



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Responsabilidade pelo Risco das Infecções nos Hospitais

Rute Alexandra Vaz Gonçalves Lourenço

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2019

Universidade Católica Portuguesa

**Responsabilidade pelo Risco das Infeções
nos Hospitais**

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito, área de Direito
Privado por

Rute Alexandra Vaz Gonçalves Lourenço

Sob a orientação da

Professora Doutora Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

Agradecimentos

À minha mãe, a quem devo tudo.

À minha tia e ao meu irmão, por estarem sempre presentes.

À Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria, pela sua excelente orientação, pela enorme disponibilidade e compreensão e por todo o apoio demonstrado.

À Tânia, por acreditar sempre em mim, pelo apoio incondicional e por nunca me ter deixado desistir.

À Rita, pelo incentivo infindável e por, mesmo longe, ter estado sempre perto.

Resumo

Esta dissertação irá debruçar-se sobre a responsabilidade pelo risco das infeções nos hospitais. Sabemos que existe um regime geral de responsabilidade civil, no entanto, aqui será feita uma distinção da responsabilidade em hospitais públicos e em hospitais privados.

As infeções hospitalares têm uma elevada taxa de mortalidade e é importante perceber quem pode ser responsabilizado nestas situações, pelo que vamos analisar diversos casos da jurisprudência portuguesa, para melhor consolidar este estudo.

Palavras-chave: responsabilidade; responsabilidade extracontratual; responsabilidade contratual; infeção hospitalar; hospital público; hospital privado;

Abstract

This dissertation's focus is on the responsibility for the risk of hospital infections. We know that there's a general regime of civil liability, however, here a distinction will be made in public hospitals and private hospitals.

Hospital infections have a high mortality rate and it's important to realize who can be held accountable in these situations, so we will analyze several cases of Portuguese jurisprudence, to better consolidate this study.

Keywords: Liability; Non-contractual liability; Contractual liability; Hospital infection; Public hospital; Private hospital:

Índice

Introdução	7
Capítulo I – Responsabilidade Civil em geral	9
1.1 Responsabilidade contratual e Responsabilidade Extracontratual.....	10
1.2 Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva	11
Capítulo II – Responsabilidade pelo Risco das Infecções nos Hospitais	13
2.1 Infecção Hospitalar.....	13
Capítulo III - Responsabilidade nos Hospitais Públicos	15
3.1 Modalidades da ilicitude	18
Capítulo IV – Responsabilidade pelo Risco	23
4.1 Aplicação (ou não) do artigo 493.º, n.º 2 do CC.....	24
Capítulo V- Análise Jurisprudencial	27
Capítulo VI - Responsabilidade nos Hospitais Privados	29
Conclusão	33
Bibliografia	36

Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
CC	Código Civil
Cfr.	Conforme
DL	Decreto-Lei
Reg.	Regulamento
Segs.	Seguintes
SNS	Serviço Nacional de Saúde
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

Introdução

Na nossa sociedade, cada vez mais, o recurso à medicina assume uma crescente importância, levando diariamente milhares de pessoas a dirigirem-se às instituições de saúde.

A qualidade da prestação nos serviços de saúde é hoje entendida como uma necessidade intrínseca aos próprios serviços, uma vez que estes existem para servir os utentes.

Mas nem sempre a visita ao meio hospitalar corre da melhor forma. Frequentemente os pacientes são vítimas de infeções. O que nos leva a colocar a questão de saber quem poderá ser responsabilizado?

As instituições de saúde abrangem desde clínicas altamente equipadas e hospitais universitários com tecnologias avançadas, até unidades com estruturas básicas. Não obstante, e apesar dos progressos na saúde pública e nos cuidados hospitalares, as infeções continuam a surgir nos doentes hospitalizados, podendo mesmo atingir os profissionais de saúde. São vários os fatores que favorecem a infeção nestes doentes: a depressão da imunidade; o número, cada vez maior, de procedimentos médicos e técnicas invasivas que criam potenciais portas de entrada para a infeção; hospitais sobrelotados em que as deficientes práticas de controlo da infeção facilitam a transmissão de bactérias multirresistentes entre os doentes.

Estudos em todo o mundo documentam a infeção hospitalar como uma das maiores causas de morbilidade e mortalidade. Uma taxa elevada de infeções hospitalares evidencia uma má qualidade na prestação de cuidados de saúde e leva a gastos evitáveis.

Numa primeira abordagem, damos conta, em traços gerais, do regime de responsabilidade civil aplicado no nosso ordenamento jurídico.

De seguida, iremos abordar a responsabilidade civil pelas infeções nos hospitais públicos e privados, uma vez que, o nosso ordenamento jurídico distingue entre as unidades privadas de saúde e as unidades públicas de saúde, ou seja, os hospitais

públicos, que pertencem à rede de Serviço Nacional de Saúde¹, subordinando-os a diferentes regimes jurídicos. Sendo certo, que daremos uma especial atenção à responsabilidade civil pelo risco das infeções nos hospitais públicos, uma vez que, são os estabelecimentos de saúde mais frequentados no nosso país.

¹ Doravante referido pela sigla SNS.

Capítulo I – Responsabilidade Civil em geral

A Responsabilidade Civil surge-nos como fonte legal de obrigações, sendo a obrigação emergente a obrigação de indemnização. No nosso ordenamento, a expressão responsabilidade civil é utilizada em sentido amplo, abrangendo quer os pressupostos, quer a obrigação de indemnização.

A responsabilidade civil é, assim, aquela que opõe o lesado ao autor do dano, impondo sobre este a obrigação de reparar os danos causados, desde que tenha atuado de forma ilícita e culposa, e que tal comportamento seja causa de um dano.

Como refere Fernando Pessoa Jorge, “o termo responsabilidade corresponde à ideia geral de *responder* ou *prestar contas* pelos próprios actos, a qual, por sua vez, pode assumir duas tonalidades distintas: a susceptibilidade de imputar, de um ponto de vista ético *lato sensu*, determinado acto e seus efeitos ao agente, e a possibilidade de fazer sujeitar alguém ou alguma coisa às consequências de certo comportamento”².

A responsabilidade civil pode ser classificada de três formas: responsabilidade por culpa, pelo risco ou pelo sacrifício, dependendo do título de imputação a que recorra para transferir o dano da esfera do lesado para outrem.³ Ora, a regra geral é a responsabilidade por culpa, prevista no artigo 483.º, n.º 1 do Código Civil⁴, que presume um juízo moral da conduta do agente, que nos leve a censurar o seu comportamento. Já na responsabilidade pelo risco, apenas admitida nos casos previstos nos artigos 483.º, n.º 2 e 499.º e seguintes do CC, a imputação é feita de acordo com critérios objetivos de distribuição de risco. Por fim, temos a responsabilidade pelo sacrifício cuja imputação é baseada numa compensação ao lesado, justificada pelo sacrifício sustentado.

Além destas três formas que abordamos, a responsabilidade civil pode ainda ser classificada em responsabilidade civil extracontratual e responsabilidade civil contratual, sobre as quais nos iremos versar de seguida.

² *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Fernando Pessoa Jorge, Almedina, Reimpressão 1999

³ *Direito das Obrigações, Volume I – Introdução. Da Constituição das Obrigações*, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Almedina, 14ª Edição, 2017

⁴ Doravante designado por CC.

1.1 Responsabilidade contratual e Responsabilidade Extracontratual

A responsabilidade contratual decorre do incumprimento ou do cumprimento defeituoso de uma obrigação prévia. Ou seja, fala-se em responsabilidade contratual uma vez que as situações mais correntes na prática são as de danos emergentes da violação de contratos. Contudo, no geral, deve entender-se que se trata de uma responsabilidade emergente de deveres relativos, qualquer que seja a sua fonte, isto é, seja decorrente de contratos, de negócios jurídicos unilaterais ou obrigações em sentido técnico.

Já a responsabilidade extracontratual é aquela que resulta da violação de direitos absolutos ou da prática de certos atos que, apesar de ilícitos, causam prejuízo a alguém.

O legislador português trata as duas modalidades de responsabilidade civil em dois lugares distintos⁵: a responsabilidade contratual aparece nos artigos 798.º e segs. do CC, enquanto a responsabilidade extracontratual encontra-se estatuída nos artigos 483.º e segs. Todavia, quanto ao regime da obrigação de indemnizar, o legislador tratou-as conjuntamente – artigos 562.º e segs.

O regime destas duas responsabilidades não é coincidente, apesar de a consequência ser a mesma: a obrigação de indemnização. Ora, vejamos então as diferenças nos regimes.

A primeira diferença, e a mais importante, é relativa ao ónus da prova quanto à culpa. Nas ações de responsabilidade extracontratual, é o lesado que tem de provar a culpa (salvo se houver uma presunção). Enquanto, nas ações de responsabilidade contratual, há uma presunção de culpa do devedor, ou seja, o lesante é que tem de afastar a presunção – temos, por isso, uma responsabilidade subjetiva agravada (resulta do artigo 799.º, n.º 1 do CC).

Em segundo lugar, temos a pluralidade de responsáveis. Existindo uma pluralidade de lesantes, respondem solidariamente na responsabilidade extracontratual e conjuntamente na responsabilidade contratual. Isto torna a garantia muito mais forte na extracontratual, uma vez que a obrigação fica garantida pelos patrimónios de todos os

⁵ *Direito das Obrigações, Volume I – Introdução. Da Constituição das Obrigações*, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Almedina, 14ª Edição, 2017

lesantes (artigo 497.º do CC). Na responsabilidade contratual, cada um responde pelos danos que causarem com a sua própria conduta.

A terceira diferença é relativa ao regime da prescrição. Na responsabilidade extracontratual existe um prazo de 3 anos desde o conhecimento pelo lesado do seu direito (artigo 498.º do CC) – sem prejuízo da prescrição ordinária, nos termos do artigo 309.º do CC. Já na responsabilidade contratual, o prazo é o da prescrição ordinária, logo 20 anos.

Por fim, há ainda a considerar a aplicação, ou não, ao regime da responsabilidade contratual, de dois artigos enquadrados na responsabilidade extracontratual. O artigo 494.º do CC permite ao juiz, a pedido do lesante, limitar a indemnização em caso de mera culpa. A indemnização é fixada em termos equitativos segundo: o grau de culpabilidade do agente, a situação económica do lesante e do lesado e, por último, as demais circunstâncias do caso. O artigo 496.º do CC consagra a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais. A gravidade é um critério adotado mas não densificado pelo legislador.

1.2 Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva

Na responsabilidade subjetiva, o agente responde por um facto culposo. Esta é a regra entre nós: se alguém causa danos a outrem, só responde pelos danos causados se agir com culpa. Devemos, por isso, ter sempre em conta os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: o facto voluntário do agente, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano⁶. Mas podemos ter casos de responsabilidade objetiva, quando o agente responde independentemente da culpa, que não é um pressuposto da responsabilidade. Nestes casos, a responsabilidade é objetiva, e não só: só pode haver responsabilidade sem culpa se houver lei nesse sentido, conforme dispõe o artigo 483.º do CC.

A responsabilidade objetiva é uma responsabilidade excepcional e que necessita de fundamentação legal. Nesse sentido, importa reter os casos que existem de responsabilidade objetiva. Os artigos 499.º e seguintes do CC falam da responsabilidade

⁶ *Direito das Obrigações, Volume I – Introdução. Da Constituição das Obrigações*, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Almedina, 14ª Edição, 2017

pelo risco. Vejamos, no artigo 500.º temos a responsabilidade do promitente. De seguida, o artigo 501.º é referente à responsabilidade do Estado e outras pessoas coletivas públicas. O artigo 502.º é relativo aos danos causados por animais. O artigo 503.º diz respeito aos danos causados por acidentes de viação. E, por fim, o artigo 509.º alude aos danos causados por instalações de energia elétrica ou gás.

Além disto, temos também a responsabilidade por factos ilícitos, que é igualmente uma situação de responsabilidade objetiva. Isto é, por exemplo, quando há uma causa de exclusão de ilicitude, ou quando o proprietário de um terreno causa danos ao terreno do outro quando recolhe os seus próprios frutos. Não existe uma regra geral, mas sim casos pontuais.

A responsabilidade por danos causados por inimputáveis é outro caso de responsabilidade objetiva, que em casos excepcionais podem ser responsabilizados, se o tribunal ficar convencido da necessidade de indemnizar o lesado.

Por fim, enquadra-se também na responsabilidade objetiva a responsabilidade civil do produtor, prevista no Decreto-Lei⁷ n.º 383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo DL n.º 131/2001, de 24 de Abril.

⁷ Doravante designado por DL.

Capítulo II – Responsabilidade pelo Risco das Infecções nos Hospitais

Chegados a este ponto, é altura de esclarecer que o nosso ordenamento jurídico, no âmbito da responsabilidade civil médica, não prevê casos de responsabilidade objetiva ou de responsabilidade por factos ilícitos danosos, tão só admite a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

O regime da responsabilidade civil em hospitais públicos ou em clínicas ou consultórios privados é múltiplo. Uma vez que a medicina pública é considerada um ato de gestão pública⁸, os litígios relativos a hospitais públicos são julgados nos tribunais administrativos, aplicando-se a Lei n.º 67/2007. Existe, assim, uma proteção dos profissionais de saúde, visto que o hospital irá responder perante o paciente lesado, contanto que o profissional de saúde tenha agido com culpa⁹. Se existir culpa leve, o profissional de saúde não é chamado a responder. No caso do funcionário, se este tiver agido com negligência grosseira, só irá responder, em via de regresso.

No entendimento da doutrina maioritária, como é o caso de Sinde Monteiro¹⁰, só quando o médico tiver atuado com dolo ou “quando tiver excedido os limites das suas funções”¹¹, é que existe responsabilidade pessoal e direta do médico. Este entendimento veio a ser acolhido pelo Acórdão do Tribunal Constitucional 5/2005.

Por sua vez, serão competentes os tribunais judiciais, no âmbito de uma atuação médica exercida em clínica privada, vigorando as normas do Código Civil. Nestes casos, o profissional de saúde responde por mera culpa e existe uma responsabilidade solidária do estabelecimento de saúde.

E, é no seguimento desse pensamento, que nos iremos agora debruçar.

2.1 Infecção Hospitalar

Primeiramente importa esclarecer em que consiste uma infecção hospitalar. O termo técnico é infeções nosocomiais, que consistem em infeções adquiridas durante o

⁸ DL 373/79, artigo 8.º n.º 3 – Estatuto do Médico.

⁹ Artigo 2.º do DL 48051

¹⁰ “*Aspetos Particulares de Responsabilidade Médica*”, Direito da Saúde e da Bioética (1991), páginas 138-145

¹¹ Artigo 3.º do DL 48051

internamento que não estavam presentes ou em incubação à data da admissão. São infeções que ocorrem mais de 48 horas após a admissão¹².

As infeções nosocomiais mais frequentes são as infeções da ferida cirúrgica, as infeções das vias urinárias e as infeções das vias respiratórias inferiores. Várias bactérias, vírus, fungos e parasitas podem causar infeções nosocomiais. Estas podem ser causadas por microrganismos adquiridos a partir de outro utente ou podem ser causadas pela própria flora do doente. Há, ainda, a possibilidade de serem adquiridas através de objetos inanimados ou substâncias recentemente contaminadas por outra fonte humana.

Alterações na administração de cuidados de saúde têm levado a internamentos mais curtos e a um aumento da prestação de cuidados no ambulatório. Por isso, foi sugerido que o termo infeção nosocomial devesse abranger as infeções que ocorrem em doentes tratados em qualquer instituição de saúde.

As infeções nosocomiais obrigam a duas realidades: por um lado, o diagnóstico e tratamento da infeção em si mesma, o qual cabe aos médicos; por outro lado, a prevenção da infeção, da incumbência do próprio serviço, eventualmente punível a título de responsabilidade pelo risco.

Certo é, que as infeções nosocomiais constituem uma importante causa de lesões à saúde nos hospitais, seja em que ponto do mundo for. É, por isso, importante impor aos hospitais o dever de controlo contínuo.

Além de que, devemos estar cientes que a prevenção das infeções hospitalares é responsabilidade de todos os indivíduos e serviços que prestam cuidados de saúde. Deve haver uma cooperação para reduzir o risco de infeção nos doentes e nos profissionais.

Iremos, agora, abordar a responsabilidade que pode haver pelas infeções nos hospitais públicos e, por outro lado, nos hospitais privados.

¹² *Prevenção de infeções adquiridas no hospital – um guia prático*, 2.^a Edição - <https://www.dgs.pt/programa-nacional-de-controlo-da-infeccao/documentos/manuais-de-boas-praticas/prevencao-de-infeccoes-adquiridas-no-hospital-um-guia-pratico.aspx>

Capítulo III - Responsabilidade nos Hospitais Públicos

Durante a constância do DL 48051, de 21/11/1967, entendia-se pacificamente, tanto na jurisprudência como na generalidade da doutrina portuguesa, que a relação estabelecida entre o hospital público, que integra o SNS¹³, e o utente particular¹⁴ consistir numa relação de serviço público, uma vez que estão em causa, essencialmente, atos praticados no exercício de poderes públicos, destinando-se à realização do interesse público.

Depreende-se que não há qualquer negócio jurídico entre o médico e o paciente, pois quem recorre a estes estabelecimentos fá-lo ao abrigo da relação jurídica administrativa de “utente”, sujeita a regulamentação estatutária própria, que não pode ser afastada pelas partes ou sujeita a cláusulas específicas. É, nesse seguimento, que se entende ser aplicável a responsabilidade extracontratual.

Podemos comprovar tal asserção com disposições do Supremo Tribunal Administrativo, como é o caso do Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 09/06/2011¹⁵: “A responsabilidade por atos ou omissões na prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos tem natureza extracontratual, incumbindo ao lesado o ónus de alegar e provar os factos integradores dos pressupostos dessa responsabilidade, regulada, fundamentalmente, no Decreto-Lei 48051, de 21 de Novembro de 1967”. Ou, mais tarde, no Ac. do mesmo tribunal, de 16/01/2014¹⁶, que dispõe que “A responsabilidade civil decorrente de factos ilícitos imputados a um Hospital integrado no Sistema Nacional de Saúde não tem natureza contratual, sendo-lhe aplicável o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”.

¹³ Segundo o previsto no artigo 2.º da Lei de Gestão Hospitalar, Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, consideram-se hospitais integrados no SNS os estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, com ou sem autonomia patrimonial; os estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial; sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos; e, por fim, os estabelecimentos privados, com ou sem fins lucrativos, com quem sejam celebrados contratos.

¹⁴ Que se dirige ao hospital seja para uma intervenção cirúrgica, seja um tratamento médico específico pré-programado, seja para realizar uma simples visita ambulatória (consulta médica).

¹⁵ Processo n.º 0762/09; Relator – Adérito Santos; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9b01dd016ca73d8d802578b2004b4bd3?OpenDocument&ExpandSection=1>

¹⁶ Processo n.º 0445/13; Relator – António São Pedro; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/86204f71b51e3e0d80257c6d00384573?OpenDocument&ExpandSection=1>

No SNS as regras impostas aos profissionais devem ser cumpridas, não podem ignorar os deveres estabelecidos. E, é por isso mesmo, que o estabelecimento hospitalar, enquanto responsável pelo cumprimento dos protocolos dos cuidados/serviços médicos deverá ser responsabilizado. Devendo, por esse motivo, ser aplicado o regime da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, relativa à Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das Pessoas Coletivas de Direito Público.

Há, também, a questão de saber se a atividade de prestação de cuidados de saúde é de gestão pública ou de gestão privada. São atos de gestão pública, seguindo o entendimento de Vaz Serra¹⁷, aqueles que são praticados no exercício do poder público, mas não nas formas e com o intuito de realização de interesses de direito civil. Seguindo, por sua vez, a ótica de Antunes Varela, são considerados atos de gestão privada os atos praticados pelo agente da Administração, mas em total igualdade com o particular, uma vez que, não pode fazer valer o poder público que lhe pertence.

Importa, assim, perceber qual a fundamentação acarretada que serve de alicerce para a compreensão de que os atos médicos praticados nos hospitais públicos adotavam a natureza de atos de gestão pública.

Estando perante atos dirigidos ao cumprimento de uma atribuição pública, como é o caso dos atos praticados no âmbito dos hospitais públicos, é claro que os mesmos são entendidos como atos funcionalmente públicos e, por isso mesmo, são atos potencialmente criadores de responsabilidade civil de regime público.

É, portanto, nosso entendimento, e além disso, da jurisprudência e doutrina esmagadoras, que a atividade médica levada a cabo nos serviços hospitalares de natureza pública, seja qual for a sua estrutura jurídica, deve ser apreciada como atividade de gestão pública.

Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça¹⁸ entendeu que “no contencioso administrativo tem-se considerado que a responsabilidade por atos ou omissões na prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos tem natureza extracontratual visto que quem recorre a um estabelecimento de saúde público fá-lo ao

¹⁷ *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Vaz Serra, ano 103

¹⁸ Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 12/09/2013; Processo n.º 2146/05.0TVLSB.L1.S1; Relator – Salazar Casanova; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0f33fe8a9762ceb680257be800546844?OpenDocument>

abrigo de uma relação jurídica de utente, modelada pela lei, “submetida a um regime jurídico geral estatutário, aplicável, em igualdade, a todos os utentes daquele serviço público, que define o conjunto dos seus direitos, deveres e obrigações e não pode ser derogado por acordo, com introdução de discriminações positivas ou negativas. Não o faz, portanto, na qualidade de parte contratante, ainda que num hipotético contrato de adesão ou ao abrigo de relações contratuais de facto”. Além de que, não podemos entender que, num sítio onde há tantos intervenientes, deverá apenas um profissional de saúde ser responsabilizado.

Também na jurisprudência do Tribunal dos Conflitos encontramos fundamentação para o que se tem vindo a expor, nomeadamente no Ac. do Tribunal dos Conflitos de 09/06/2010¹⁹: “Efectivamente, as pessoas admitidas nos hospitais são utentes do serviço público hospitalar, estabelecendo-se ma relação de serviço público entre umas e outros, devendo o serviço hospitalar agir com o zelo e diligência adequados à situação particular dos utentes a que se destina, como obrigação de carácter geral, resultante da lei, porquanto se falta, culposamente, a esse dever, causando danos, por omissão dos seus agentes, o hospital público tem o dever de indemnizar. Assim sendo, tendo a vinculação do hospital público, perante utentes ou terceiros, a natureza de uma relação de serviço público, a responsabilidade em que incorre assume, necessariamente, carácter extracontratual”.

E, pode, ainda, ler-se no texto do acórdão *supra* indicado, que “o regime de responsabilidade aplicável a este tipo de relações que se estabelecem entre hospitais públicos integrados no SNS [Serviço Nacional de Saúde] e os respectivos utentes é, necessariamente, o da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, relativa ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, de acordo com o qual o hospital público responde (extracontratualmente) – e responde “exclusivamente” – pelos danos causados pelos médicos com “culpa leve” (cfr. art. 7.º, n.º 1 do regime) ”. Não obstante, não se pode descurar que, sempre que os danos causados a um utente não sejam fruto do comportamento concreto do médico ou não seja possível provar quem foi o autor do ato ou da omissão causadora do dano,

¹⁹ Processo n.º 08/10; Relator – Souto de Moura; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jcon.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9025a2c41188b94f802577bb0051feae?OpenDocument>

atribuindo-se, por isso, ao anormal funcionamento do serviço, será exclusivamente responsável o Hospital, (cfr. artigo 7.º, n.º 3 do regime em causa).

Como refere Paula Ribeiro de Faria, a propósito da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço “representa já, em alguma medida, a transição para uma lógica coletiva de responsabilidade, ao fazer responder o hospital, e o Estado, por factos, ou omissões, relativamente aos quais não é justo que seja o doente a sofrer as consequências, sendo certo que eles se deixam associar a uma divergência entre o cuidado prestado e aquele que deveria ter tido lugar, e que é possível proceder a um juízo de censura dos serviços por não terem mantido o padrão exigível dessa prestação”²⁰.

No seguimento deste último pensamento, é necessário apreciar de que forma é responsável um hospital público num caso de uma infeção hospitalar. Para isso, devemos situar-nos, primeiramente, nas modalidades da ilicitude.

3.1 Modalidades da ilicitude

A responsabilidade civil extracontratual aqui presente tem como base os pressupostos da idêntica responsabilidade prevista no Código Civil, isto é, o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo.

A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro prevê especificamente três modalidades de ilicitude. Em primeiro, a ilicitude por ilegalidade ocorre quando há violação das regras próprias da prática médica, as *leges artis*, consagradas nos mais diversos locais, e não a violação da lei, do contrato ou do interesse de outrem²¹. Por outro lado, temos a ilicitude por inobservância dos deveres objetivos de cuidado que consolida um entendimento vasto de ilicitude (que segue a definição da culpa). Além destas duas modalidades, existe uma terceira: a ilicitude por funcionamento anormal do serviço.

No caso de ilicitude por violação de normas e princípios jurídicos, mais concretamente no âmbito da responsabilidade civil em hospitais públicos, e uma vez que, é das atividades materiais ou técnicas que resultam os danos potencialmente

²⁰ *Os Novos Desafios da Responsabilidade Médica – entre uma responsabilidade fundada na culpa e a criação de novas vias de ressarcimento do dano*, in Direito da Medicina, Eventos Adversos, Responsabilidade, Risco, Maria do Céu Rueff (coordenação), Lisboa, 2013, páginas 77-78

²¹ *Cfr.* Artigo 9.º, n.º 1 da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro

indemnizáveis, podemos dizer que esta ilicitude é a que está consubstanciada na infração de regras de ordem técnica ou deveres de cuidado objetivos.

Quanto à inobservância dos deveres objetivos de cuidado, devemos atender à opinião de Mário Aroso de Almeida²², que entende que “para que exista ilicitude, as consequências da lesão do direito de outrem sem causa justificativa têm de ser imputadas à inobservância dos deveres objetivos de cuidado que ao agente se impunham para evitar a ocorrência da lesão”.

A categoria de ilicitude por funcionamento anormal do serviço merece um especial destaque, porquanto estabelece que os hospitais integrados no SNS respondem perante os seus utentes independentemente da situação danosa poder ou não ser imputada à culpa do médico ou agente. Pressupõe-se que existe funcionamento anormal do serviço desde que fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação diversa, suscetível de evitar os danos originados²³.

Mantendo-nos na linha de pensamento de Mário Aroso de Almeida, acresce referir que “como, na verdade, os danos não são imputados à conduta de um agente determinado, é por referência aos padrões médios de resultado, a que se reporta o n.º 4 do artigo 7.º, que cumpre apurar se o serviço funcionou como devia, ou seja, com a diligência que lhe era devida, ou se atuou de modo censurável, por não ter observado a diligência devida”²⁴.

É sempre complicado e suscetível considerar se a realização de determinado ato ou tratamento de natureza médica foi o mais correto e adequado às circunstâncias e se, durante a realização dessa atividade, houve violação das regras de cuidado e prudência comum que deveriam ter sido observadas. Não obstante, é certo que existirá responsabilidade do estabelecimento quando for demonstrado que houve violação dessas mesmas regras.

As infeções hospitalares são fenómenos bastante frequentes, particularmente nos cuidados intensivos, visto ser onde se deparam os pacientes mais vulneráveis.

²² *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, organização de Rui Medeiros, edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013

²³ Cfr. Artigo 7.º, n.º 4 da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro

²⁴ *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, organização de Rui Medeiros, edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013

No que toca à modalidade da culpa, esta ainda deve ser vista como um pressuposto autónomo da responsabilidade civil da Administração. A culpa deve ser “apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”²⁵. Daqui resulta que a ponderação da culpa deve ser realizada abstratamente, mas em face das circunstâncias de cada caso, o que naturalmente envolve a análise das concretas circunstâncias evidenciadas pelos factos e dos deveres exigíveis naquela situação.

E, ainda que, o artigo 10.º, n.º 1 da Lei n.º 67/2007 não se refira expressamente ao critério da “diligência de um bom pai de família”, referindo-se ao invés à “diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso”, a um funcionário zeloso e cumpridor, é nosso entendimento que estamos perante a especificação do mesmo critério.

Com a Lei n.º 67/2007 surgiu a presunção de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos, contemplada no n.º 2 do artigo 10.º, bem como, para o incumprimento de deveres de vigilância (artigo 10.º, n.º 3). Quer isto dizer que, sempre que haja incumprimento do dever de vigilância, presumir-se-á culpa leve do agente, conforme já entendido pela nossa jurisprudência²⁶.

A aplicação destas duas disposições (n.º 2 e n.º 3 do artigo 10.º) às violações das *leges artis* não é doutrinalmente unânime. Em sentido negativo, afastando por isso a aplicação da presunção às violações das *leges artis*, pronuncia-se Paula Bruno e André Gonçalo Dias Pereira. Em sentido contrário, e apesar de não terem base no texto da lei, mas sendo para nós o entendimento mais coerente, Paula Lobato Faria, Sara Vera Jardim e João Ribeiro da Costa entendem que essas disposições consagram uma inovação relevante, porquanto será suficiente provar uma violação das *leges artis* ou dos deveres objetivos de cuidado para se presumir a culpa leve, amenizando, assim, as dificuldades de prova no âmbito da responsabilidade em hospitais.

Estas presunções de culpa leve, consagradas no n.º 3 do artigo 10.º podem ser ilididas, em termos gerais, mediante prova do contrário, conforme previsto no artigo

²⁵ Cfr. Artigo 487.º, n.º 2 do CC

²⁶ Ac. Supremo Tribunal Administrativo, de 13/03/2012; Processo n.º 0477/11; Relator – Políbio Henriques; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/41626a3d9173b651802579d1002ca983?OpenDocument&ExpandSection=1>

350.º, n.º 2 do CC e, conforme disposição do Supremo Tribunal Administrativo, “o ente público pode ilidir tal presunção alegando e provando que (...) empregou todos os esforços e adoptou todas as medidas adequadas”²⁷.

Por este ângulo, entendeu o Supremo Tribunal Administrativo, a 29/11/2005²⁸, que “age de maneira eticamente censurável e reprovável, e por isso com culpa, o Hospital que não toma todas as medidas de precaução e todas as providências ao caso aconselhável no sentido de erradicar a bactéria *serratia* no local altamente propício à sua existência e face ao estado debilitado pós-operatório dum paciente, vindo o mesmo a ser contagiado por aquela bactéria, provocando-lhe a cegueira de um olho”.

Acrescente-se que no regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas, e designadamente, nas ações de responsabilidade civil que incorrem em hospitais públicos tem aplicação o regime geral do nosso ordenamento jurídico (art. 342.º, n.º 1 do CC), de acordo com o qual cabe à autora fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado, salvo caso de presunção legal (art. 344.º, n.º 1 do CC) ou quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado (art. 344.º, n.º 2 do CC).

Ora, a partir do momento em que o lesado prova o ato ilícito que em si mesmo revela uma execução defeituosa, a falta de diligência que essa situação demonstra pode ser afastada mediante a contraprova (art. 346.º do CC). Não está, por isso, excluído que possam existir presunções legais de culpa a cargo do estabelecimento de saúde público, a favor do lesado, mais concretamente as presunções previstas nos artigos 491.º e 493.º, n.º 2 do CC e no artigo 10.º, n.º 3 da Lei n.º 67/2007. Nesse caso, é sobre o hospital público demandado que vai recair o ónus de as ilidir, nos termos do previsto no artigo 350.º, n.º 2 do CC.

Relativamente à modalidade do nexó de causalidade, tem sido unanimemente entendido pelos Tribunais Administrativos²⁹ que o nexó de causalidade entre a ação ou

²⁷ Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 08/10/2013; Processo n.º 1923/02; Relator – Simões de Oliveira; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta>

²⁸ Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 29/11/2005; Processo n.º 01230/03; Relator – Pires Esteves; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/30a56bc574271cca802570d6004db4fd?OpenDocument&ExpandSection=1>

²⁹ Por exemplo, neste sentido, o Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 11/03/2010; Processo n.º 0191/09; Relator – Freitas Carvalho; Disponível em

omissão imputada ao agente e o resultado danoso verificado é pressuposto da responsabilidade civil extracontratual.

Capítulo IV – Responsabilidade pelo Risco

Analisamos a responsabilidade que pode existir nos hospitais públicos, enquanto atividade de gestão pública. Mas vejamos agora, de que forma pode haver responsabilidade se considerarmos a atividade de prestação de cuidados de saúde como gestão privada.

Dispõe o artigo 499.º do CC que “são extensivas aos casos de responsabilidade pelo risco, na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário, as disposições que regulam a responsabilidade por factos ilícitos”.

No direito privatístico, a responsabilidade objetiva ou pelo risco tem caráter excecional, como se depreende do disposto no artigo 483.º, n.º 2 do CC, segundo o qual “só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos específicos na lei”.

Ora, é no artigo 501.º do mesmo diploma que se encontra consagrada a responsabilidade do Estado e de outras pessoas coletivas públicas relativamente a danos causados a terceiros pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividades de gestão privada.

A previsão de uma responsabilidade pelo risco a par da responsabilidade por factos ilícitos e culposos permite considerar que existe um fundamento autónomo de responsabilidade objetiva da Administração e que esta poderá, portanto, ser reconhecida, em cada caso concreto.

A específica previsão de uma responsabilidade civil por danos derivados do exercício de atividades perigosas permite excluir a concomitante existência de um princípio de presunção de culpa, por aplicação do artigo 493.º, n.º 2 do CC, quando se pretenda demonstrar, nesses casos, a existência de uma responsabilidade por facto ilícito.

Neste seguimento, é natural questionarmo-nos se, como beneficiários da responsabilidade pelo risco, poderão considerar-se apenas os terceiros lesados com o funcionamento dos serviços, coisas ou atividades especialmente perigosas, ou também os próprios funcionários ou agentes que se encontrem ao serviço da entidade pública e possam ter sido afetados, sem culpa sua, pela situação de risco.

Gomes Canotilho, pondera que não intervindo “a legislação de invalidez, da responsabilidade em relação ao colaboradores benévolos, dos acidentes de trabalho ou risco profissional, há que reconhecer tratar-se de uma atividade excepcionalmente perigosa, devendo os próprios agentes da ordem ter, como os terceiros, direito ao ressarcimento dos prejuízo especiais e graves sofridos”³⁰.

São pressupostos materiais da responsabilidade pelo risco: (1) o carácter especial perigosidade da atividade, coisa ou serviço; (2) a verificação de um dano na esfera jurídica de terceiro; (3) a existência de um nexo de causalidade entre a atuação da entidade pública e o dano; (4) a circunstância de o dano se não tornar imputável a um facto de força maior.

Não está em causa, na responsabilidade pelo risco, o eventual funcionamento anormal do serviço. O funcionamento anormal do serviço pressupõe a ilicitude da atividade administrativa e a imputação de uma conduta objetivamente culposa, ainda que não seja possível provar que um determinado funcionário ou agente tenha atuado com dolo ou negligência, pelo que o fundamento do direito ressarcitório é, nessa hipótese, a responsabilidade aquiliana. Ao contrário, a responsabilidade pelo risco é aquela que decorre de um funcionamento normal do serviço, quando este, pela sua própria natureza, é passível de, numa situação típica de perigo, expor terceiros, provocando danos indemnizáveis.

4.1 Aplicação (ou não) do artigo 493.º, n.º 2 do CC³¹

Pode, ainda, pôr-se a questão da aplicação do artigo 493.º, n.º 2 do CC, relativo às atividades perigosas.

O artigo 14.º, n.º 1 da Lei n.º 67/2007 estabelece que nos casos de danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, será o Estado e demais pessoas coletivas de direito público que irão responder. Salvo quando se provar que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado. Sendo que,

³⁰ *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, página 262, nota (67)

³¹ “2. Quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.”

neste último caso, e tendo em conta todas as circunstâncias, o tribunal poderá reduzir ou excluir a indemnização.

Para uma melhor compreensão da questão, importa, primeiramente, entender o que se pode considerar como atividade perigosa. Assim, vejamos o que considerou o Supremo Tribunal Administrativo a 14/12/2005³²: “uma atividade é excepcionalmente perigosa quando for razoável esperar que dela possam, objetivamente, resultar graves danos, isto é, danos que superem os que eventualmente possam decorrer da normalidade das outras atividades e que os prejuízos são anormais ou especiais quando oneram pesada e especialmente algum ou alguns cidadãos e, conseqüentemente, ultrapassam os pequenos transtornos e prejuízos que são inerentes à atividade administrativa e sobrecarregam de forma mais ou menos igualitária todos eles”.

Tem sido entendimento genérico da jurisprudência excluir do âmbito de aplicação do artigo 493.º, n.º 2 do CC, a responsabilidade extracontratual do Estado e demais entes públicos. É certo que, não podemos considerar que uma atividade que, esporadicamente cause danos graves, só por isso é uma atividade perigosa. No entanto, não nos parece também ser um entendimento tão linear.

Concordamos, por isso, com o raciocínio de Carla Amado Gomes³³, na consideração de que o artigo em questão “cria uma espécie de clareira aplicativa residual para as situações em que a atividade não seja, em abstrato, especialmente perigosa (nos termos e para os efeitos do cit. art. 11.º da Lei n.º 67/2007), mas se revele como tal, em concreto”. Quer isto dizer, que deve ter-se sempre em atenção a situação em concreto, tendo ciente o critério previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 67/2007.

Ora, podemos, assim, dizer que a presunção de culpa estabelecida a favor do lesado no artigo 493.º, n.º 2 do CC, também se aplica às atividades prestadas no âmbito dos cuidados de saúde, suscetíveis de ser classificadas como perigosas.

Em suma, consideramos que, embora as atividades de saúde/médicas não sejam consideradas, em geral, uma atividade perigosa nos termos do artigo 493.º, n.º 2, a

³² Ac. Supremo Tribunal Administrativo, de 14/12/2005; Processo n.º 0351/05; Relator – Costa Reis; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d9ffb1eb2e57a63b802570df004278c1?OpenDocument&ExpandSection=1>

³³ *Presunção e diligência, cada um toma a que deve*, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª secção) de 15/05/2014, in *Cadernos da Justiça Administrativa*, n.º 112, Julho/Agosto de 2015

utilização de instrumentos ou aparelhos médicos, enquanto “coisas móveis”, as infecções nosocomiais ou as quedas ocorridas no edifício hospitalar, atestam as presunções de culpa do referido artigo.

Capítulo V- Análise Jurisprudencial

Por forma a consolidar o que tem vindo a ser descrito, vejamos um caso em concreto, discutido pelo Supremo Tribunal de Justiça³⁴, em que um hospital público foi condenado a indemnizar um utente por danos morais, devido a uma infeção bacteriana.

Após uma simples colheita de sangue, no âmbito de umas análises, por forma a determinar se estava (ou não) com malária, o utente sofreu uma grave infeção hospitalar. Depois de ter sido sujeito a várias intervenções cirúrgicas e vários tratamentos, tendo ficado com uma incapacidade permanente de 15% no braço direito, o utente decidiu processar a unidade hospitalar onde foi sujeito a várias intervenções cirúrgicas, devido à infeção bacteriana.

No entanto, tanto o tribunal de primeira instância como a Relação absolveram o hospital, tendo, por isso, recorrido da decisão para o Supremo Tribunal de Justiça.

Pode ler-se, no acórdão do caso *supra* indicado, que “a culpa, estejamos no âmbito da responsabilidade contratual ou da responsabilidade delitual (artigo 799.º/2 do Código Civil), deve ser “apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso” (artigo 487.º/2 do Código Civil)”. É, ainda, apreciado pelo STJ que “resultando necessariamente tal ocorrência de uma execução defeituosa, não compete ao lesado, em sede de ónus da prova (art. 342.º, n.º 1, do CC), provar ainda o concreto erro de execução determinante da infeção, designadamente se a infeção resultou do manuseamento do material utilizado sem proteção ou do contacto deste com superfícies ou matérias não desinfetadas ou da sua falta de esterilização ou da falta de limpeza e desinfecção da zona corporal”.

É realçado no acórdão em análise que é do conhecimento das entidades hospitalares e das pessoas que ali exercem funções, o risco de morte derivado das infeções nosocomiais³⁵, uma vez que as mesmas contribuem para a morbilidade e

³⁴ Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 12/09/2013; Processo n.º 2146/05.0TVLSB.L1.S1; Relator – Salazar Casanova; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0f33fe8a9762eeb680257be800546844?OpenDocument>

³⁵ Realça-se novamente o facto de as infeções hospitalares serem muito frequentes. No último estudo do European Centre for Disease and Control, a taxa de prevalência encontrada em Portugal foi de 10,6%, tal significa que um em cada dez pacientes contraiu uma infeção nas unidades de saúde. Tendo, por isso, sido atribuído pelo Governo, em Fevereiro de 2013, o estatuto de programa nacional prioritário ao combate às infeções e à resistência aos antibióticos.

mortalidade hospitalar. Tendo servido de base a essa asserção (e demais referências ao longo do acórdão) o Relatório de Vigilância Epidemiológica da Bacteriémias Nosocomiais (do período de 1 de Janeiro a 30 de Junho de 2014). Nesta lógica, é normal impor-se que haja na realização de punções³⁶ (uma das causas de infeções), um conjunto de procedimentos cuidadosos que empeçam à infeção.

Podemos também ler que, “cumprindo ao agente hospitalar executar todo um conjunto de procedimentos destinados a evitar infeção sanguínea causada pela defeituosa execução de uma punção, o juízo destinado a afastar o reconhecimento de que essa má execução revela a falta de diligência exigível no caso pressupõe a contraprova (art. 346.º do CC) de que foram observados todos os procedimentos que no caso concreto se impunham”.

Pelos motivos expostos, o STJ acabou por condenar o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental (onde está integrado o Hospital de São Francisco Xavier que tratou inicialmente o doente) a indemnizar o utente em 40 mil euros, por danos morais.

Esclarecida a responsabilidade dos hospitais públicos, vejamos, agora, a responsabilidade nos hospitais privados, ou seja, a responsabilidade contratual.

³⁶ Trata-se da introdução da ponta da agulha na veia.

Capítulo VI - Responsabilidade nos Hospitais Privados

É pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, que a relação entre quem acede à prestação de cuidados médicos e os prestadores do mesmo, em sede de unidades privadas de serviços de saúde³⁷, reveste a forma jurídica de um contrato civil.

“Em regra, a relação entre o médico de clínica privada e o doente que o procura configura uma relação contratual, um contrato de prestação de serviços, ou um contrato médico, pelo que lhe serão aplicáveis as regras da responsabilidade contratual”³⁸.

Não há dúvidas, portanto, que estamos perante um contrato de prestação de serviços. Porém, esse contrato pode revestir três tipos diferentes: o contrato total, o contrato total com escolha de médico ou o contrato dividido. Na primeira forma de contrato, o contrato total, o estabelecimento médico privado é responsabilizado por todos os atos que se desviem do que foi contratualmente estabelecido (seja por atos médicos, seja por atos ligados ao internamento hospitalar). No contrato total com escolha de médico, é também responsabilizado o estabelecimento por todos os danos ocorridos, abrangendo esta responsabilidade os danos decorrentes da assistência médica e dos danos provocados pelo médico escolhido pelo paciente. Por fim, temos o contrato dividido, onde o estabelecimento apenas irá responder pelos danos decorrentes do internamento, enquanto o médico será responsabilizado pela prestação de serviços médicos.

Não obstante, este tipo contratual não é individualizado pelo Código Civil ou por qualquer outro diploma legal, havendo assim que fazer apelo supletivo às regras legais imperativas, ao costume, normas deontológicas e usos médicos.

Para além do recurso ao SNS, que nesta sede não importa apreciar, a prestação do serviço médico pode ocorrer em qualquer lugar, seja no domicílio do paciente, no consultório do médico, numa clínica, no local de trabalho³⁹, num hospital, etc. Por outro lado, no princípio da escolha do paciente pode estar a circunstância de ser beneficiário

³⁷ Considera-se uma unidade privada de serviços de saúde qualquer estabelecimento não integrado no SNS, no qual sejam exercidas atividades que tenham por objeto a prestação de serviços de saúde, tendo o licenciamento destas unidades, como base legal, o DL n.º 127/2014, de 22 de agosto.

³⁸ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 19/04/2005; Processo n.º 10341/2004-7; Relator – Pimentel Marcos; Disponível em <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/HTML/002550.htm>

³⁹ Por exemplo, no âmbito da medicina do trabalho.

de um qualquer subsistema de saúde, de um contrato de seguro⁴⁰, ou simplesmente contratando uma prestação de serviços com base em distintas motivações subjetivas e mediante o pagamento de contraprestação correspondente.

A simplicidade da relação não deixa surgir dúvidas, relativamente ao responsável, quando o serviço não seja prestado na forma contratualmente estabelecida.

A responsabilidade contratual, no âmbito da prestação de cuidados de saúde em hospitais privados, pode também ser interpretada no âmbito dos seguros de saúde, a que se aplicam as regras de direito privado. Podem aqui distinguir-se três modalidades: prestações convencionadas ou sistema de assistência, um regime de prestações indemnizatórias ou sistema de reembolso, e por fim um regime de sistema misto, que combina os dois regimes referidos.

Os pressupostos da responsabilidade contratual são comumente considerados como o conjunto de um facto objetivo do não cumprimento, por ação ou omissão, na ilicitude, na culpa, nos danos e no nexo de causalidade entre factos e danos (*cf.* artigo 798.º do CC).

O pressuposto da ilicitude resulta da não execução do comportamento devido ou da obrigação, isto é, a existência de uma divergência entre o comportamento devido e a atitude adotada. No que toca ao requisito da culpa, esta surge quando, na conduta adotada o sujeito podia e deveria ter agido de forma diferente, no caso concreto. Já relativamente aos danos, e à obrigação de indemnização que surge com estes, deve incluir-se na mesma os lucros cessantes, ou seja, os lucros que o lesado ficou privado de alcançar. Por fim, no âmbito do nexo de causalidade, podemos dizer que é essencial que o facto seja condição do dano e que constitua uma causa objetivamente adequada deste⁴¹.

No nosso Código Civil encontramos consagradas três formas de incumprimento contratual suscetíveis de responsabilização civil, as quais são: o não cumprimento, o cumprimento defeituoso e a mora.

⁴⁰ Artigo 213.º da Lei do Contrato de Seguro, aprovado pelo DL n.º 72/2008, de 16 de Abril, com as alterações da Lei n.º 147/2015, de 09 de Setembro.

⁴¹ *Das Obrigações em Geral*, Antunes Varela, Volume I, Almedina

No âmbito da responsabilidade médica, deveremos centrar-nos, essencialmente, no cumprimento defeituoso. É entendimento⁴² de que lhe é, assim, aplicável a presunção de culpa do artigo 799.º do CC, pertencendo ao devedor a prova de que não provém de culpa sua o cumprimento defeituoso, sendo tal entendido também pelo Supremo Tribunal de Justiça⁴³: “ (...) deve aplicar-se o regime globalmente definido para a responsabilidade contratual e, nos termos do art. 799.º, n.º 1, do CC, presume-se a culpa do devedor”.

Contudo, não é tão linear quanto aparenta. Antes de ser aplicável a presunção de culpa do referido artigo, entendemos, tal como Antunes Varela⁴⁴ e Carneiro da Frada⁴⁵, que primeiramente o paciente tem de provar o cumprimento defeituoso, tendo de demonstrar a existência de uma desconformidade, isto é, que não foram praticados todos os atos normalmente tidos por necessários para alcançar a finalidade pretendida. Só depois de realizada essa prova é que poderá funcionar a presunção de culpa.

Claro está, conforme já referido anteriormente, a apreciação da culpa na responsabilidade civil deverá sempre ser feita com base no n.º 2 do artigo 487.º do CC, quer isto dizer, que devemos considerar, em face das circunstâncias de cada caso, a diligência de um bom pai de família.

A violação de deveres de cuidado, de proteção, decorrentes do dever de segurança, traduzir-se-á em cumprimento defeituoso do contrato, se resultar na contração de uma infeção hospitalar que podia ter sido evitada com a adoção de certos deveres de cuidado e proteção, como o caso da observância do controlo da infeção hospitalar, a limpeza adequada, entre outros. Nestas situações, é imputada a culpa ao estabelecimento de saúde responsável.

E, é neste campo, que entra o disposto no artigo 800.º, n.º 1 do CC: “O devedor é responsável perante o credor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas

⁴² Em sentido contrário, Teixeira de Sousa, “Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, entende que, embora a presunção de culpa do artigo 799.º se possa aplicar na generalidade das obrigações contratuais, não se justifica ser aplicável na responsabilidade médica.

⁴³ Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 28/01/2016; Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1; Relator – Maria da Graça Trigo; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/034959d943a3477f80257f48005ace23?OpenDocument>

⁴⁴ *Direito das Obrigações em Geral*, Antunes Varela, Volume II, 7ª edição, 1997

⁴⁵ *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do caso*, Manuel A. Carneiro da Frada, Almedina, 2011

que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor”. Estamos perante a responsabilidade civil do hospital pela conduta de auxiliares.

É, por isso, que os pressupostos da responsabilidade civil contratual de um hospital privado se aferem a partir da conduta dos auxiliares de cumprimento da obrigação de prestação de serviços médicos, que são todos os agentes envolvidos.

Nesse sentido, foi entendimento do Supremo Tribunal de Justiça⁴⁶ que “relativamente à responsabilidade civil do hospital, os pressupostos aferem-se a partir da conduta dos *auxiliares de cumprimento, dependentes ou independentes*, da obrigação de prestação de serviços médicos, que são todos os agentes envolvidos (cirurgião, anestesista, enfermeiros e outro). A conduta dos auxiliares imputa-se ao devedor hospital “*como se tais actos tivessem sido praticados pelo próprio devedor*” (art. 800.º, n.º 1, do CC)”.

Por fim, em forma de breve nota, importa referir a possibilidade de existência de uma situação de concurso de responsabilidade civil contratual e extracontratual. Sendo a orientação da jurisprudência maioritária⁴⁷ no sentido da opção pelo regime da responsabilidade contratual por ser, em regra, mais favorável ao lesado e por ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada.

⁴⁶ Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 28/01/2016; Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1; Relator – Maria da Graça Trigo; Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/034959d943a3477f80257f48005ace23?OpenDocument>

⁴⁷ Neste sentido, Ac. STJ, de 01/10/2015, processo n.º 2104/05.4TBPVZ.P1.S1; Ac. STJ, de 02/06/2015, processo n.º 1263/06.3TVPRT.S1; Ac. STJ, de 15/09/2011, processo n.º 674/2001.P1.S1 (todos disponíveis em www.dgsi.pt)

Conclusão

Iniciamos este percurso com uma questão: “Quem poderá ser responsabilizado?”. E após o decurso do mesmo, é da nossa opinião que estamos em condições de (tentar) responder à mesma.

Foi possível constatar a existência de uma bipartição de responsabilidade civil, que reconduz a responsabilidade extracontratual à violação de direitos munidos com eficácia *erga omnes*. E, portanto, a responsabilidade contratual reconduz-se ao incumprimento de uma obrigação em sentido técnico, independentemente da fonte de onde surgiu.

No âmbito da responsabilidade nos hospitais públicos a primeira conclusão a que chegamos é a de que, nas relações estabelecidas entre os hospitais públicos e os utentes só pode existir responsabilidade extracontratual do estabelecimento. Não se prevê, por isso, qualquer hipótese de o utente poder responsabilizar o hospital de forma (meramente) contratual.

Além disso, a atividade de prestação de cuidados de saúde exercida nos estabelecimentos públicos de saúde deve ser qualificada como um ato de gestão pública. E que, por força dessa qualificação, deverá ser aplicado o regime de responsabilidade civil extracontratual previsto na Lei n.º 67/2007.

O Hospital é, assim, responsável pelos danos causados pelos médicos com “culpa leve” (*cf.* artigo 7.º, n.º 1 da Lei n.º 67/2007), ou seja, no caso de uma infeção ter sido originada por um ato com “culpa leve” de um médico. É, também, responsável quando uma infeção não resulta de um comportamento concreto de um profissional ou não seja possível provar a autoria do ato ou omissão, sendo por isso atribuído o dano ao funcionamento anormal do serviço (*cf.* n.º 3 do artigo 7.º). O hospital é, ainda, responsável solidariamente quando o dano ocorre por força de um ato em que o médico deteve uma “diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontrava obrigado” (*cf.* artigo 8.º n.ºs 1 e 2). Neste último caso, cabe ao hospital o direito de regresso se for obrigado a indemnizar o utente (*cf.* n.º 3 do artigo 8.º).

Não obstante, há requisitos que devem estar preenchidos, como é o caso da ilicitude, que, conforme já vimos, pode aparecer em três modalidades diferentes. A

ilicitude por funcionamento anormal do serviço é, de facto, a que detém maior destaque, em virtude de assentar num juízo de censura que se dirige diretamente ao próprio funcionamento dos serviços da Administração, ao invés de se dirigir à conduta de um determinado agente da mesma. Nesse sentido, o requisito da culpa deve ser apreciado nos termos do artigo 487.º do CC, conjugado com o artigo 10.º da Lei n.º 67/2007.

Concluimos, também, que o ónus de prova num caso de responsabilidade extracontratual do hospital público pertence ao lesado/utente.

Por fim, e ainda no âmbito desta responsabilidade, abordamos a questão da aplicação do artigo 493.º, n.º 2 do CC. E, apesar de não ser esse o entendimento jurisprudencial maioritário, concluimos que, no caso das atividades de saúde que possam originar infeções hospitalares, o mesmo se enquadra no regime das atividades perigosas e, por sua vez, assegura a presunção de culpa do artigo aqui em causa. O que nos leva, também, a considerar admissível uma responsabilidade pelo risco neste domínio.

Por seu turno, no que concerne à responsabilidade nos hospitais privados podemos, em primeiro lugar, concluir que estamos perante uma responsabilidade contratual.

Por conseguinte, o contrato de prestação de serviços estabelecida entre o utente e o hospital privado pode revestir formas diferentes. Sendo que, apenas no caso do contrato dividido é que o hospital não será totalmente responsabilizado, podendo o médico sê-lo também. Nos restantes dois, concluimos que o estabelecimento será responsabilizado. O que nos leva a concluir que, para podermos aferir a responsabilidade no caso de uma infeção hospitalar, é importante perceber qual a qualificação contratual em causa, para perceber se haverá uma responsabilização apenas do estabelecimento ou se, em contrapartida, haverá uma responsabilidade dividida.

Uma vez mais, há pressupostos a ter em conta quando estamos perante este tipo de responsabilidade. Consideramos que o pressuposto da culpa revela uma especial importância. Ora, é importante deixar assente que só depois de demonstrada a existência de danos, surge a presunção de culpa, competindo ao estabelecimento hospitalar demonstrar que a infeção não ocorreu por culpa sua, assim ilidindo a referida presunção.

Uma última conclusão que foi possível retirar deste estudo é que, qualquer pessoa, ainda que não muito dentro do assunto e sendo um mero observador, apercebe-se da reduzida taxa de condenação judicial de médicos e hospitais privados⁴⁸. Talvez porque uma “luta” deste género implica para o paciente uma série de obstáculos não menosprezáveis, isto é, tem muitas vezes de suportar um desgaste psicológico decorrente daquilo que o leva a tribunal e, sem esquecer que, enfrenta alguém ou alguma entidade que, a esmagadora maioria das vezes, tem um poder económico e científico bastante mais expressivo.

Não obstante o *supra* exposto, certo é que, neste campo, e sendo a medicina, e o recurso à mesma através dos estabelecimentos hospitalares, uma ciência sempre em desenvolvimento e um recurso sempre necessário, há ainda um longo percurso a percorrer e estamos longe de obter uma resposta unânime à nossa questão.

⁴⁸ Foi-nos possível encontrar uma notícia publicada pelo Jornal “Diário de Notícias” (*vide* <https://www.dn.pt/arquivo/2005/interior/hospital-processou-familia-616813.html>), que nos informa que a Segunda Vara do Tribunal Cível de Lisboa condenou o Hospital da Cruz Vermelha ao pagamento de uma indemnização no valor de 105 mil euros, aos filhos de uma vítima que morreu devido a uma infeção hospitalar. Não obstante, constatamos que foi interposto recurso da decisão em 2003, sem nos ter sido possível aferir, apesar da profunda investigação, qual a decisão final do processo.

Bibliografia

AUBY, Jean-Marie, “*Aspetos Particulares de Responsabilidade Médica*”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, 1991.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado*. Coimbra Editora, 2ª Edição, 2011.

CANOTILHO, Gomes, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra, Almedina, 1974.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do caso*. Almedina, 2011.

GOMES, Carla Amado, *Presunção e diligência, cada um toma a que deve*, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª secção) de 15/05/2014, in *Cadernos da Justiça Administrativa*, n.º 112, Julho/Agosto de 2015.

MEDEIROS, Rui, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Edição da Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.

RUEFF, Maria do Céu (coordenação), “*Os Novos Desafios da Responsabilidade Médica – entre uma responsabilidade fundada na culpa e a criação de novas vias de ressarcimento do dano*”, in *Direito da Medicina, Eventos Adversos, Responsabilidade, Risco*. Lisboa, 2013.

SERRA, Vaz, *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, ano 103.

VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*. Volume I, Almedina, 2017, reimpressão da 10ª edição de 2000.

- *Direito das Obrigações em Geral*. Volume II, 7ª edição, Almedina, 1997.

Documentos Web

Prevenção de infeções adquiridas no hospital – um guia prático, 2.^a Edição -
<https://www.dgs.pt/programa-nacional-de-controlo-da-infeccao/documentos/manuais-de-boas-praticas/prevencao-de-infeccoes-adquiridas-no-hospital-um-guia-pratico.aspx>.