafios em tempos de COVID-19. *Actualidad Jurídica Iberoamericana N°12 bis*, pp. 144-153. Fonte: http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/15._Flaviana_Rampazzo_pp._144-153.pdf
- Sousa, L. C. (2016). *Responsabilidade Civil do Médico por erro de diagnóstico*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), Direito, Lisboa. Acesso em 20 de 05 de 2021, disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32046/1/ulfd133303_tese.pdf
- Sousa, L. F. (junho de 2018). O ónus de prova na responsabilidade civil médica. *DataVenía*, nº8, 5-24. Acesso em 20 de junho de 2021, disponível em https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao08/datavenia08_p005_024.pdf
- Trindade, G. G., Caxito, S. M., Xavier, A. R., Xavier, M. A., & Brandão, F. (2020). COVID-19: therapeutic approaches description and discussion. *Anais da Academia Brasileira de Ciências*, pp. 1-15. Fonte: <https://www.scielo.br/j/aabc/a/p4zCTRfVJf83bwZkQMCtDYc/?lang=en>
- Vansweevelt, T. (1996). *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*. Bruxelles: Éditions Bruylant.
- Varela, J. d. (2011). *Das Obrigações em Geral* (7ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Varela, J. d. (2016). *Das Obrigações em Geral* (10ª ed., Vol. I). Coimbra: Almedina.
- Vouga, R. T. (2018). *A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos)*. Lisboa: CEJ. Fonte:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ResponsabilidadeMedica2018.pdf

Vouga, R. T. (2018). *Responsabilidade Civil Médica*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

Wang, H., Li, X., Li, T., Zhang, S., Wang, L., Wu, X., & Liu, J. (24 de abril de 2020). The genetic sequence, origin, and diagnosis of SARS-CoV-2. *European Journal of Clinical Microbiology & Infectious Diseases*. Fonte: https://link.springer.com/article/10.1007/s10096-020-03899-4?utm_source=xmol&utm_medium=affiliate&utm_content=meta&utm_campaign=DDCN_1_GL01_metadata

Wesendonck, T. (janeiro/abril de 2021). Impactos da COVID-19 na responsabilidade civil do médico. *Revista eletrónica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, 94-112. Acesso em 11 de 06 de 2021, disponível em revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-06.pdf

Zhang, X., Dowell, S., Shen, Y., & Lee, D. L. (9 de setembro de 2020). Chloroquine to fight COVID-19: A consideration of mechanisms and adverse effects? *Heliyon* 6, pp. 1-7. Fonte: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32935064/>

Jurisprudência citada

Supremo Tribunal de Justiça

- Ac. do STJ, de 12/12/2002 (Neves Ribeiro), Proc. nº 02B3677
- Ac. do STJ, de 13/03/2007 (Nuno Cameira), Proc. nº 07A96
- Ac. do STJ, de 4/03/2008 (Fonseca Ramos), Proc. nº 08A183
- Ac. do STJ, de 24/05/2011 (Hélder Roque), Proc. nº 134/04.2TBPNF.P1.S1
- Ac. do STJ, de 17/12/2002 (Afonso Melo), Proc. nº 02A4057
- Ac. do STJ, de 17/01/2013 (Ana Paula Boularot), Proc. nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1
- Ac. do STJ, de 25/02/2015 (Armindo Monteiro), Proc. nº 804/03.2TAALM.L.S1
- Ac. do STJ, de 12/03/2015 (Hélder Roque), Proc. nº 1212/08.4TBBCL.G2.S1
- Ac. do STJ, de 01/10/2015 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), Proc. nº 2104/05.4TBPVZ.P.S1
- Ac. do STJ, de 28/01/2016 (Maria Graça Trigo), Proc. nº 136/12.5TVLSB.L1.S1
- Ac. do STJ, de 26/04/2016 (Silva Salazar), Proc. nº 6844/03.4TBCSC.L1.S1
- Ac. do STJ, de 22/03/2018 (Maria Graça Trigo), Proc. nº 7053/12.7TBVNG.P1.S1
- Ac. do STJ, de 21/02/2019 (Oliveira Abreu), Proc. nº 3784/15.8T8CSC.L1.S1

Supremo Tribunal Administrativo

- Ac. do STA, de 29/01/2009 (Madeira dos Santos), Proc. nº 0966/08

Tribunal da Relação de Coimbra

- Ac. do TRC, de 11/02/2020 (Moreira do Carmo), Proc. nº 3670/18.0T8VIS.C1

Tribunal da Relação de Guimarães

- Ac. do TRG, de 14/01/2021 (Cristina Cerdeira), Proc. nº 304/17.3T8BRG.G2

Tribunal da Relação de Lisboa

- Ac. do TRL, de 28/01/2003 (Eurico Reis), Proc. nº 2066/01
- Ac. do TRL, de 19/04/2005 (Pimentel Marcos), Proc. nº 10341/2004-7
- Ac. do TRL, de 20/04/2006 (Olindo Geraldês), Proc. nº 2491/2006-6
- Ac. do TRL, de 11/09/2007 (Rosa Ribeiro Coelho), Proc. nº 1360/2007-7
- Ac. do TRL, de 14/11/2013 (Teresa Albuquerque), Proc. nº 2428/05.0TVLSB.L1-2
- Ac. do TRL, de 16/12/2015 (Rui Gonçalves), Proc. nº 1490/09.1TAPTM.L1-3

Tribunal da Relação do Porto

- Ac. do TRP, de 02/03/2006 (Oliveira Vasconcelos), Proc. nº 0630877

- Ac. do TRP, de 5/03/2013 (Henrique Araújo), Proc. nº 3233/05.0TJPRT.P1
- Ac. do TRP, de 26/01/2016 (José Igreja Matos), Proc. nº 5152/10.9TBVNG.P1
- Ac. do TRP, de 30/05/2016 (Sousa Lameira), Proc. nº 296/07.7TBMCN.P1
- Ac. do TRP de 6/02/2020 (Fernando Baptista), Proc. nº 1484/14.5TBVCD.P1