

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

***O encargo probatório nas ações de responsabilidade civil
por atos médicos praticados em hospitais públicos***

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito Administrativo sob orientação
da Professora Doutora Rita Lynce de Faria

António Horta e Costa de Medeiros Barbosa

Agosto de 2023

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

***O encargo probatório nas ações de responsabilidade civil
por atos médicos praticados em hospitais públicos***

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito Administrativo sob orientação
da Professora Doutora Rita Lynce de Faria

António Horta e Costa de Medeiros Barbosa

Agosto de 2023

A civilização em que estamos é tão errada que

Nela o pensamento se desligou da mão

Ulisses, rei de Ítaca, carpinteirou o seu barco

E gabava-se também de saber conduzir

Num campo direito o sulco do arado

SOPHIA DE MELLO BREYNER ANDRESEN, *O Rei de Ítaca*

Agradecimentos

Aos meus Pais, Sofia e Luís, pedras basilares da minha formação académica e, sobretudo, da minha vida. Sem o vosso apoio desmedido, nada disto seria possível

Aos meus irmãos, Joana, Teresa e Luís, por todo o apoio e alento que me deram nestes últimos meses.

À Professora Doutora Rita Lynce de Faria, minha orientadora, por ter aceitado orientar-me neste percurso e por ter contribuído de forma tão positiva com conselhos e contributos que dignificaram bastante esta dissertação.

Aos meus amigos, em particular, à Catarina, ao Bernardo, ao Tomás e ao Simão, pela amizade, lealdade e paciência.

Resumo

A presente dissertação de Mestrado tem como finalidade o estudo do encargo probatório nas ações de responsabilidade civil por atos médicos praticados em hospitais públicos. Neste sentido, optámos por analisar a referida problemática de dois prismas diversos, mas complementares.

No primeiro capítulo, propomo-nos a analisar o tema da responsabilidade civil médica, tendo por base o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Em abono da clarividência, aquilo que se pretenderá é, não só analisar a natureza da relação jurídica que se estabelece entre o paciente e o estabelecimento público de saúde, mas, sobretudo, averiguar se a aplicação do regime da responsabilidade administrativa será a mais adequada no âmbito de ações de responsabilidade civil por danos decorrentes de atos médicos em estabelecimentos públicos de saúde.

No segundo (e último) capítulo procuramos estudar o encargo probatório no âmbito destas ações de responsabilidade civil médica. Neste sentido, vamos aferir as dificuldades com que o paciente-lesado se vai confrontar na demonstração da verificação dos diversos pressupostos cumulativos do instituto da responsabilidade civil. Tendo isto em vista, tentaremos apresentar um conjunto de instrumentos jurídicos *pro damnato*.

Palavras-Chave: responsabilidade civil médica; ónus da prova; intervenções *pro damnato*; responsabilidade civil obrigacional.

Abstract

The purpose of this master's dissertation is to study the burden of proof in civil liability suits for medical acts carried out in public hospitals. To this end, we have chosen to analyze this issue from two different but complementary perspectives.

In the first chapter, we set out to analyze the issue of medical civil liability, based on the Regime of Extra-contractual Civil Liability of the State and other Public Entities. In the interests of clarity, the aim is not only to analyze the nature of the legal relationship established between the patient and the public health establishment, but above all to ascertain whether the application of the administrative liability regime is the most appropriate in the context of civil liability actions for damages arising from medical acts in public health establishments.

In the second (and final) chapter, we try to study the burden of proof in the context of these medical liability suits. In this sense, we will assess the difficulties faced by the injured patient in demonstrating the verification of the various cumulative assumptions of the institute of civil liability. With this in mind, we will try to present a set of *pro damnato* legal instruments.

Keywords: medical civil liability; burden of proof; *pro damnato* interventions; obligatory civil liability.

Índice

Introdução.....	10
Capítulo I – A responsabilidade civil médica.....	14
1. Considerações iniciais	14
2. Uma breve contextualização da evolução legislativa nacional	17
3. A natureza jurídica da relação entre o paciente e uma unidade de saúde.....	18
4. A responsabilidade civil médica em hospitais públicos: um regime e uma crítica .	23
Capítulo II – O difícil encargo probatório	34
5. O ónus da prova: considerações iniciais.....	34
6. O ónus da prova na responsabilidade civil médica.....	36
7. Em especial, a demonstração do nexo de causalidade: uma prova (quase) impossível	39
8. Instrumentos jurídico <i>pro damnato</i>	41
a) A inversão do ónus da prova.....	43
b) Presunção de culpa na responsabilidade civil aquiliana	46
c) As presunções judiciais e a prova <i>prima facie</i>	51
Conclusão	55
Bibliografia.....	57

Introdução

A responsabilidade civil é uma matéria fundamental para o Direito em geral. Na verdade, quando analisamos, detalhadamente, este instituto, deparamo-nos com um conjunto de desafios e questões práticas que, em virtude da sua complexidade e exigência, são merecedoras da nossa profunda atenção. Note-se que é, no entanto, na área da saúde ou, mais precisamente, no Direito da Saúde, que a responsabilidade civil assume uma importância ímpar. Efetivamente, basta pensarmos que, embora o desenvolvimento da atividade médica tenha como objetivos primordiais a melhoria da qualidade de vida e a promoção do bem-estar, a realidade tem demonstrado que o exercício de tal atividade não está isento de provocar certos danos e prejuízos aos sujeitos que, com ela, entrem em relação. De facto, um profissional de saúde exerce, sobre o doente, uma atividade que, na grande maioria das vezes, tem repercussões na sua própria vida, bem como, na sua integridade física ou moral. Nesse sentido, a realização de um ato médico terá sempre consequências ao nível dos direitos fundamentais mais basilares do paciente.

É, portanto, inegável de que estamos perante uma problemática bastante atual¹. Aliás, em boa verdade, diríamos que refletir sobre a responsabilidade civil médica é quase uma imposição lógica da relação existente entre a ciência jurídica e a ciência médica. Esta relação entre o Direito e a Medicina que, ao longo dos tempos, se foi estreitando e que pode ser demonstrada a três níveis distintos²: numa primeira instância, a ciência médica veio em auxílio da ciência jurídica fornecendo o conhecimento para que esta pudesse dar resposta às diversas questões jurídicas que iam surgindo, nomeadamente, no âmbito do Direito da Família e das Sucessões e do Direito Penal; posteriormente, é a ciência jurídica que vem criar as normas daquilo a que hoje chamamos de Direito da Saúde (onde se inclui, obviamente, o instituto da responsabilidade civil médica); e por último, através emanação de diversos diplomas que vêm regular atividade médica e que vêm criar condições para uma melhor prossecução dos objetivos que a ciência médica visa atingir³.

Ademais, a ciência médica está longe de ser uma ciência exata. Isto significa, desde logo, que, em determinadas situações, “*mesmo que o profissional de saúde atue em*

¹ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008, p. 15.

² Cfr. CATHERINE CRAWFORD, *Medicine and the law*, in Companyon Encyclopedia of the history of Medicine – Volume 2, 1994, p. 1619.

³ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 25.

*consonância com o mais perfeito estado de evolução da ciência técnica, haverá sempre espaço para o dano*⁴.

Apesar dos inegáveis avanços ao nível da ciência médica, sobretudo, mediante uma aposta clara na inovação de certos procedimentos em que a intervenção humana é cada vez menor, é facto que ainda estamos perante uma área onde reina a incerteza. Se, por um lado, os profissionais da medicina são muitas vezes confrontados com novas doenças e patologias, por outro lado, é natural que o doente nem sempre tenha a mesma reação a uma determinada patologia ou procedimento médico. De forma mais clara, tal como afirma o médico ANTÓNIO VAZ CARNEIRO “*se formos aos livros de texto de medicina procurar, por exemplo, a definição de uma doença qualquer, encontramos um conjunto de sinais e sintomas – abordagens estatísticas de grupos semelhantes – e não há com certeza nenhum doente à face da terra que apresente a totalidade dos mesmos*”⁵.

Naturalmente, quando um procedimento médico é bem executado e não causa qualquer tipo de dano ao paciente, pouco nos interessa invocar o instituto da responsabilidade civil. Todavia, nas situações em que um certo procedimento foi mal sucedido, levando ao agravamento do estado de saúde ou, até mesmo, gerando danos irreversíveis na integridade física ou psíquica do doente, nesse caso, já nos vemos obrigados a equacionar a possibilidade de lançar mão do instituto jurídico mencionado.

Porém e de forma surpreendente, a efetivação deste legítimo direito a ser indemnizado pelos danos sofridos tem-se consubstanciado num verdadeiro calvário para todos os pacientes-lesados. Repare-se que, em Portugal, do elevado número de ações de responsabilidade civil médica, é quase inexistente, segundo as decisões disponíveis eletronicamente, o número de ações cuja decisão é favorável ao lesado⁶. Para justificar tal circunstância, a doutrina tem entendido que concorrem os seguintes fatores⁷: (i) a profunda discrepância ao nível de conhecimentos científicos e técnicos entre o médico,

⁴ Cfr. CARLA GONÇALVES, *A Responsabilidade Civil Médica: um problema para além da culpa*, Coimbra Editora, 2008, p. 12.

⁵ Cfr. ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, *A complexidade da prática clínica: análise baseada no risco e na incerteza*, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 29, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, 2003, p. 59.

⁶ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, *op. cit.*, p. 15.

⁷ Cfr. LUÍS FILIPE SOUSA, *O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo, prova pericial)*, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 16, 2011, pp. 79 e 80; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas ações relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato*, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 15, 2011, p. 10.

profundo conhecedor e estudioso da ciência médica e o paciente, um mero leigo nestas matérias; (ii) a complexa organização das equipas médicas, compostas por chefes clínicos, médicos, enfermeiros e auxiliares, o que constitui um entrave à identificação concreta dos responsáveis pelo ato que criou determinado dano; (iii) é o médico que tem à sua disposição um conjunto de documentos fundamentais em matéria probatória (registos de consultas, ficha do doente, resultados de exames); (iv) a medicina tem acompanhado a par e passo o desenvolvimento tecnológico o que torna, na grande maioria das vezes, difícil a compreensão do ato que foi praticado pelo médico; e, (v) em determinados procedimentos médicos, o paciente encontra-se num profundo estado de inconsciência, o que vem obstaculizar “*a própria reconstrução e demonstração dos factos que servem de fundamento ao pedido*”⁸. E esta realidade constitui, indiscutivelmente, um problema dramático em matéria de responsabilidade civil por ato médico. De facto, e como nos ensina a doutrina civilística⁹, para um particular se socorrer do regime da responsabilidade civil, tem a obrigação de demonstrar a verificação cumulativa dos vários pressupostos exigidos. Ora, também em matéria de responsabilidade civil por ato médico, compete ao paciente-lesado, fazer a demonstração dos factos constitutivos do direito invocado, tal como impõe o artigo 342.º, n.º 1 do Código Civil.

Sem grande dificuldade, aferimos que esta circunstância de caber ao paciente-lesado o ónus da prova de tais factos constitutivos do direito que invoca conduz a situações de enorme dificuldade no plano probatório. Aliás, arriscamo-nos mesmo a considerar que, em vários casos, estamos perante uma verdadeira prova impossível. Em adição, basta pensarmos que, a partir do momento em que o ónus da prova se reparte desta forma, o profissional de saúde acaba por estar numa posição de alguma inércia a nível processual, uma vez que não terá qualquer interesse em contribuir do ponto de vista factual, acabando apenas por apresentar contestação ao pedido feito pelo lesado. Recorrendo aos ensinamentos de RUTE TEIXEIRA PEDRO, as regras que regulam a figura do ónus da prova passam de “*meras regras de distribuição do encargo probatório e de repartição, entre as partes, do risco a ele inerente, transformando-se em mecanismo de predeterminação sistemática de insucesso de uma delas (o paciente) em favor a outra (o*

⁸ Cfr. LOURENÇO CASTRO DE BONE, *Sobre a dificuldade probatória do paciente lesado nas ações de responsabilidade civil médica*, in Revista de Direito Civil, n.º 4, 2022, p. 764.

⁹ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações – Volume I*, Almedina, 2013, pp. 258 e 259.

médico) e de ampliação injusta da área de concretização do princípio do casum sentit dominus”¹⁰.

Assim, partindo da premissa de que o atual paradigma das ações de responsabilidade civil por ato médico onera o paciente-lesado com um exercício complexo de difícil demonstração dos factos constitutivos do direito por si alegado, impõe-se, com este estudo, analisar os mecanismos que o legislador nacional consagrou na lei de forma a atenuar, não só o profundo desequilíbrio entre o médico e o paciente, como reverter o elevado insucesso das referidas ações em sede jurisdicional. Mas mais: é imperativo refletir sobre a própria existência de outros instrumentos jurídicos *pro damanto* que, através da atividade interpretativa ou pelo exemplo fornecido por outros ordenamentos jurídicos europeus, serão suscetíveis de conferir ao paciente-lesado uma posição menos desigual em relação ao médico no desenrolar das ações de responsabilidade civil por ato médico.

¹⁰ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas ações relativas à responsabilidade civil do profissional...*, *op. cit.*, p. 14.

Capítulo I – A responsabilidade civil médica

1. Considerações iniciais

Ao contrário daquilo que se poderia, eventualmente, pensar, em termos históricos, a ideia de responsabilizar juridicamente um médico que, no exercício da sua atividade, tenha cometido um determinado erro é bastante recente. Obviamente que se poderia dizer que já nos tempos do Direito Romano já se proclamava a máxima “*sicut medico imputari eventus mortatatis non debet, ita quod per imperitiam commisit imputari ei debet*”¹¹, que pode encontrar significado na seguinte expressão “assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por falta de perícia”. Porém, em abono da clarividência, daqui não se poderia extrair uma autêntica responsabilidade jurídica do médico.

Ademais e não seríamos coerentes se não o admitíssemos, ao longo dos tempos, houve sempre espaço para o triunfo de algumas teorias que pretendiam isentar os médicos dessa mesma responsabilidade.

Nesse sentido, recordemo-nos que, em pleno ano de 1829, a Academia de Medicina de Paris decidiu, de forma algo surpreendente, pôr termo à responsabilidade jurídica dos médicos e consagrar a sua mera responsabilidade moral. É de salientar que este conceito de responsabilidade moral nos transporta para os primórdios da História em que os médicos não poderiam ser responsabilizados juridicamente pelos danos provocados nos doentes “*dada a natureza sagrada do seu labor*”¹². Nas palavras de GUILHERME OLIVEIRA “[e]m suma: *quase toda a história da medicina nos mostra uma responsabilização religiosa e moral dos médicos, decorrente do carácter sagrado do seu múnus; nunca uma responsabilidade jurídica no sentido que hoje lhe atribuímos*”¹³. Na base da orientação daquela academia francesa, estava o argumento de que, para haver progresso ao nível da medicina, era necessário correr riscos, nomeadamente, através da experimentação de novas técnicas de tratamento e que, se assim não fosse, a medicina estagnaria. Numa frase: os fins justificavam os meios.

¹¹ Cfr. CÁRMEN ORBÁN, *Responsabilidad profesional del médico – Enfoque para el siglo XXI*, J. M. Bosch Editor, 2003, pp. 29 e 30.

¹² Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, *op. cit.*, p. 27.

¹³ Cfr. GUILHERME OLIVEIRA, *O fim da “arte silenciosa”*: O dever de informação dos médicos, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3852, 1995, p. 71.

Esta opção, que conferiu um regime de verdadeiro privilégio¹⁴ aos profissionais da área da medicina, parece-nos, hoje, indefensável. Para além da profunda desvalorização da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais, não nos parece defensável o argumento de que se um médico não correr riscos, a medicina não avança. Somos da opinião de que a medicina avança através de tratamentos inovadores, seguros e rigorosamente testados.

Com a chegada do século XX, a ideia de responsabilizar juridicamente um médico pelos danos causados ao paciente ganhou força. Recuperando os ensinamentos do autor *supramencionado*, “*só no século vinte poderia ter surgido uma verdadeira responsabilidade médica, assente na violação ilícita dos direitos do paciente*”¹⁵. Com efeito, a anterior perspetiva de que o exercício de uma profissão, para a qual se impunha a existência de um diploma ou de uma autorização oficial, acabava por eximir o seu legítimo praticante de assumir a responsabilidade pelos danos que viesse a causar, encontrava-se largamente ultrapassada¹⁶. A título meramente exemplificativo, nos Estados Unidos da América, na década de 80, as indemnizações concedidas em virtude dos casos de *malpractice* atingiram valores na ordem dos 2.000 milhões de dólares¹⁷, o que levou a comunidade médica a repensar o próprio exercício da sua atividade. Aliás, tal como explana o sumário executivo do Relatório dos Seguros de Responsabilidade na Saúde, elaborado por uma *task force* a pedido do Governador da Florida, Jeb Bush, em 2003, “[t]he concern over litigation and the cost and lack of medical malpractice insurance have caused doctors to discontinue high-risk procedures, turn away high-risk patients, close practices, and move out of the state”¹⁸. De facto, face à onda de ações de responsabilidade civil médica, os profissionais da saúde começaram a praticar uma medicina defensiva, evitando procedimentos que considerassem demasiado arriscados ou, em última instância, evitando tratar os chamados “pacientes de risco”. Compreensivelmente, a prática de uma medicina suportada por um prejudicial excesso de cautela (ou, melhor dizendo, a medo) em nada abona a favor do seu propósito fundamental. A medicina defensiva caracteriza-se pelo uso exagerado de recursos

¹⁴ Cfr. JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por Daños – Volume VIII. Responsabilidad de los profesionales*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 257.

¹⁵ Cfr. GUILHERME OLIVEIRA, *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 1999, p. 70.

¹⁶ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁷ Cfr. LUÍS FILIPE SOUSA, *O ónus da prova na responsabilidade civil médica...*, *op. cit.*, p. 39.

¹⁸ Cfr. FRANK SLOAN / LINDSEY CHEPKE, *Medical Malpractice*, MIT Press, 2008, p. 51.

técnicos, constituindo um afastamento relativamente àquilo que é entendido como padrão científico¹⁹. Estamos a falar da prescrição de um número excessivo de exames e testes de diagnóstico, do internamento prematuro do doente ou do encaminhamento do paciente para vários médicos de outras especialidades. De facto, tudo se passa como se a decisão de realizar ou omitir um certo procedimento estivesse mais focada na maior ou menor proteção e segurança do médico do que nos interesses e necessidades do paciente²⁰.

Ora, à boleia do exemplo americano, também na Europa, diversos países registaram um aumento exponencial de ações de responsabilidade civil médica²¹. Ainda que de forma mais tardia, em Portugal, terá sido no final do século que começaram a surgir os primeiros casos em que um paciente-lesado invocou a aplicação do instituto da responsabilidade civil por danos sofridos na sequência um determinado ato médico. Assistiu-se, assim, a um acentuado aumento destas ações, sobretudo, no que diz respeito à prestação de assistência médica no setor público. De facto, como se escrevia por estas alturas, “*desde há alguns anos que é difícil ler um jornal diário (...) que não contenha alguma notícia sobre a condenação por danos ou prejuízos causados por (...) médicos*”²². Contudo, importa apenas salientar que não cremos que este atraso relativamente aos demais países europeus encontra a sua fundamentação num hipotético desinteresse pelas questões da responsabilidade civil dos médicos. Em abono da clareza, defendemos que o grande problema do país residia na enorme dificuldade na aplicação prática dos princípios teóricos. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO era imperativo “*tornar a law in the books*” em “*law in the action*”²³.

Neste sentido e aproveitando as palavras dos digníssimos Professores *supramencionados*, impõe-se uma visão atenta e profunda sobre a natureza, o regime e o alcance do instituto legal da responsabilidade civil médica em hospitais públicos, no âmbito do ordenamento jurídico português.

¹⁹ Cfr. MICAELA ROMERO / VANESSA CANABARRO, *Análise comparativa das concepções defensiva e bioética do consentimento informado na assistência médica*, disponível através do link https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/44333/Resumo_2802.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁰ Cfr. JORGE ROSA DE CASTRO, *Consentimento Informado e Medicina Defensiva*, in Revista Julgar, Edição Especial, 2014, p. 209.

²¹ Nomeadamente em França, que registou um aumento na ordem dos 1000%, passando de 35 ações, em 1944, para 2000 ações, em 1988, Cfr. JEAN PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 2004, p. 2.

²² Cfr. DIAMANTINO MARQUES LOPES, *Responsabilidade civil médica – A Culpa*, in Revista da Ordem dos Médicos, janeiro, 1997, p. 28.

²³ Cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS / JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental – Considerações de lege ferenda*, in Scientia Juridica, Volume XXXIII, 1984.

2. Uma breve contextualização da evolução legislativa nacional

Atualmente, estamos em perfeitas condições de afirmar que o médico que atue incorretamente e em violação das *legis artis*, quer porque foi para além das suas capacidades, quer porque atuou com diligência abaixo daquela que lhe era exigida, tem de ser devidamente responsabilizado. Portanto, por mais competentes e dedicados que os médicos sejam, estes não estão isentos de provocar um certo dano ao paciente e, por consequência, de serem obrigados a indemnizá-lo. Partindo desta ideia, e ainda antes de dar resposta à questão sobre qual o regime da responsabilidade civil que vai ser aplicado, cumpre-nos tecer um importante conjunto de considerações.

Primeiramente, é fulcral salientar que o legislador nacional fez questão de proceder a uma diferenciação minuciosa entre o regime de responsabilidade civil aplicável às unidades de saúde públicas e às unidades de saúde privadas. Aliás, reflexo disso mesmo é o facto de ter submetido cada uma delas a um regime jurídico próprio. Ainda assim, não deixa de ser curioso verificar que, aquando dos trabalhos preparatórios do atual Código Civil, a solução poderia ter sido outra. Recorde-se que foi equacionada a possibilidade de introduzir na lei civil o regime da responsabilidade civil extracontratual da Administração. Todavia, não foi essa a opção final do legislador, consagrando no referido diploma apenas o regime da responsabilidade civil da Administração quando em causa estivessem atos de gestão privada, isto é, atos praticados pelo Estado ou por outra pessoa coletiva pública, mas sem que este esteja munido das suas “vestes de poder público”.

Com o intuito de disciplinar a responsabilidade civil da Administração por atos de gestão pública, foi aprovado o Decreto-lei n.º 48 051, de 21 de novembro, que veio regular a responsabilidade civil extracontratual do estado e demais pessoas coletivas públicas. É, desde logo, importante salientar o facto de o Governo ter sido célere na elaboração e aprovação deste diploma. Repare-se que, com a aprovação do Código Civil, apenas as situações de responsabilidade civil da Administração por atos de gestão privada tiveram tratamento na lei. Tal circunstância levou, inevitavelmente, ao aparecimento de diversas situações que não tinham resposta legal, que correspondiam a situações de verdadeiras lacunas jurídicas.

Neste sentido, como tão bem sintetiza VASCO PEREIRA DA SILVA, “*o ordenamento jurídico português ocupa-se da matéria da responsabilidade administrativa de acordo*

com uma regra de dualidade: de tratamento legislativo e de jurisdição competente. Assim, «pelos danos causados no desempenho de actividades de gestão privada, a Administração responde segundo o Direito Civil perante os tribunais judiciais; e pelos danos causados no desempenho de actividades de gestão pública, a Administração responde segundo o Direito Administrativo perante os tribunais administrativos»²⁴. Ou seja, à responsabilidade civil por atos de gestão privado, aplica-se o regime previsto no Código Civil, mais precisamente, o seu artigo 501.º, e à responsabilidade civil por atos de gestão pública, o Estado e as demais entidades públicas estão submetidos ao Decreto-lei n.º 48 051, de 21 de novembro.

Diferentemente desta orientação político-legislativa, isto é, que prevê, a tipificação do instituto da responsabilidade civil em dois diplomas distintos, consoante estejam em causa atos de gestão pública ou atos de gestão privada, o Código Civil revela-se bem mais conciso na sua sistemática. Com efeito, no âmbito do Direito Civil, toda a responsabilidade que advenha de uma relação exclusivamente estabelecida entre privados, encontra-se plasmada nesta lei.

Ora, aquilo que acabou de ser dito é decisivo para abordar a problemática da responsabilidade civil médica, em Portugal. Como veremos de seguida, não é de todo indiferente chamar à colação este instituto jurídico consoante estejamos perante uma unidade de saúde pública ou uma unidade de saúde privada. E isto é assim porque tudo vai depender da definição e qualificação da natureza jurídica da relação que é estabelecida entre o utente e o estabelecimento público de saúde e entre o utente e a clínica privada.

3. A natureza jurídica da relação entre o paciente e uma unidade de saúde

Ainda antes da entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, e, por isso, durante a vigência do Decreto-lei n.º 48 051, de 21 de novembro, já a maioria da doutrina portuguesa considerava que a relação estabelecida entre um utente e unidade de saúde pública assumia a natureza de uma verdadeira relação jurídica administrativa. A este propósito, SÉRVULO CORREIA defendia que os atos praticados pelos profissionais de

²⁴ Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, Almedina, 2000, p. 26.

saúde nos estabelecimentos públicos de saúde correspondiam atos de gestão pública²⁵, uma vez que tinham como principal finalidade a prossecução do interesse público. Tratava-se, portanto de uma “*relação de serviço público*”²⁶. No mesmo sentido, FREITAS DO AMARAL socorria-se da letra do artigo 12.º da Lei n.º 56/79, de 15 de setembro, que consagrava que “[p]ara além o disposto no artigo anterior, os utentes, sempre que sejam lesados nos seus direitos pelos órgãos ou pessoal do SNS, têm direito a ser indemnizados pelos danos causados, nos termos da lei reguladora da responsabilidade civil extracontratual do Estado no domínio dos actos de gestão pública”, para sustentar que os atos praticados pelos profissionais de saúde seriam atos de gestão pública, dada a natureza administrativa da relação estabelecida²⁷.

No que concerne a esta matéria, é ainda de realçar que a orientação da jurisprudência acabou por corroborar as teses doutrinárias a que acabámos de fazer referência. A este propósito, devemos mencionar o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20.04.2004, Processo n.º 0982/03, em que o tribunal vem afirmar que “[n]a verdade, quem recorre a um estabelecimento de saúde pública, fá-lo ao abrigo de uma relação jurídica administrativa de utente, modelada pela lei, submetida a um regime jurídico geral e estatutário pré-estabelecido, aplicável, em igualdade, a todos os utentes daquele serviço público, que define o conjunto dos seus direitos, deveres e sujeições e não pode ser derogada 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”²⁸.

Porém, se era certo que a natureza da relação entre unidade de saúde pública e paciente se consubstanciava numa relação administrativa, impõe-se referir que uma

²⁵ Hodiernamente, o novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, ao contrário do Decreto-lei n.º 48051, não faz qualquer tipo de menção aos “atos de gestão pública”. Ao analisar o diploma, afere-se que o legislador preferiu a adotar a expressão de “exercício da função administrativa”, o que suscitou a dúvida de saber se o novo diploma continuava a aplicar-se meramente aos atos de gestão pública. A resposta a esta questão só pode ser afirmativa. Em abono da verdade, tratou-se de uma mudança terminológica, sem qualquer tipo de consequências ou mudanças a nível substantivo (Cfr. CARLA AMADO GOMES / MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Topicamente – e a quatro mãos... - sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades*, in Revista de Direito Público e Regulação, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2010, pp. 5 e 6.

²⁶ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *As relações de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde*, in Direito da Saúde e da Bioética, AAFDL Editora, 1996, p. 11.

²⁷ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Natureza da Responsabilidade Civil por Atos Médicos praticados em Estabelecimentos de Saúde*, in Direito da Saúde e da Bioética, AAFDL Editora, 1991, p. 129.

²⁸ Disponível para consulta no site [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](http://IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais (dgsi.pt)) e diretamente acessível através do link [Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo \(dgsi.pt\)](http://Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (dgsi.pt)).

orientação transversalmente distinta era defendida se essa relação fosse estabelecida com uma unidade de saúde privada.

Neste caso a fonte que regula aquela relação jurídica é o negócio jurídico, mais precisamente, o contrato. Aliás, como bem ensinam MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, o “*médico e o paciente celebram um contrato, pela qual aquele se obriga a prestar serviço médico e este, regra geral, ao pagamento dos honorários acordados*”²⁹. Em virtude disto, o contrato celebrado entre o médico e o paciente reveste a natureza de contrato de prestação de serviços, que se encontra previsto e regulado no artigo 1154.º do Código Civil. Note-se que também aqui a jurisprudência é unânime ao afirmar a existência de um contrato de prestação de serviços. A título meramente exemplificativo, devemos referir o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.07.2010, Processo n.º 1364/05.5TBBCL.G1, onde se lê “[o] *objecto da singular relação médico/paciente é o tratamento da saúde deste último, sendo o acto referencial e enquadrador dos interesses em jogo juridicamente qualificável como contrato de prestação de serviço, já que, mediante ele, «uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho manual ou intelectual, com ou sem retribuição»* (art.º1154.º do CC)”³⁰.

Ainda assim, é, por de mais, interessante referir que a qualificação de um determinado contrato médico como contrato de prestação de serviços pode entrar em crise na circunstância do próprio objeto do contrato se revelar inadequado à sua natureza. Repare-se neste desenvolvimento do exemplo fornecido pelos dois autores *supramencionados*³¹: um procedimento cirúrgico de reconstrução do fémur. Neste caso, embora possamos estar perante uma prestação de serviços, é defensável, atendendo ao objeto do negócio jurídico, qualificá-lo como um contrato de empreitada. Segundo o artigo 1207.º, n.º 1 “[e]mpreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante preço”. Ora, tratando-se de uma cirurgia efetuada com o intuito de reconstruir o fémur do paciente e, por conseguinte, impondo ao médico a realização de uma determinada obra, parece-nos, igualmente, claro que tal contrato é suscetível de assumir a natureza de contrato de empreitada.

²⁹ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Universidade Católica Editora, 2014, p. 185.

³⁰ Disponível para consulta no site [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](http://IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais (dgsi.pt)) e diretamente acessível através do link [Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça \(dgsi.pt\)](http://Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (dgsi.pt)).

³¹ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, p. 186.

Neste sentido, revela-se, para nós, claro que tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesa caminham a par e passo nesta matéria, afirmando, a *una voce*, que a relação que se estabelece entre um utente e uma unidade de saúde pública se consubstancia numa relação administrativa, regulada pelo Direito Administrativo e, diferentemente, que a relação estabelecida entre unidade de saúde privada e paciente é regulada pelo Direito Civil.

Em todo o caso, não podemos deixar de abordar sumariamente o modo como os diversos ordenamentos jurídicos europeus refletiram sobre esta matéria e a aplicaram na prática.

Por um lado e numa orientação bastante idêntica à nossa, em França, o Tribunal de Conflitos veio, em 1957, decidir que, se um particular quiser reagir contra um ato médico praticado num hospital público, a jurisdição competente é a administrativa, dada a natureza, também ela administrativa, da relação entre o particular e o hospital público.³² No mesmo sentido vai a doutrina espanhola que tem entendido que a letra do artigo 9.º, n.º 4 da *Ley Orgánica del Poder Judicial* e do artigo 2.º da *Ley 29/1998* é muito clara quanto ao facto de um particular só poder demandar a Administração perante a jurisdição administrativa. Isto significa que, como ensina DOMÍNGUEZ LUELMO, se o paciente sofre um determinado dano num hospital público, deve demandá-lo num tribunal administrativo, mesmo que pretenda demandar apenas o médico responsável³³.

Em sentido diferente, os ordenamentos jurídicos alemão, austríaco e italiano determinavam que a relação entre utente e hospital público correspondia a uma relação contratual de Direito Civil³⁴. Aliás, na Áustria, a doutrina maioritária defendia que não existia nenhuma diferença substancial na relação entre o utente e a unidade de saúde, quer ela fosse pública ou privada, uma vez que, em ambos os casos, estaríamos perante um ato de gestão privada da Administração. Esta posição foi confirmada pelo acórdão do

³² Entende a doutrina francesa que, por um lado, embora não se enquadrem no estatuto da função pública, os médicos encontram-se, tanto nas suas relações com o serviço como nas suas relações com o doente, numa situação jurídica e regulatória de direito público; por outro lado, os médicos estão diretamente envolvidos na execução do serviço. Após resistência de certos tribunais de primeira instância, o Tribunal de Cassação finalmente impôs, em 1963 a solução dada pelo Tribunal de Conflitos. Desde essa data, o problema foi definitivamente resolvido em princípio: os pedidos de indemnização por danos imputáveis à actividade dos médicos é da competência dos tribunais administrativos e rege-se tanto pelas regras substantivas como pelas regras processuais do direito administrativo. Cfr. JEAN PENNEAU, *op. cit.*, p. 49.

³³ Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Editorial Lex Nova, 2003, p. 73.

³⁴ Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 2015, p. 796.

Tribunal Constitucional austríaco (*Verfassungsgerichtshof österreich*) de 18.10.1957, onde se lê “*para a delimitação do domínio dos atos de gestão privada dos atos de gestão pública não se deve atender aos motivos e aos fins da atividade; decisivo é saber qual o meio técnico-jurídico que o legislador utilizou para concretizar as suas funções. Se o legislador não conferiu ao serviço administrativo poderes de autoridade, então não estamos perante atos de gestão pública, antes perante atos de gestão privada*”³⁵. Note-se, que os defensores desta tese afirmavam, ainda, mais três razões essenciais para justificar a aplicação desta orientação de índole contratualista à relação entre uma unidade de saúde pública e o paciente: *i)* desde logo, defendia-se que independentemente do contexto subjacente ao estabelecimento dessa relação, ela tem exatamente o mesmo conteúdo; *ii)* por outro lado, afirmava-se que sobre o profissional médico impendia uma obrigação específica de *facere* e não um dever genérico de abstenção; *iii)* por último, tal como era ensinado pela doutrina italiana, em ambas as relações, é estabelecido um verdadeiro vínculo jurídico que, ao fim e ao cabo, se consubstancia na chamada “*obbligo primário di prestazione*”, cuja violação acarreta necessariamente uma situação de culpa *in faciendo* e, por consequência, à responsabilidade contratual³⁶.

Posto isto, tendo por base o diferente tratamento legal que os ordenamentos jurídicos europeus atribuem a esta delicada matéria, afigura-se evidente que podemos, antes de mais, descartar um possível argumento que se pautar pela ideia de que a decisão de aplicação do regime do Direito Civil ou do Direito Administrativo é intrínseco à circunstância da unidade de saúde ser pública ou privada. Tal decisão corresponde, nada mais nada menos, de que uma mera opção político-legislativa. Porém e em honra da reflexão teórica, temos para nós que, nos ordenamentos jurídicos, entre os quais se inclui o ordenamento jurídico português, em que o Direito Civil regula as relações entre a unidade de saúde privada e o paciente e o Direito Administrativo regula as relações entre unidade de saúde pública e o paciente, é quase inevitável que surjam, desde logo, pela própria aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil, questões de falta de equidade e, sobretudo, de falta de segurança jurídica que, no fundo, contribuirão para obstaculizar a justa realização do direito da medicina.

³⁵ Cfr. GERSON KERN, *Limitierte Einwilligung : zum Ausschluß von Behandlungsmethoden*, 1999, p. 153.

³⁶ Cfr. LUCA NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti: medici, avvocati, notei – il punto sulla giurisprudenza*, EDP, 2000, p. 517.

4. A responsabilidade civil médica em hospitais públicos: um regime e uma crítica

Tal como foi explanado anteriormente, o ordenamento jurídico português fez questão de estabelecer dois regimes de responsabilidade civil, consoante estivessemos perante uma unidade de saúde pública ou uma unidade de saúde privada. De facto, a opção do legislador foi bastante clara: aos danos decorrentes de atos praticados por médicos em hospital público, o paciente-lesado socorria-se do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estados e demais Entidades Públicas; e aos danos sofridos na decorrência de um ato médico praticado numa clínica privada, o paciente-lesado lançaria mão do regime da responsabilidade civil contratual, consagrada no Código Civil.

De igual modo, a jurisprudencial nacional não hesitou em espelhar tal orientação nas suas decisões, sendo, também ela, praticamente unânime e esclarecedora relativamente a esta mesma dicotomia. A este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.12.2008, consagra no seu sumário o seguinte: *“Por isso mesmo, nos serviços prestados por entidades que operem ao abrigo do serviço nacional de saúde ou que com ele tenham protocolo, a responsabilidade civil operará para com o utente ao nível da responsabilidade extra-contratual. Nas instituições ou consultórios em que não haja protocolo com o serviço nacional de saúde, ou seja, em que o utente pague o custo ou preço efectivo, a responsabilidade civil operará ao nível da responsabilidade civil contratual”*³⁷.

E repare-se que nos são oferecidos diversos fundamentos para justificar a existência de tal diferenciação. Desde logo, a doutrina maioritária entendia que *“a medicina pública faz parte das funções do Estado Social prestador, consistindo num ato de gestão pública”*³⁸, ao contrário da medicina privada que, regra geral, se efetiva por meio da celebração de um contrato de prestação de serviços entre o paciente e a clínica (ou um dos seus médicos), contrato esse que impõe a cada uma das partes um conjunto de obrigações, cuja violação acarreta a aplicação do regime previsto no artigo 798.º e seguintes do Código Civil.

³⁷ Disponível para consulta no site [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](http://IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais (dgsi.pt)) e diretamente acessível através do link [Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça \(dgsi.pt\)](http://Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (dgsi.pt)).

³⁸ Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p. 799.

Ademais, tal como ensina SÉRVULO CORREIA, não há sustentação da tese da natureza contratual das relações da prestação de cuidados de saúde das unidades de saúde públicas, inseridas no Serviço Nacional de Saúde. E acrescenta “[n]ão cremos com efeito que o ato criador da relação de utilização dos hospitais ou dos centros de saúde do SNS seja bilateral, isto é, que nele se materialize um acordo de vontades” e que “[a] situação do utente tem pois um carácter geral e estatutário”³⁹. A favor desta orientação, poder-se-ia ainda dizer que, contrariamente ao que se sucede nas unidades de saúde privadas, nos estabelecimentos públicos de saúde o médico não tem possibilidade de escolher os seus pacientes, tal como os próprios pacientes não têm possibilidade de escolher um determinado médico. Parece-nos, aliás, que a fundamentação de tal fator pode ser alcançada através de um exercício comparativo entre a Lei de Bases da Saúde de 1990 (Lei n.º 48/90, de 24 de agosto) e a atual Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro). Ora, a Base XIV, n.º 1, alínea a) do diploma de 1990 consagrava que os utentes têm direito a “[e]scolher, no âmbito do sistema de saúde e na medida dos recursos existentes e de acordo com as regras de organização, o serviço e agentes prestadores”. Todavia, com a nova lei, fica a sensação de que o legislador pretendeu restringir o alcance deste direito de escolha. De facto, com a Base 2, n.º 1, alínea c), que estabelece que todas as pessoas têm o direito “[a] escolher livremente a entidade prestadora de cuidados de saúde, na medida dos recursos existentes”, afigura-se defensável que se tenha pretendido restringir o direito de escolha do utente apenas à entidade prestadora, excluindo-se, nomeadamente, a escolha do agente.

Por outro lado, no âmbito do contencioso administrativo, também o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, com a consagração do artigo 4.º, n.º 1, alíneas g) e h), faz, com alguma simplicidade, depreender que foi intenção clara do legislador submeter à jurisdição administrativa as ações de responsabilidade civil médica por atos praticado em unidade de saúde pública. A este propósito, fazemos questão de referir o Acórdão do Tribunal de Conflitos de 04.11.2009, processo n.º 020/09, onde se lê “[s]ão competentes os tribunais administrativos para o conhecimento de acção proposta contra um médico de um hospital integrado no Serviço Nacional de Saúde e uma seguradora em

³⁹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, pp. 22-26.

que é pedida indemnização pela prestação deficiente de cuidados de saúde, no âmbito das suas funções de médico oftalmologista ao serviço do hospital”⁴⁰.

Portanto, aqui chegados e à primeira vista, numa postura, porventura, pouco crítica, poderíamos oferecer a nossa profunda concordância com os argumentos apresentados e concluir esta análise em favor da aplicação inquestionável do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas aos danos decorrentes de atos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde. Este seria, aliás, o caminho mais simples de enveredar, uma vez que, tal como acabámos de demonstrar, teria suporte no entendimento maioritário da doutrina, bem como, o apoio de uma orientação jurisprudencial praticamente unânime.

Todavia, embora robusta na sua teorização, estamos em crer que uma análise mais profunda à fonte e ao próprio conteúdo da relação jurídica estabelecida entre o médico (e o hospital) e o paciente permite-nos adotar uma posição substancialmente diferente da orientação que propugna pela aplicação do regime previsto no diploma acima referido. Aliás, em abono da clarividência, não seríamos também os primeiros a pôr em causa a aplicação do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas às ações de responsabilidade civil médicas.

Nesta senda e antes de avançarmos com a explanação da nossa posição relativamente à possível aplicabilidade de outros regimes de responsabilidade, fará todo o sentido indagar acerca da tese que patrocina a aplicação da responsabilidade contratual.

Em primeiro lugar, é imperativo mencionar que, na vanguarda desta orientação minoritária, MOITINHO DE ALMEIDA foi dos primeiros a defender que não há razões para defender a inexistência de um contrato quando uma pessoa optar por se dirigir a um estabelecimento público de saúde para ser tratada⁴¹.

Exatamente no mesmo sentido, impõe-se saudar a ousada posição de FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, na defesa da aplicação do regime da responsabilidade contratual aos estabelecimentos públicos pertencentes ao Serviço Nacional de Saúde. Desde logo, afirmavam que a circunstância de estar em causa uma unidade de saúde pública e o facto daquela relação se caracterizar como sendo de serviço público, em nada obsta ao

⁴⁰ Disponível para consulta no site [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](http://IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais (dgsi.pt)) e diretamente acessível através do link [Acórdão do Tribunal de Conflitos \(dgsi.pt\)](http://Acórdão do Tribunal de Conflitos (dgsi.pt)).

⁴¹ Cfr. JOSÉ MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, in *Scientia Iuridica* – Tomo XXI, 1972, p. 352.

surgimento de um conjunto de deveres específicos na esfera do estabelecimento hospitalar público e dos seus profissionais. E justificavam tal orientação ao afirmar que *“o quadro do contrato parece-nos o mais apropriado para vazar a relação, caracterizada por uma ideia de confiança, entre o doente e a entidade prestadora dos serviços de saúde. O tratamento em hospitais públicos transformou-se num fenómeno de massas. A nota do contrato, relação especial entre duas partes, fará sobressair que, para efeitos jurídicos, a relação estabelecida tem um carácter pessoal. Isto é, a aceitação de uma relação de tipo contratual ajuda a personalizar uma espécie de relações sociais que, no plano sociológico, se apresenta como um fenómeno de massas. O fundamento jurídico para a tese da responsabilidade contratual da instituição pública pode encontrar-se na aceitação de um contrato de adesão. Outro caminho será a figura das “relações contratuais de facto” na sua vertente de relações de massas (Massenverkehr), resultantes de um comportamento social típico (Sozial typisches Verhalten)”*⁴².

Em suma, a orientação defendida pelos digníssimos Professores segue a mesma linha de reflexão de outros ordenamentos jurídicos europeus. Recorde-se que já abordámos esta matéria no âmbito do Direito Comparado e que daí resultou que, para os ordenamentos jurídicos alemão, austríaco e italiano, não há lugar à aplicação do regime da responsabilidade extracontratual uma vez que qualquer estabelecimento de saúde, seja ele público ou privado, está necessariamente adstrito a um conjunto de obrigações específicas.

Ainda sobre a aplicação do regime da responsabilidade contratual, cumpre-nos também salientar a posição de CLÁUDIA MONGE, bem como os argumentos que apresenta e que, de certa forma, vêm robustecer esta visão minoritária.

Primeiramente, defende-se que a prestação de cuidados de saúde se consubstancia numa relação obrigacional complexa. Ora, isto implica que daquela prestação decorre um conjunto de deveres, podendo estes ser principais ou acessórios e de fonte legal ou contratual. O ponto central deste argumento reside no facto de que a totalidade dos deveres (*i.e.*, dever de atuar em conformidade com as *legis artis*, dever de informação, o dever de sigilo, entre outros) que caracterizam a prestação de serviços médicos são impostos quer estejamos perante uma relação estabelecida com uma unidade saúde privado ou uma unidade de saúde pública. Perante esta realidade, não deixa de ser curioso

⁴² Cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS / JORGE SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 48 e 49.

que, embora exista esta clara semelhança substancial, o legislador tenha submetido cada uma delas a regimes de responsabilidade próprio e, por consequência, reservado a resolução dos litígios daí emergentes a jurisdições distintas⁴³.

De forma a tornar mais óbvia a compreensão daquilo que é defendido, a Autora oferece um exemplo prático que é, no mínimo, algo irónico. Repare-se na seguinte situação: se um cidadão, beneficiário do sistema da ADSE, tiver que ser submetido a uma intervenção médica urgente e optar por se dirigir ao Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE e se dessa intervenção o médico praticar um determinado ato ilícito, culposo e danoso, o regime de responsabilidade civil necessário para efetivar o direito à indemnização é o da responsabilidade extracontratual, prevista no Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidade Públicas; no entanto, se o mesmo cidadão for, igualmente, enquanto beneficiário da ADSE, “*ao abrigo de um acordo que o Hospital da Luz tem com a ADSE, o pagador é o mesmo, pois ainda será o Estado, e da prestação emergir um dano causado ilícita e culposamente, a relação e responsabilidade civil parecem ser de direito privado [reguladas pelo Código Civil], quando o conjunto de situações jurídicas, ativas e passivas, (e neste caso até o pagador) é o mesmo*”⁴⁴.

Veja-se, ainda, que esta corrente doutrinária, ainda que minoritária, serviu de base para um escasso número de decisões dos tribunais administrativos. Neste Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 30.11.2012, processo n.º 01425/04.8BEBRG, confrontado com o recurso do Hospital de São Marcos (antiga unidade pública de saúde), o tribunal afirmou o seguinte: “[n]o domínio da prestação dos serviços de saúde é mais adequado à realidade e conduzir a soluções mais justas, a aplicação do regime da responsabilidade contratual do que o regime da responsabilidade extracontratual, pois estamos perante uma situação de facto equivalente à de um contrato de prestação de serviços – art.º 1154º do Código Civil -, e, por isso, a justificar a mesma protecção legal”⁴⁵.

⁴³ Cfr. CLÁUDIA MONGE, *A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde*, in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2012, p. 100.

⁴⁴ Cfr. CLÁUDIA MONGE, *op. cit.*, pp. 101 e 102.

⁴⁵ Disponível para consulta no site [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](http://IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais (dgsi.pt)) e diretamente acessível através do link [Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte \(dgsi.pt\)](http://Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (dgsi.pt)).

Quanto a nós, com todo o respeito e admiração pela doutrina *supramencionada*, não nos alinhamos pela orientação que propugna a aplicação do regime da responsabilidade civil contratual. Admitimos, ainda assim, que é difícil não reconhecer várias similitudes ao nível da relação jurídica que se estabelece e, por consequência, dos deveres que dela resultam. Aliás, CLÁUDIA MONGE consegue, com mérito, demonstrar as diversas similitudes que existem na relação que o paciente estabelece com uma unidade de saúde pública e na relação com uma unidade de saúde privada. Contudo, não nos convence a tese da existência de um contrato de adesão, ao qual o cidadão que se deslocasse a um estabelecimento público de saúde, simplesmente, aderiria. Aliás, em abono da verdade, defendemos que a fonte desta relação, em nenhum momento, passa pela figura do contrato.

Repare-se que afirmar que fonte daquela relação é o contrato não representa mais que um enorme desprezo por outras fontes de obrigações, que não o contrato, e que podem ter relevância prática nesta matéria. Porque, de facto, se existe contrato, como é que ele é válido e eficaz na circunstância de uma pessoa ter um grave acidente rodoviário, estar inconsciente e necessitar de cuidados médicos urgentes para evitar a morte. Como é que este doente vai manifestar a sua vontade se está inconsciente? Ou, por outras palavras, como é que há contrato se há uma autêntica ausência de vontade por parte do paciente? Repare-se que esta situação está muito mais próxima de uma outra fonte de obrigações: a gestão de negócios. Consagrada no artigo 464.º do Código Civil, a gestão de negócios verifica-se “*quando uma pessoa assume a direção de negócio alheio no interesse e por conta do respetivo dono, sem para tal estar autorizada*”. E é exatamente isto que se passa quando um médico executa um determinado procedimento a um doente que está num estado de inconsciência. Ou seja, o médico trata do doente sem que para tal esteja autorizado pelo próprio⁴⁶.

Com efeito, tendo em conta que o contrato não é a única fonte de obrigações não vemos outra opção se não descartar o regime da responsabilidade contratual.

Ademais, sejamos claros: um cidadão, ao deslocar-se a estabelecimento público de Saúde, pertencente ao Serviço Nacional de Saúde, não faz mais que aceder a um serviço público, aproveitando-se, assim, de “*uma permissão normativa de origem legal*”

⁴⁶ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, p. 187.

ao constitucional”⁴⁷. Basta atentar no artigo 64.º, n.º 2, alínea a) da Constituição da República Portuguesa que determina que “[o] direito à proteção da saúde é realizado: através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito”⁴⁸. Isto, desde logo, sugere que a fonte da relação jurídica é, pura e simplesmente, legal.

Desmistificada a problemática da fonte da relação jurídica que se estabelece entre um cidadão e uma unidade de saúde pública, afigura-se decisivo avançar para a análise do seu conteúdo. E quanto a este, aquilo que se afere é uma evidente aproximação relativamente à relação entre um cidadão e uma unidade de saúde privada. Naturalmente, ainda que próximas, não estamos perante relações jurídicas “siamesas”. Contudo, se analisarmos com profundidade, o conteúdo de ambas é possível verificar que a grande maioria dos deveres e obrigações a que as unidades de saúde ficam adstritas são exatamente as mesmas.

Por conseguinte, não deve espantar que, no âmbito de uma relação jurídico-pública de saúde, possam igualmente surgir, na esfera jurídica de uma das partes, um conjunto de obrigações, resultantes da titularidade de direitos de crédito. Aliás, como defende TIAGO MACIEIRINHA “no contexto das relações jurídico-administrativas [na qual se inclui a relação esta relação pública de saúde], como sucede, aliás, no âmbito do Direito Civil, os particulares podem ser titulares de direitos que apresentam uma diferente estrutura – os chamados direitos relativos ou de crédito e os direitos absolutos. No primeiro caso, a norma adstringe a Administração ao cumprimento de um dever de prestar – obrigação em sentido técnico -, o qual pode traduzir-se num específico dever de fazer, de não fazer, de tolerar ou de dar. São exemplos, entre outros, de direitos de crédito dos particulares em face da Administração os direitos e prestações sociais no âmbito da saúde. E reitera “[a] esta luz, não parece existir margem para duvidar que, no contexto das relações jurídico-administrativas, os particulares podem ser titulares de verdadeiros e próprios direitos de crédito em face da Administração, cuja natureza ou

⁴⁷ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, p. 207.

⁴⁸ No mesmo sentido, veja-se a Base 1, n.º 2 da Lei n.º 95/2019 que aprova a Lei de Bases da Saúde e que consagra o seguinte: “[o] direito à proteção da saúde constitui uma responsabilidade conjunta das pessoas, da sociedade e do Estado e compreende o acesso, ao longo da vida, à promoção, prevenção, tratamento e reabilitação da saúde, a cuidados continuados e a cuidados paliativos”.

estrutura não se distingue daqueles que podem divisar no âmbito das relações jurídico-privadas”⁴⁹.

Ao dar como assente a questão da titularidade de um direito de crédito de fonte legal do particular relativamente a um estabelecimento público de saúde, e que esse direito gera a obrigação de realização de uma operação material, impõe-se analisar com a máxima cautela as consequências do incumprimento das obrigações a que aquele ficou legalmente adstrito.

Antes de tudo, importa referir que a mais respeitada doutrina do Direito Civil sempre defendeu que a violação de direitos absolutos acarreta a responsabilidade civil extracontratual ou extraobrigacional e que a violação de direitos de crédito gera responsabilidade civil contratual ou obrigacional. Quanto a nós, e não apenas a nós, cremos que a violação de um direito de crédito de origem legal e, por isso, não contratual, deve indicar que a denominação mais adequada é a responsabilidade obrigacional, denominação essa que utilizaremos daqui em diante⁵⁰.

Contrariamente àquilo que acabou de ser dito, plano do Direito Administrativo esta questão revela-se bastante menos líquida. Note-se que o legislador optou por elaborar um diploma que regula a responsabilidade civil extracontratual do Estado, mas nada fez para estabelecer um regime que, porventura, regulamentasse a responsabilidade civil obrigacional do Estado⁵¹. Esta realidade é problemática uma vez que fica sem resposta a questão de saber se o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas é suscetível de aplicação aos casos em que a Administração viola um direito de crédito de fonte legal de um particular. Por outras palavras e retomando o tema em análise: se um médico incumprir, seja por que razão for, o seu dever de prestar o serviço médico e com isso crie um dano a um paciente, será o regime de

⁴⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil – Volume VIII*, Almedina, 2020, pp. 387 e 388; TIAGO MACIEIRINHA, *Responsabilidade Civil da Administração por Violação de Dever de Prestar de Fonte Não Contratual*, in Portugal, Brasil e o Mundo do Direito, Almedina, 2009, p. 116.

⁵⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex-Edições Jurídicas, 1996, p. 488; TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, p. 113

⁵¹ Não deixa de ser algo surpreendente a opção legislativa de não estabelecer um hipotético “Regime da Responsabilidade Civil Obrigacional do Estado e demais Entidades Públicas”, sobretudo, quando o próprio Código do Processo nos Tribunais Administrativos, já determinava, no seu artigo 2.º, n.º 2, alínea j), que “[a] *todo o direito ou interesse legalmente protegido corresponde a tutela adequada junto a tribunais administrativos, designadamente para o efeito de obter: a condenação da Administração ao cumprimento de deveres de prestar que diretamente decorram de normas jurídico-administrativas*” (Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da Jurisprudência*, AAFDL Editora, 2022, pp. 302 e 303.

responsabilidade civil extracontratual consagrado naquele diploma o mais adequado para o particular lançar mão?

Em termos claros e objetivos, a resposta às interrogações que suscitámos só pode ser negativa. Efetivamente, não podemos considerar que a lei da responsabilidade civil extracontratual do Estado abranja as situações em que a Administração viola direitos crédito do particular. Existem, aliás, argumentos decisivos que nos obrigam a não pensar o contrário.

Antes de mais, repare-se que o legislador “batizou” o diploma com o nome de “regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado”. Porém esta denominação não representa uma novidade. Recorde-se, a este propósito, que já o antigo Decreto-lei n.º 48 051, de 21 de novembro, utilizava esta mesma denominação. Igualmente, não representa uma novidade o sentido e a interpretação da expressão “responsabilidade civil extracontratual”. E, nesta senda, revela-se imperativo lembrar que já em 1967 o legislador tinha “*uma pré-compreensão quanto à natureza da relação jurídica entre o particular e a Administração, no contexto da qual não se aceitava a existência de verdadeiros direitos de crédito (de fonte não contratual) dos partilhares em face da Administração*”⁵². Tal circunstância, aliada à recorrente preocupação em regular primordialmente as formas de atuação administrativa em prejuízo das posições jurídicas subjetivas dos particulares⁵³, leva-nos a concluir que o legislador do atual diploma nada fez para contrariar o sentido que tinha dado ao âmbito de aplicação do diploma anterior. Por outras palavras, a nova lei é quase uma réplica perfeita da anterior, no que concerne à intenção de regular, unicamente, a responsabilidade civil aquiliana decorrente da violação de direitos absolutos.

Desenganem-se, por isso, aqueles que, à boleia de uma tese juridicamente pouco sólida, afirmam que o diploma apenas não se aplica aos ilícitos que resultam de obrigações com fonte contratual, aplicando-se, por consequência, aos ilícitos que resultassem de obrigações legais. Com efeito e salvo devido respeito, nomeadamente por FILIPA CALVÃO, ao defender-se a procedência desta tese⁵⁴, mais não se faz que afirmar, sem qualquer correspondência doutrinária e jurisprudencial, um novo tipo de

⁵² Cfr. TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, p. 123.

⁵³ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *op. cit.*, p. 302.

⁵⁴ Cfr. FILIPA CALVÃO, *in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estados e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013, p. 60.

responsabilidade civil: a responsabilidade civil extracontratual por violação de obrigações de fonte legal.

Aderir à orientação que defende a inaplicabilidade daquele regime à responsabilidade civil decorrente da violação de um direito de crédito do particular, acarreta, contudo, uma consequência jurídica e, porventura, uma necessidade de adequação legislativa.

Em primeiro lugar, se não há lugar à aplicação do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, importa aferir a que regime nos vamos socorrer.

Ora, na ausência de um sub-ramo do Direito Administrativo dedicado exclusivamente às obrigações, somos forçados a optar pela via do regime da responsabilidade civil obrigacional consagrado no Código Civil, mais precisamente nos artigos 798.º e seguintes. O próprio TIAGO MACIEIRINHA, que se posicionou na vanguarda da defesa da aplicação do regime do Código Civil, ensina que, confrontado com a existência de uma autêntica lacuna legal, revela-se decisivo que o intérprete localize a solução jurídica que melhor se adequa à regulação do caso omissis. E acrescenta “[m]ovido por este propósito, deve-se, desde já, procurar resposta (...) nas normas do Código Civil cujo objeto é a responsabilidade civil obrigacional”⁵⁵. No mesmo sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, afirma que o regime civil da responsabilidade obrigacional corresponde ao regime subsidiário aplicável à violação de direitos de crédito que surjam do direito administrativo⁵⁶. Fica, por isso, claro que, a ausência de uma lei administrativa especial que regule o seu direito das obrigações, determina a aplicação residual do Código Civil. Esta solução é, a nosso ver, bastante adequada tendo em conta ao enquadramento jurídico vigente. É, aliás, tão adequada que a própria jurisprudência nacional já lançou mão dela em algumas das suas decisões. Veja-se, nomeadamente o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 02.06.2016, em que o particular reclamava a violação de um direito de crédito, por parte da Câmara Municipal de Vila Real de Santo António. Neste acervo, embora o Município viesse alegar que, segundo o artigo 498.º do Código Civil, *ex vi* artigo 5.º da Lei 67/2007, de 31 de dezembro, o prazo de prescrição correspondia aos 3 anos, o tribunal determinou que “[n]ão estando previsto pela lei, nem

⁵⁵ Cfr. TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, p. 124.

⁵⁶ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *op. cit.*, p. 304.

tendo sido convencionado pelas partes, quando tal seja possível, um prazo de caducidade para o exercício de um direito, este está sujeito ao regime da prescrição, concretamente ao prazo de 20 anos previsto no art. 309º, do Cód. Civil, excepto se outro prazo for aplicável”, aplicando, assim, o prazo geral de prescrição, isto é, o prazo do regime da responsabilidade obrigacional.

Capítulo II – O difícil encargo probatório

5. O ónus da prova: considerações iniciais

Defender a orientação que promove a aplicação do regime obrigacional às ações de responsabilidade civil médica, em detrimento do regime extracontratual, ou melhor dizendo, aquiliana, não se trata de um mero preciosismo doutrinário. Aliás, em abono da clarividência, a escolha de um destes regimes de responsabilidade civil acarreta enormes consequências práticas que não podemos nem devemos desprezar.

Neste sentido, revela-se imperativo tecer umas breves considerações sobre particularidades dos dois regimes de responsabilidade, mais precisamente, acerca das suas diferenças.

Primeiramente, uma das grandes diferenças reside no regime da prescrição. Por um lado, no caso da responsabilidade obrigacional, o regime da prescrição é o geral de 20 anos, segundo o artigo 309.º do Código Civil. Por outro lado, no que concerne à responsabilidade aquiliana, o prazo de prescrição aplicado é de 3 anos, tal como resulta do artigo 498.º do Código Civil, por remissão do artigo 5.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas.

Ademais, há diferenças relativamente ao regime aplicável quando há uma pluralidade de agentes responsáveis pelos danos. Ainda que, no geral, o regime da responsabilidade obrigacional seja mais favorável ao lesado, nesta matéria verifica-se o contrário. Ou seja, havendo uma pluralidade de agentes responsáveis pelo dano, se a responsabilidade for aquiliana, a obrigação de indemnizar é solidária, nos termos do disposto nos artigos 497.º e 507.º do Código Civil e do artigo 8.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Se o regime de responsabilidade for obrigacional temos uma obrigação de indemnizar conjunta ou parcíaria. Assim, tal como consagram os artigos 513.º e 534.º do Código Civil, na hipótese de haver pluralidade de devedores e incumprimento da obrigação cada um responde pela sua parte.

Naturalmente, não conseguimos explanar todas as divergências entre os regimes da responsabilidade obrigacional e aquiliana. Para tal, remetemos para o rigor e minúcia

de MENEZES CORDEIRO que, diríamos, melhor que ninguém, tratou de demonstrar essas diferenças⁵⁷.

No entanto, existe uma diferença crucial entre o regime da responsabilidade civil obrigacional e o regime da responsabilidade civil aquiliana que merece toda a nossa atenção e que reside no ónus da prova.

A figura jurídica do ónus da prova vem regulado nos artigos 342.º e seguintes do Código Civil, consubstanciando-se num instrumento de direito probatório material e de natureza substantiva. Essencialmente, estamos perante um conjunto de regras jurídicas que têm como finalidade auxiliar e apoiar o julgador na circunstância de certos factos não serem dados como provados. Numa palavra, se o juiz, perante um determinado facto, tem dúvidas sobre o mesmo, lança mão das regras do ónus da prova.

Nas palavras de RITA LYNCE DE FARIA “*ter o ónus da prova significa sobretudo determinar qual a parte que suporta a falta de prova de determinado facto, mais do que saber qual a parte que tem de efectuar a prova de determinado facto*”⁵⁸. Sendo assim, a nosso ver, esta figura corresponde ao risco que recai sobre uma das partes de que determinado facto que lhe aproveita não esteja devidamente provado. Aliás, como acrescenta PEDRO MÚRIAS “*dizer que uma parte processual tem o ónus de provar é dizer que o juiz deve julgar segundo a versão contrária à sua se não atingir o grau de convicção suficiente*”⁵⁹.

Como resulta do artigo 342.º do Código Civil, que consagra a regra geral em matéria de distribuição de ónus da prova, a uma parte, em princípio ao autor, cabe a demonstração dos factos constitutivos do direito alegado, sendo que à contraparte importa demonstrar os factos extintivos, impeditivos e modificativos do direito previamente alegado pelo autor da ação.

Regressando àquilo que estávamos a dizer, cumpre-nos referir o que separa a responsabilidade civil obrigacional da responsabilidade civil aquiliana, relativamente à matéria do ónus da prova do pressuposto da culpa. Desde logo, na responsabilidade aquiliana, ao abrigo do artigo 487.º, n.º 1 do Código Civil, aplica-se a regra geral do ónus da prova, isto é, o lesado tem de provar que o agiu culposamente, que o seu

⁵⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil...*, op. cit., p. 388.

⁵⁸ Cfr. RITA LYNCE DE FARIA, in *Comentário ao Código Civil*, Universidade Católica Editora, 2014, p. 812.

⁵⁹ Cfr. PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lex-Edições Jurídicas, 2000, p. 24.

comportamento é censurável. No que concerne à responsabilidade obrigacional há uma presunção de culpa, uma vez que, de acordo com artigo 799.º do Código Civil, verifica-se uma inversão do ónus da prova, passando a caber ao lesante provar que não teve culpa, ilidindo esta presunção. Porém, devemos realçar que esta diferença não é absoluta, sobretudo, porque na responsabilidade aquiliana conseguimos, em certas situações, efetivar presunções de culpa (artigos 491.º, 492.º, 493.º, n.º 1 e 2 e 503.º n.º 3 do Código Civil e artigo 10.º, n.º 2 e 3 e 11.º do Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas).

6. O ónus da prova na responsabilidade civil médica

Como resulta claro daquilo que já foi explicado, ao dano decorrente de ato médico praticado num estabelecimento público de saúde, aplicamos, por força do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual e demais Entidades Públicas, o instituto da responsabilidade civil extracontratual.

Desta afirmação resulta, desde logo, que ao contrário do que se sucede no âmbito do regime da responsabilidade civil obrigacional, em que se verifica uma presunção de culpa, no caso da responsabilidade aquiliana, será o lesado que, no nosso caso, é o paciente, que terá o ónus de demonstrar a devida verificação da totalidade dos pressupostos daquele instituto. De forma mais objetiva, *“escusado será dizer que é sobre o lesado que recai o ónus da prova dos factos constitutivos da sua pretensão indemnizatória”*⁶⁰.

Neste sentido, vai cumprir ao paciente-lesado o ónus de provar a existência de uma violação ilícita e culposa de um direito de natureza absoluta por parte do profissional de saúde e a verificação do nexo de causalidade entre o facto e o dano que sofreu. No mesmo sentido, devemos mencionar o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14.04.2005, processo n.º 0677/03, onde se lê “[n]as acções de responsabilidade médica tem aplicação o regime geral do nosso ordenamento jurídico – art. 342º, n.º1, C. Civil -

⁶⁰ Cfr. MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade Civil das Instituições Públicas de Saúde, in Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, p. 266.

de acordo com o qual cabe à autora fazer a prova dos factos constitutivos do alegado direito à indemnização”⁶¹.

Contudo, o facto de recair sobre o paciente-lesado o ónus da prova dos factos constitutivos do direito alegado, coloca-o num verdadeiro calvário a nível probatório. Efetivamente, a atividade probatória vai revelar-se de uma enorme complexidade para o lesado. Basta pensarmos que, contrariamente àquilo que se sucede na responsabilidade obrigacional, o lesado terá de demonstrar que, para além de se encontrarem verificados os pressupostos da ilicitude, do dano e do nexo de causalidade, que o ato é ainda culposos. Mas mais, para fazer essa prova o lesado precisa de um nível de conhecimentos de ordem técnica e científica que, simplesmente, não possui. Recorrendo a uma expressão popular, é como se o médico e paciente “não falassem a mesma língua”. Neste mesmo sentido, EDUARDO DANTAS defende que a linguagem médica é muito pouco acessível ao homem médio e que a grande maioria das explicações que o médico faz relativamente a um determinado procedimento cirúrgico ou a um resultado de um exame, são perceptíveis para os restantes profissionais médicos, mas não o são para o paciente⁶².

Neste sentido, a ausência de conhecimentos por parte do paciente-lesado mais não faz que quase impossibilitar a dura tarefa de provar os *supramencionados* pressupostos. Pense-se que, em termos práticos, só o médico que praticou o ato é que sabe se, aquando da injeção da anestesia, a indução de dióxido de carbono ao invés de protóxido de azoto foi causa adequada da paragem cardíaca que o paciente sofreu. Assim sendo, nas palavras de JORGE RIBEIRO DE FARIA, a exigência dessa tarefa probatória faz com o lesado fique “*praticamente sem proteção, isto é, condená-lo ao insucesso de quase todas as ações neste domínio*”⁶³.

A este respeito, é, ainda, importante tecer uma breve consideração sobre a (in)utilidade da prova pericial nas ações de responsabilidade civil médica. Como se sabe, a prova pericial é fundamental na atividade processual e, sobretudo, no âmbito das ações de responsabilidade civil médica. Note-se que o artigo 388.º do Código Civil determina

⁶¹ Disponível para consulta no site [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](http://IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais (dgsi.pt)) e diretamente acessível através do link [Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo \(dgsi.pt\)](http://Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (dgsi.pt)).

⁶² Cfr. EDUARDO DANTAS, *Revisitando “A responsabilidade por conselhos recomendações ou informações”*: três décadas de evolução do conceito e seu impacto nas atividades de saúde, in *Responsabilidade Civil em Saúde – Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*, Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021, p. 97.

⁶³ Cfr. JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Da prova na responsabilidade civil médica: reflexões em torno do Direito Alemão*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Volume I*, Coimbra Editora, 2004, p. 115 e 116.

que a “*prova pericial tem por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos [por intermédio de testemunhas-peritos ou de pareceres de órgãos especializados], quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem (...)*”. Posto isto, à primeira vista, seria da maior utilidade, o lesado lançar mão deste meio de prova para influenciar a decisão do julgador. O perito atuaria como um tradutor da complexa linguagem médica, explicando como foi feito o procedimento, que estratégia foi utilizada, “*bem como de pôr em evidência os pontos que permaneçam obscuros ou que são objecto de controvérsia científica.*”⁶⁴. Todavia, a experiência prática tem demonstrado que a utilização deste meio processual acaba por representar uma autêntica inutilidade. Desde logo, pelo facto da força probatória da prova pericial ser meramente bastante. Tal significa que, em honra da expressão de que “o juiz é o perito dos peritos”, a sua força probatória é fixada livremente pelo tribunal, não estando este adstrito ao resultado da perícia. Por outro lado, tem-se verificado que, quando confrontados com estas ações, os médicos adotam uma posição altamente corporativista e de proteção dos seus. Estamos a fazer referência às situações em que o perito informa o juiz que a atuação médica é suscetível de criar dano, porém, não consegue garantir que, no caso concreto, não terão concorrido outros fatores imprevisíveis ou excepcionais. Este cenário, em última instância, desfere um rude golpe à utilidade da prova pericial.

Na senda daquilo que foi dito, podemos, desde já, concluir que o paciente-lesado será o principal (e único) prejudicado com as regras de distribuição do ónus da prova. Coloca-se, por isso, a questão de saber se, relativamente às ações de responsabilidade civil médica, a distribuição do ónus da prova não deveria, ao invés, orientar-se “*de acordo com a proximidade da parte relativamente à matéria a provar*”⁶⁵. Na linha da frente defesa teórica desta tese, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA afirmou que “[c]omo nessas ações litigam um não especialista (o doente) e um especialista (o médico), poder-se-ia pensar que, em vez de ser ao doente que caberia a prova de que os deveres médicos não foram respeitados e observados, deveria antes incumbir ao médico demandado a prova do cumprimento e da observância de todos esses mesmos deveres, pois ninguém melhor do que um especialista pode provar a adequação da sua conduta”. Porém, não cremos que esta orientação seja adequada ao nosso caso concreto. Na prática, resolve-se um problema para criar outro. Aliás, autor *supramencionado* chega mesmo reconhecer que a sua

⁶⁴ Cfr. LUÍS FILIPE SOUSA, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁵ Cfr. LOURENÇO CASTRO DE BONE, *op. cit.*, pp. 785 e 786.

aplicação prática acabaria por, numa tentativa de atenuar a posição do paciente-lesado, agravar desnecessariamente a posição do médico, uma vez que qualquer dano criado “seria imputável, em princípio a uma actuação negligente do médico e só deixaria assim de suceder quando o médico provasse o cumprimento dos seus deveres”⁶⁶.

7. Em especial, a demonstração do nexo de causalidade: uma prova (quase) impossível

Dedicar um estudo autónomo à análise do ónus da prova do nexo de causalidade e, mais precisamente, da sua demonstração por parte do lesado, afigura-se crucial devido à dupla função que este assume no âmbito do instituto da responsabilidade civil médica. Como ensina RUTE TEIXEIRA PEDRO, “[p]or um lado, constitui um dos requisitos da responsabilidade civil, fundando, quando reunido com os outros quatro, uma obrigação de indemnizar. Por outro lado, previamente assente a existência de responsabilidade, é um instrumento de medida do quantum reparatório devido”⁶⁷

Tal como já foi anteriormente referido, em matéria do pressuposto do nexo de causalidade, o legislador nacional optou por consagrar no artigo 563.º do Código Civil a teoria da causalidade adequada. Isto significa que, contrariamente àquilo que se sucede no caso da teoria *conditio sine qua non*, em que são analisados todos os factos que se verificaram até à criação do dano, na teoria da causalidade adequada, apenas relevam os factos que abstratamente e de acordo com as regras da experiência comum e do normal acontecer, seriam causa adequada à criação de um determinado dano. Recorrendo aos ensinamentos de ANTUNES VARELA, um facto deixa de ser causa adequada do dano se aquele se demonstrar indiferente para a verificação do este que, por sua vez, só surgiu devido a circunstâncias anormais, extraordinárias ou excepcionais.⁶⁸

A escolha da teoria da causalidade adequada vai ter, desde logo, várias implicações no plano probatório. Ora, se para esta teoria apenas serão relevantes os factos que, em abstrato, sejam causa adequada ao dano criado, ao paciente-lesado caberá o difícil

⁶⁶ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, in *Direito da Saúde e da Bioética*, 1996, pp. 131 e 132.

⁶⁷ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional...*, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁸ Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral – Volume I*, Almedina, 2006, p. 890.

trabalho de demonstrar que se verifica o nexo de causalidade entre o ato praticado pelo profissional de saúde e o dano que sofreu.

Naturalmente que a circunstância de caber ao lesado o ónus da prova do pressuposto do nexo de causalidade faz surgir inúmeros obstáculos à procedência do pedido de indemnização. Embora já tenhamos feito referência a alguns desses mesmos obstáculos, conseguimos, com alguma facilidade, identificar outros.

Basta, refletirmos um pouco sobre os desafios que são suscitados – a propósito da demonstração do nexo de causalidade – relativamente às chamadas “intervenções subsequentes”. Se um paciente for ao encontro do Hospital X após ter realizado um procedimento prévio no Hospital Y e se daquele surgir um dano, como é que o paciente conseguirá demonstrar com total certeza que, tal dano, derivou do procedimento executado no Hospital X e não do Hospital Y? Naturalmente, trata-se de uma prova extrinsecamente difícil.

Isto porque a ciência médica não corresponde a uma ciência exata. Tal como, a atividade médica não é uma atividade onde reina a certeza. Muito pelo contrário: estamos num domínio que tem sido objeto de profundo estudo técnico e científico, mas que continua largamente dominado pela incerteza e inexatidão. O corpo humano e o seu funcionamento não são regidos através de uma equação matemática, na qual existe um cálculo ou um método para alcançar um determinado resultado.

Queremos com isto dizer que, quando surge um dano, seja ele físico ou psíquico, nada nos garante que este foi despoletado pelo ato praticado pelo médico. Existe um vasto conjunto de fatores que podem, direta ou indiretamente, concorrer para a criação do dano, nomeadamente, fatores naturais causados pela própria doença ou, até mesmo, a submissão do doente a diversos procedimentos seguidos no tempo.

Este problema revela-se dramático para o paciente-lesado que não tem, derivado da sua falta de conhecimento no domínio da ciência médica, qualquer meio para fundamentar que um certo dano foi, efetivamente, resultado de um ato ou de uma omissão médica. A este propósito, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28.03.2012, processo n.º 08/12, de onde se afere que a pretensão do lesado “caiu por terra” pelo facto de que *“Tem, pois, inteira razão a sentença quando afirma que o descolamento da retina, causal da cegueira, «nada teve a ver com o aparecimento do hemovítreo, (...) com a realização da mesma em 25/9/2000».* Donde se segue que não há, entre a conduta

do recorrido e a cegueira do recorrente, o nexu causal indispensável para que se possa responsabilizar o hospital pelos danos derivados dessa patologia”⁶⁹.

Com efeito, confrontada com a problemática da demonstração do pressuposto do nexu de causalidade nas ações de responsabilidade civil médica e, primordialmente, com o intuito de aligeirar o encargo probatório que pesa nos ombros do lesado, a doutrina tem defendido que, em determinados casos, nomeadamente quando esteja em causa um dano causado por uma conduta médica negligente, o ónus da prova deveria caber ao médico-lesante e não ao paciente-lesado⁷⁰. Referimo-nos, por exemplo, às situações em que, no decorrer de um procedimento cirúrgico, o médico insere erroneamente 2 mg de uma certa substância, quando só deveria ter inserido 1,90 mg, causando um choque anafilático no paciente. Neste caso, bastaria ao paciente provar que o dano que sofreu decorre de um erro e que esse dano corresponde a um dos possíveis resultados em caso de ato médico negligente. Por sua vez, o médico teria o encargo de demonstrar que o dano se deveu a uma circunstância anormal e imprevisível.

A nossa jurisprudência tem, igualmente, dado acolhimento esta orientação nas suas decisões. Veja-se, a título demonstrativo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16.05.2013, processo n.º 2199/08.9TVLSB.L1-2, onde se lê “[é] *também ao cirúrgião que cabe o ónus da prova de que a operação em abstracto, ou dada a sua natureza em geral, foi de todo em todo indiferente para a verificação das lesões, tendo-as provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto*”⁷¹.

8. Instrumentos jurídico *pro damnato*

Por tudo aquilo que foi exposto, revela-se evidente que, no âmbito das ações de responsabilidade civil médica, o paciente-lesado se encontra numa posição de fragilidade e gravemente complexa. Por um lado, a fragilidade verifica-se pelo simples facto de ter sofrido um dano, podendo este ser, no limite, irreversível. Por outro lado, é também

⁶⁹ Disponível para consulta no site [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](http://IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais (dgsi.pt)) e diretamente acessível através do link [Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo \(dgsi.pt\)](http://Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (dgsi.pt)).

⁷⁰ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 143; ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 788 e 789.

⁷¹ Disponível para consulta no site [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](http://IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais (dgsi.pt)) e diretamente acessível através do link [Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa \(dgsi.pt\)](http://Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (dgsi.pt)).

complexa dada a dificuldade que se verifica no plano probatório, em que o lesado, para ver efetivado o seu direito à indemnização, terá de demonstrar ao julgador que o ato médico é ilícito, culposo e, principalmente, que o ato é causa adequada ao dano que sofreu. E recorde-se que tudo isto se passa sem que, na quase totalidade dos casos, o paciente tenha qualquer tipo de conhecimento na área da medicina. Por outras palavras, um paciente é, por diversas vezes, submetido a uma certa intervenção médica, sem saber qual vai ser o procedimento a ser efetuado ou que instrumentos é que vão ser utilizados pela equipa médica. Como se tal não bastasse, é também o médico que tem na posse e à sua disposição a totalidade dos documentos cruciais para efeitos de prova. Estamos, obviamente, a fazer referência aos registos das consultas, a ficha clínica e o resultado dos exames.

Por consequência, a constatação desta dupla-vantagem, que apenas beneficia o médico, tem duras implicações no plano processual. Com efeito, quando confrontado com uma ação de responsabilidade civil, o médico assume uma postura passiva e de autêntica inércia processual, uma vez que, não só tem ao seu dispor todo um leque de elementos probatórios, como tem consciência de que o paciente-lesado não terá meios nem conhecimentos para demonstrar a verificação dos vários requisitos da responsabilidade civil. Assim, ao médico, bastará apenas apresentar uma contestação ao pedido efetuado pelo lesado ou, de modo mais rigoroso, pelo autor da ação.

Verifica-se, portanto, uma enorme desigualdade e desequilíbrio na relação entre o médico e o paciente. Como já mencionámos, esta relação é composta por duas partes marcadamente diferentes. Desde logo, porque uma delas é profunda conhecedora da ciência médica e a outra não. Mas também, e ainda que estejam em relação, fica a sensação de que ambas falam línguas diferentes. A este respeito, basta pensarmos naquela situação em que alguém se magoa no pé num jogo de futebol com os amigos e, em virtude disso, decide ir ao hospital realizar um raio-x. Passado uns dias, recebe o resultado do exame e confronta-se com o seguinte relatório médico “*ligeiro hiperssinal do terço inferior do ligamento peroneoastragalino anterior com integridade e espessura preservadas*”. De facto, como é que o homem médio (leia-se, paciente médio), vai conseguir perceber qual é a gravidade da sua lesão, quando lhe é apresentado um relatório médico com este conteúdo? Com efeito, é também esta falta de acessibilidade ao nível da comunicação entre o médico e o paciente que contribui para o agravamento do desequilíbrio da relação.

Perante esta realidade e na inconcebível falta de um regime especial que tenha como única função regular a responsabilidade civil médica, afigura-se imperativo um olhar atento ao ordenamento jurídico português em busca de instrumentos *pro damnato* que visem o reequilíbrio da relação entre o médico e paciente, aligeirando o encargo no plano probatório que recai sobre o último⁷². No mesmo sentido, VERA LÚCIA RAPOSO afirma que a inexistência de um regime de responsabilidade civil médica consubstancia-se numa verdadeira lacuna e constitui “*um dos principais entraves ao sucesso dos processos de responsabilidade médica*”⁷³.

a) A inversão do ónus da prova

Se analisarmos o Código Civil, mais precisamente o artigo 344.º, aferimos que que há lugar à inversão das regras de distribuição do ónus da prova “*quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine*” e “*quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova do onerado (...)*”. Quer isto significar que, por motivos de justiça e de razoabilidade, o legislador entendeu que ao verificar-se uma das circunstâncias *supramencionadas* aquele que, segundo as regras de distribuição do ónus da prova, teria o encargo de demonstrar os factos constitutivos do direito alegado deixaria de estar sujeito a essa mesma oneração. Com efeito, o instituto da inversão do ónus da prova vem possibilitar, tal como bem ensina RITA LYNCE DE FARIA, “*introduzir uma maior equidade no sistema geral e abstrato de distribuição do ónus probatório. Não há regra sem exceção, nem seria justo que assim o fosse*”⁷⁴.

Segundo o artigo 344.º, n.º 1 do Código Civil, a primeira situação em que opera a inversão do ónus da prova é a verificação de uma presunção legal. E, quanto a esta matéria, ainda que mais desenvolvida adiante, mostra-se necessário tecer uma breve consideração. As presunções são, tal como expressa o artigo 349.º do Código Civil, “*ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido*”. Ora, com base neste conceito de presunção “*fácil é concluir em que*

⁷² Cfr. LOURENÇO CASTRO DE BONE, *op. cit.*, pp. 765 e 766.

⁷³ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional, Almedina, 2015, p. 13.

⁷⁴ Cfr. RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, Universidade Católica Editora, 2021, p. 37.

*termos as presunções invertem o ónus da prova*⁷⁵. Ou seja, a parte que estaria onerada não tem de fazer prova do facto que a beneficia, bastando, apenas provar o facto que constitui a base da presunção. Por conseguinte, a parte que estaria desonerada passa a ter de fazer prova do facto contrário.

Aquilo que acabou de ser dito é fundamental em matéria de responsabilidade civil e, obviamente, de responsabilidade civil médica. Desde logo, porque o legislador, quer do Código Civil, quer do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estados e demais Entidades Públicas fez questão de consagrar um leque de presunções legais, mais precisamente, presunções de culpa. Assim sendo, se o paciente-lesado se aproveitar de uma presunção de culpa de qualquer um daqueles diplomas, essa presunção, mais que um meio de prova, vai consubstanciar-se num verdadeiro caso de inversão do ónus da prova.

Analisado o primeiro caso de inversão do ónus da prova, merecem a nossa profunda atenção as situações em que a parte que não está onerada impossibilita com culpa a prova da parte que está onerada. Por outras palavras, referimo-nos aos casos em que um médico, culposamente, torna impossível que a prova a que o paciente-lesado está, por força das regras de distribuição do ónus probatório, onerado.

Desde logo, cumpre-nos salientar que, da simples leitura do artigo 344.º, n.º 2 do Código Civil, resulta que o legislador estabeleceu dois requisitos para a que esta norma fosse aplicada. Note-se que não basta que o médico, enquanto parte não onerada, tenha impossibilitado a prova do paciente-lesado. De facto, afigura-se por demais cristalino que tenha havido a intenção de exigir uma impossibilidade culposa. Trata-se de uma verdadeira sanção que é atribuída àquele que, de má-fé, pretende prejudicar a atividade probatória da contraparte. Seguindo os ensinamentos de VAZ SERRA “*não é justo que fique exposto às consequências da falta de prova o onerado que não pode produzi-la devido a culpa da outra parte*”⁷⁶.

Ainda quanto ao requisito da culpa, a dúvida que se poderia eventualmente colocar reside em saber se, para que esteja devidamente verificado, é necessário um comportamento doloso ou, em alternativa, se basta que o comportamento seja meramente

⁷⁵ Cfr. RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, op. cit., p. 39.

⁷⁶ Cfr. ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (direito probatório material)*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 110, 1961, p. 160.

negligente. Quanto a nós, parece não haver qualquer espaço para dúvidas de que a culpa do não onerado encontra-se verificada quer através de um ato ou uma omissão dolosa, quer através de um ato ou omissão negligente. Aliás, mal era se assim não fosse. Ou seja, defendemos que a circunstância de um médico que destrói o registo das consultas, o resultado de um exame ou a própria ficha do paciente, não deve deixar de ser sancionada ainda que seja resultado de um comportamento negligente. Basta pensarmos no caso em que o médico, réu numa ação de responsabilidade civil médica, coloca numa trituradora de papel um conjunto de documentos pessoais e não repara que o documento que estava na base daquela pilha de papel era, nada mais nada menos, que a ficha clínica do paciente, por sua vez, autor da ação. Aqui, mesmo não havendo dolo, não se pode admitir que o resultado deste comportamento seja (ainda mais) prejudicial para o paciente-lesado. No mesmo sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO defende que o ato de destruir a ficha clínica do paciente inviabiliza “*a actividade processual do doente, já que aquele documento reveste uma grande importância probatória – dele constam (...) referências aos vários atos adoptados pelo médico, às reacções dos pacientes (...)*”⁷⁷.

Ademais, a norma em análise, é igualmente aplicável às situações em que os profissionais de saúde destroem os materiais que foram utilizados num determinado procedimento médico. A este propósito, mostra-se oportuno fazer referência a um exemplo fornecido por VAZ SERRA, a propósito de um caso que foi discutido no Tribunal Federal Alemão. Aqui, para aferir a culpa do médico era necessário analisar a dimensão e o material da compressa que não tinha sido removida da ferida causada por uma operação. Porém, como o objetivo de impossibilitar a prova do paciente-lesado, o médico inutilizou a referida compressa. Perante isto, o tribunal decidiu que havia lugar à inversão do ónus da prova, passando a caber ao médico a demonstração da sua não culpabilidade.

Por último, mas não menos importante, tem-se discutido na doutrina o alcance do artigo 344.º, n.º 2 do Código Civil, no sentido de se admitir uma interpretação mais ampla, com o intuito de abranger as situações de impossibilidade ou dificuldade probatória derivada de atos médicos ou omissões negligentes no desempenho da sua atividade médica (a título exemplificativo, o medicamento ou o instrumento que se usou e tornou impossível que se conseguisse provar se a impossibilidade era anterior ou posterior ao

⁷⁷ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., p. 367.

tratamento) e que não desempenha diretamente uma função probatória⁷⁸. Nesta senda, JORGE RIBEIRO DE FARIA tem defendido que a norma pode ser interpretada com este alcance mais amplo. E acrescenta que tal orientação vai permitir desenvolver uma via mais favorável ao paciente-lesado, possibilitando efetivar a responsabilidade civil médica quando tenha cometido um erro grosseiro que, por si próprio, seja, no plano abstrato, suscetível de causar danos⁷⁹.

b) Presunção de culpa na responsabilidade civil aquiliana

Uma vez que este estudo incide sobre a dificuldade da demonstração do ónus da prova nas ações de responsabilidade civil por dano decorrente de ato médico em hospitais públicos e, como já demonstrámos, ainda que não concordemos, sendo aplicado o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas a esses mesmo danos, importa averiguar a suscetibilidade do paciente-lesado lançar mão do instrumento da presunção de culpa no âmbito da responsabilidade civil aquiliana.

Se analisarmos aquele regime jurídico, nomeadamente, o artigo 10.º, devemos destacar que o legislador consagrou uma norma dedicada, exclusivamente, ao pressuposto da culpa. Ademais, no artigo 10.º, n.º 2, pode-se ler que “[s]em prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos”. À primeira leitura, a consagração de uma presunção de culpa no diploma que regula a responsabilidade administrativa, poderia significar que a opção do legislador em estabelecer uma regra típica da responsabilidade obrigacional. Note-se que, se assim o fosse, teríamos uma norma administrativa com o mesmo alcance que o artigo 799.º do Código Civil.

No entanto, um olhar mais atento sobre o artigo 10.º, n.º 2 permite-nos concluir que o seu alcance será bastante mais reduzido que a norma do Código Civil. Atente-se à própria letra da norma administrativa. Por um lado, ao contrário do artigo 799.º do Código Civil, apenas se presume a culpa leve. Por outro lado, apenas se vai presumir a culpa na prática dos atos jurídicos. Com efeito, apenas se vai verificar esta presunção de culpa se

⁷⁸ Cfr. JORGE RIBEIRO FARIA, *Da prova na responsabilidade civil médica...*, op. cit., pp. 191 e 192; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., p. 367 e 368; LEONARDO CASTRO DE BONE, op. cit., pp. 791 e 792.

⁷⁹ Cfr. JORGE RIBEIRO FARIA, *Da prova na responsabilidade civil médica...*, op. cit., p. 194.

em causa estiver a prática de atos administrativos ou regulamentares por parte dos titulares de órgãos, agentes e funcionários. Por consequência, a questão que, naturalmente, se impõe colocar é a seguinte: os atos praticados pelos médicos consubstanciam-se em atos jurídicos? Ou, por outras palavras, poderá um paciente-lesado, que proponha uma determinada ação de responsabilidade civil médica contra um hospital público, beneficiar da presunção de culpa prevista no artigo 10.º, n.º 2 do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas?

Quanto a nós, a resposta só pode ser negativa. Efetivamente, os atos médicos não são abrangidos pelo conceito de “*actos jurídicos*”. Aliás, podemos reconduzir os atos praticados por profissionais de saúde ao conceito de operações materiais, isto é, uma qualquer atuação física administrativa, em seu nome ou por conta de outrem, com o intuito de conservar ou modificar uma certa situação de facto. Por este simples, mas tão decisivo, motivo não nos é defensável que aquela presunção de culpa beneficie o paciente-lesado. Este facto revela-se também num outro argumento para robustecer a orientação que já explanámos no sentido de defender a aplicação do instituto da responsabilidade civil obrigacional decorrente de atos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde. Neste caso, em virtude da inexistência de um diploma que regule o direito administrativo das obrigações, o paciente-lesado, credor da obrigação incumprida pelo médico, beneficiaria da presunção de culpa do devedor do artigo 799.º do Código Civil que determina que “[i]ncumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua”. Na verdade, para quem segue, como nós, a doutrina de MENEZES CORDEIRO, o paciente-lesado poderia beneficiar, igualmente, de uma presunção de ilicitude. Isto porque, “*não é possível presumir a censura se não se presumir, igualmente a violação de uma regra jurídica. Uma censura suspensa no vazio não faria qualquer sentido*”⁸⁰. Na mesma linha, invocamos o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 04.05.2020, processo n.º 113/19.5T8LRA.C1, onde se lê “[a] presunção de culpa que recai sobre o intermediário financeiro pressupõe de modo necessário a presunção de ilicitude da respetiva conduta”⁸¹.

⁸⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado – Volume I (Parte Geral)*, Almedina, 2020, p. 1024.

⁸¹ Disponível para consulta no site [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](https://www.dgsi.pt/IGFEJ-BasesJuridico-Documentais) e diretamente acessível através do link [Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra \(dgsi.pt\)](https://www.dgsi.pt/AcordaoTribunalRelacaoCoimbra).

Ultrapassada esta questão, avançamos para uma matéria que merece a nossa profunda atenção e que passa pela análise dos artigos 491.º e 493.º do Código Civil que estabelecem, no âmbito da responsabilidade aquiliana, um conjunto de presunções legais. No fundo, pretendemos averiguar se estas normas podem, não obstante a existência do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas ser aplicáveis.

No que diz respeito ao artigo 491.º do Código Civil, foi estabelecida uma presunção de culpa das *“pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas”*. Portanto, ao paciente-lesado, caberá demonstrar a existência de um dever de vigilância e o dano causado pelo comportamento ilícito da pessoa obrigada a vigiar, ao passo que, ao médico, para ilidir a presunção, caberá mostrar que cumpriu *“o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivesse cumprido”*⁸². Naturalmente, esta norma, enquadra-se às situações em que os hospitais são constituídos por alas psiquiátricas ou pediátricas. É evidente que será nessas alas, por nelas se encontrarem pacientes incapazes ou menores, que se verifique a obrigação de vigilância por parte de outrem.

Porém, defendermos, sem mais, a aplicação desta norma seria equivalente a fechar os olhos ao regime jurídico que estabelece a responsabilidade civil administrativa. Efetivamente, afigura-se decisivo, tal como fizemos anteriormente, aferir, *ab initio*, se aquele regime não consagra nenhuma norma idêntica ao artigo 491.º do Código Civil e que, por isso, obstaculizaria a sua aplicação.

Vejamos. O artigo 10.º, n.º 3 do diploma administrativo determina que *“[p]ara além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância”*. Com efeito, embora o legislador tenha consagrado apenas uma presunção de culpa leve, a verdade é que não há razões para excluir a aplicação desta norma, sobretudo, quando é referido expressamente que a presunção se verificar se se verificar um *“incumprimento de deveres de vigilância”*. No mesmo sentido, RUI

⁸² Cfr. LEONARDO CASTRO DE BONE, *op. cit.*, p. 793.

MEDEIROS refere que a abertura da parte final do artigo 10.º, n.º 3 permite abranger a presunção de *culpa in vigilando* estabelecida no artigo 491.º do Código Civil⁸³.

Relativamente ao artigo 493.º do Código Civil, há que tecer um conjunto de considerações prévias. Segundo o artigo 493.º, n.º 2 do Código Civil, verifica-se uma presunção de culpa a “[q]uem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizado (...), excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”. Porém, reitera-se: a suscetibilidade de se aplicar esta norma depende apenas e só da inexistência de uma norma que regule a mesma matéria no plano da responsabilidade administrativa. Tal significa que, se o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas já consagrar uma presunção de culpa a que causar danos decorrentes de uma atividade perigosa, a norma do Código Civil fica, em princípio, sem efeito. Através de uma simples análise do diploma administrativo, verifica-se que o artigo 11.º, n.º 1 determina que “[o] Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização”. Repare-se que as normas são bastante similares, o que, aliás, poderia levar-nos a concluir que a consagração do artigo 11.º, n.º 1 da lei da responsabilidade administrativa inviabiliza a aplicação do artigo 493.º, n.º 2 do Código Civil. Porém, salvo melhor interpretação, não entendemos de tal forma. Na verdade, cremos que, embora o artigo 11.º, n.º 2 abranja um largo conjunto de situações, o artigo 493.º, n.º 2 não deixa de poder ser residualmente aplicado a atividades que são perigosas pela sua natureza ou pela natureza dos instrumentos utilizados, ainda que, em abstrato, não sejam “*especialmente perigosas*”. Novamente, aludimos à orientação propugnada por RUI MEDEIROS que, inclusive, reconhece que “*não está em absoluto excluído que possa haver situações não cobertas pela cláusula de responsabilidade pelo risco e passíveis de ser abrangidas pela presunção civilística de culpa para as atividades perigosas*”. E acrescenta, “*caso se entenda que a atividades perigosas a que se refere o n.º 2 do artigo 493.º podem não se subsumir no conceito de atividades especialmente perigosas adotado no artigo 11.º (...)*”

⁸³ Cfr. RUI MEDEIROS, *in* Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, Universidade Católica Editora, 2013, p. 286.

*justifica-se aplicar a referida presunção de culpa às situações cobertas pelo n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil*⁸⁴.

Desmistificada a dúvida anterior, faz todo sentido questionar se, afinal, a atividade médica pode, verdadeiramente, inserir-se no conceito de “*actividade perigosa*”. A este respeito, ANTUNES VARELA foi sempre defensor que em diversos procedimentos médicos, dada a sua dificuldade ou, porventura, ao perigo dos instrumentos que são utilizados, fará todo o sentido considerar a atividade médica como uma atividade perigosa. Para este autor, fala-se de procedimentos cirúrgicos com recurso a um bisturi elétrico, a utilização de uma máquina incubadora com termóstato regulador de temperatura ou, até mesmo, a utilização de agulhas de grandes dimensões e mais afiadas⁸⁵. Também VERA LÚCIA RAPOSO tem defendido a aplicabilidade da presunção de culpa do artigo 493.º, n.º 2 do Código Civil quando em causa estão procedimentos de transplante de órgãos, devido à sua dificuldade e ao facto de não ser qualquer médico que tenha habilidade para tal intervenção cirúrgica⁸⁶.

Quanto a nós, sem desprimor pela orientação a que acabámos de fazer referência, consideramos que não se pode abranger toda e qualquer atividade médica no conceito de atividade perigosa. Obviamente, sabemos que existe um leque de procedimentos, nomeadamente, cirúrgicos, em que, pelas razões já descritas, faz sentido caracterizá-los como procedimentos perigosos. Porém, há que ter uma certa cautela quando se afirma que toda a atividade médica é perigosa. Devemos, por isso, saudar a posição do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.05.2015, processo n.º 804/03.2TAALM.L.S1, em que se afirma que “[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 (...)*”⁸⁷.

Assim, ainda que pretendamos demonstrar o quão necessário é a procura de instrumentos jurídicos para equilibrar a relação entre o médico e o paciente, não podemos ser inconsequentes e aplicar, sem qualquer tipo de reflexão prática e teórica dos diversos institutos jurídicos com o intuito de beneficiar, sem mais, o paciente-lesado. Contudo,

⁸⁴ Cfr. RUI MEDEIROS, *op. cit.*, p. 288.

⁸⁵ Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 595.

⁸⁶ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, p. 107.

⁸⁷ Disponível para consulta no site [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](http://IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais (dgsi.pt)) e diretamente acessível através do link [Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça \(dgsi.pt\)](http://Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (dgsi.pt)).

não deixa de ser curioso realçar que a circunstância desta presunção de culpa só se verificar se, *a priori*, considerarmos o procedimento médico perigoso, só venha dar razão à nossa orientação de que a presunção de culpa do artigo 799.º do Código Civil, estabelecida para o regime da responsabilidade civil obrigacional, é muito mais benéfica para o paciente-lesado.

c) As presunções judiciais e a prova *prima facie*

Um outro instrumento jurídico *pro damnato* são as presunções judiciais, consagradas no artigo 351.º do Código Civil. Tal como se sucede com as presunções legais, as presunções judiciais possibilitam que, por via de um facto conhecido, se extraia um facto desconhecido. Com efeito, como diria RITA LYNCE DE FARIA, em ambos os casos parte-se “do princípio de que, verificada a situação que constitui de base da presunção, é muito provável que se tenha também a verificado, na sua sequência, o facto presumido”⁸⁸. Porém e convém salientar, estas não se confundem, uma vez que, num caso a inferência resulta da lei e, no outro caso, é determinada pelo julgador e justificada em razões da experiência comum⁸⁹.

No âmbito das ações de responsabilidade civil médica, o recurso às presunções judiciais tem ganho particular importância, primordialmente, na demonstração do nexo de causalidade. Como já explicámos, a demonstração do nexo causal revela-se bastante complexa para o paciente-lesado. Nesse sentido, mais que a jurisprudência nacional, a jurisprudência europeia tem vindo a lançar mão deste instrumento jurídico, como forma de contribuir para uma maior paridade de armas no plano processual.

Em Itália, tem sido algo frequente a utilização pelos tribunais das presunções judiciais relativamente a estas ações de responsabilidade civil. Com efeito, começou-se a admitir a possibilidade de ser proferido um juízo de condenação por via de um chamado “nexo de causalidade presumido”⁹⁰. Como explica MICHELE TARUFFO, o julgador, quando confrontado com uma situação complexa, que obstaculiza a sua captação completa e rigorosa dos factos, deve recorrer às regras da experiência comum e do normal acontecer.

⁸⁸ Cfr. RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, op. cit., p. 38.

⁸⁹ Cfr. LEONARDO CASTRO DE BONE, op. cit., p. 805.

⁹⁰ Cfr. RUI TORRES VOUGA, *A responsabilidade Civil Médico (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos)*, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 81.

Daqui resulta que, se um determinado facto estiver previsto numa “*costellazioni di indizi*” que, do ponto de vista abstrato, seja tipicamente adequado a produzir um certo dano, mesmo que, no caso concreto não se tenha conseguido apurar se foi ou não a causa do dano, deve presumir-se a verificação do nexo de causalidade⁹¹.

Esta visão representa exatamente a orientação seguida pela jurisprudência italiana nesta matéria. A este respeito, seguimos na totalidade a análise que RUI TORRES VOUGA faz ao à decisão da *Corte di Cassazione* n.º 975, de 16.01.2009. Nesta sentença, o tribunal afirma que, embora o ónus da prova dos pressupostos da responsabilidade civil recaísse sobre o paciente-lesado, a demonstração da verificação do nexo de causalidade seria mitigada. E isto é assim, tal como afirma o autor, “*pela probabilidade (ainda que não próxima da certeza) de sucesso do tratamento médico*”⁹². Ou seja, por estar em causa um determinado procedimento médico, cuja probabilidade sucesso é alta, o Supremo Tribunal Italiano considerou que o nexo de causalidade se presumia e que, por consequência, caberia ao médico a demonstração de que os danos causados ao paciente se deviam a uma reação anormal e imprevisível ao tratamento.

Este mecanismo jurídico das presunções judiciais, mais precisamente, das presunções judiciais do nexo causalidade, contribuem largamente para uma relação mais justa entre o médico e o paciente, a nível probatório. É importante clarificar que, o facto do legislador não ter consagrado, tanto no regime da responsabilidade obrigacional, como regime da responsabilidade aquiliana, presunções legais relativas ao pressuposto do nexo de causalidade, nada impede que o julgador, com base nas regras da experiência comum, recorra à utilização das presunções judiciais para o apoiar na decisão do mérito da causa. Porém e não obstante a sua importância, consideramos que o recurso às presunções judiciais deve apenas ser feito quando as circunstâncias do caso concreto o exijam. De facto, é imperativo que a sua utilização esteja munida de elevada prudência, sob pena de tornar o profissional de saúde quase como um seguro do paciente. Repare-se que, ao defender-se, como nós o fazemos, a aplicação do regime da responsabilidade obrigacional aos danos decorrentes de atos praticados em estabelecimentos públicos de saúde, o paciente-lesado já beneficiaria de uma presunção de culpa e de ilicitude. Se a esta presunção legal, o julgador lançasse mão de uma presunção judicial arbitrária e

⁹¹ Cfr. MICHELE TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè Editore, 1992, p. 733; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, *op. cit.*, p. 339.

⁹² Cfr. RUI TORRES VOUGA, *op. cit.*, p. 81, nota 219.

desrazoável do nexo causalidade, teríamos muitas dúvidas que ainda estivéssemos perante uma responsabilidade jurídica⁹³.

Abordar a problemática das presunções judiciais do nexo de causalidade no âmbito das ações de responsabilidade civil médica, implica, igualmente, fazer referência à prova *prima facie* ou prova de primeira aparência. Esta necessidade advém do facto de estas figuras jurídicas estarem estritamente relacionadas. Como ensina VERA LÚCIA RAPOSO, “a presunção do nexo de causalidade é particularmente utilizada nos casos em que opera a presunção de culpa fundada na prova *prima facie*”⁹⁴.

Embora sem consagração expressa na lei, a jurisprudência e, conseqüentemente, a doutrina alemã têm recorrido àquilo que designam como *Anscheinbeweis* (isto é, prova *prima facie*) de forma a auxiliar na análise da atividade probatória levada a cabo pelas partes em juízo.

Através deste instrumento jurídico “*de aligeiramento probatório, extrai-se de elementos que apresentam uma força de convencimento inferior ao da prova direta de um facto, um valor cognoscitivo semelhante ao desta, porque, provados aqueles elementos, aceita-se em primeira aparência demonstrado o facto controvertido*”⁹⁵. Em termos práticos, se um paciente sofre um determinado dano decorrente de um ato médico, presume-se que, segundo as regras da experiência comum e do normal acontecer, aquele procedimento médico foi adequado ao dano. Ou seja, o dano não se teria verificado se tivessem sido observadas todas as *legis artis e standarts* médicos.

A doutrina tem avançado com algumas situações em que é possível aferir o funcionamento da prova *prima facie*. Nomeadamente, no caso de danos causados pelo erro na dose de anestesia induzida, ou de lesões de outras áreas do corpo mais ou menos próximas da que está a ser objeto de tratamento ou, ainda, no caso de uma queimadura causada pelo facto de ter sido ministrado uma dose muito elevada de raio-X⁹⁶.

Também a nossa jurisprudência tem, recorrido à prova de primeira aparência para fundamentar as suas decisões. A este propósito, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2002, processo n.º 02A4057, onde se lê que “[s]e depois de uma

⁹³ No mesmo sentido, VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, p. 62.

⁹⁴ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, p. 66.

⁹⁵ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, *op. cit.*, p. 342.

⁹⁶ Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 781 e 782; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, *op. cit.*, p. 342

*intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional*⁹⁷. Neste caso, ainda que o tribunal tenha fundamentado a sua decisão com base no artigo 799.º, n.º 1 do Código Civil, parece-nos, da análise que fazemos às conclusões do acórdão, que, na realidade, o tribunal justifica (e bem) a presunção de culpa do médico na verificação de uma prova de primeira aparência⁹⁸.

⁹⁷ Disponível para consulta no site [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](http://IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais (dgsi.pt)) e diretamente acessível através do link [Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça \(dgsi.pt\)](http://Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (dgsi.pt)).

⁹⁸ No mesmo sentido, VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, p. 124.

Conclusão

Tal como tentámos evidenciar, da aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil aos danos decorrentes de atos médicos, resultam enormes inquietações e problemas de ordem prática. Como se tal não bastasse, ficou, igualmente, claro que tais inquietações e problemas se multiplicam se estivermos perante uma relação estabelecida entre um particular e um estabelecimento público de saúde.

De facto, se estivermos perante esta relação, o primeiro dilema com que nos confrontámos é o de saber, em caso de dano provocado por ato médico, que regime de responsabilidade civil é que o paciente-lesado deverá lançar mão? A maioria da doutrina, bem como a jurisprudência nacional, tem, ao longo das últimas décadas, dado resposta no sentido de ser aplicado o regime jurídico consagrado no Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Isto significa que o regime de responsabilidade civil que o paciente-lesado se vai socorrer é o da responsabilidade extracontratual ou, melhor dito, aquiliana.

Ademais, salientámos que defender a aplicação do regime da responsabilidade aquiliana acabaria por ter diversas consequências para o paciente-lesado. Para nós, a maior de todas elas, reside no facto de que caberá ao lesado o ónus da prova dos factos constitutivos do direito que alega. Ou seja, caberá ao paciente-lesado o encargo de demonstrar a devida verificação de todos os pressupostos do instituto da responsabilidade civil.

No entanto, esta circunstância, representa, nada mais nada menos, que um enorme calvário para todos aqueles que procuram efetivar o direito à indemnização. O profundo desequilíbrio entre o médico e o paciente, visível na diferença de conhecimento técnicos e científicos, na falta de acessibilidade da linguagem médica ou no facto do paciente não ter na sua posse os documentos que lhe poderiam ser úteis, nomeadamente, no âmbito processual.

Por tudo isto e, porventura, por muito mais que não conseguimos mencionar, optámos por tecer uma crítica à orientação que tem defendido a aplicação do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidade Públicas aos danos decorrentes de ato médico praticado numa unidade de saúde pública. Como explanámos, da análise do conteúdo da relação jurídico-pública de saúde resulta que esta se aproxima

bastante da relação jurídico-privada de saúde. Mas mais, embora a fonte daquela relação não seja contratual, uma vez que não se funda no contrato, a verdade é que ela é, igualmente, caracterizada pela existência de obrigações de ambas as partes. Note-se que, quando um paciente se dirige a um hospital público, nasce um dever de prestação de serviços médicos por parte dos profissionais de saúde que assumem o tratamento do doente. Neste sentido, por defendermos a existência de uma obrigação de prestar, consideramos que o paciente se torna titular de um direito de crédito face à Administração. Assim sendo, o incumprimento desta obrigação gera responsabilidade civil obrigacional, tal como está consagrada no Código Civil.

Este entendimento é, em nossa opinião, mais razoável do ponto de vista jurídico e mais justo para o paciente-lesado. Desde logo, porque este beneficiaria de uma presunção de culpa que, como explicámos, pode ser também uma presunção de ilicitude. Ademais, esta presunção legal, ao contrário daquelas que estão previstas na responsabilidade aquiliana, depende de menos fatores, o que facilita a sua aplicabilidade.

No seguimento disto, procurámos igualmente tratar a problemática da dificuldade da demonstração do ónus da prova no âmbito das ações de responsabilidade civil médica. A aplicação do regime da responsabilidade aquiliana, aliada às enormes desigualdades entre as duas partes da relação jurídica faz com que a demonstração do ónus da prova seja bastante complexa.

Neste sentido, procurámos evidenciar alguns mecanismos jurídicos *pro damnato* que têm sido utilizados nos ordenamentos jurídicos europeus. O objetivo primordial destes instrumentos reside na tentativa de aligeirar o encargo probatório que recai sobre o paciente-lesado, por força das regras de distribuição do ónus da prova.

Porém, é preciso salientar que a identificação destes mecanismos e, no nosso caso, a análise da *i)* inversão do ónus da prova, *ii)* das presunções de culpa e *iii)* das presunções judiciais e prova *prima facie*, não esgota a existência de outras soluções, tal como não encerra a discussão desta matéria. Diríamos que são meros contributos que pretendem pôr em evidência um problema gravíssimo do ordenamento jurídico português e, principalmente, convidar o legislador e a sociedade civil a refletir sobre a necessidade de criar um regime jurídico da responsabilidade civil médica.

Bibliografia

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Natureza da Responsabilidade Civil por Atos Médicos praticados em Estabelecimentos de Saúde*, in *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL Editora, 1991;

ALMEIDA, JOSÉ MOITINHO DE, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, in *Scientia Iuridica – Tomo XXI*, 1972;

BONE, LOURENÇO CASTRO DE, *Sobre a dificuldade probatória do paciente lesado nas ações de responsabilidade civil médica*, in *Revista de Direito Civil*, n.º 4, 2022;

CALVÃO, FILIPA, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estados e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013;

CARNEIRO, ANTÓNIO VAZ, *A complexidade da prática clínica: análise baseada no risco e na incerteza*, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 29, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, 2003;

CASTRO, JORGE ROSA DE, *Consentimento Informado e Medicina Defensiva*, in *Revista Julgar*, Edição Especial, 2014;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex-Edições Jurídicas, 1996;

_____, *Código Civil Comentado – Volume I (Parte Geral)*, Almedina, 2020;

_____, *Tratado de Direito Civil – Volume VIII*, Almedina, 2020;

CORREIA, SÉRVULO, *As relações de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde*, in *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL Editora, 1996;

CORTEZ, MARGARIDA, *Responsabilidade Civil das Instituições Públicas de Saúde*, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005;

CRAWFORD, CATHERINE, *Medicine and the law*, in *Companion Encyclopedia of the history of Medicine – Volume 2*, 1994;

DANTAS, EDUARDO, *Revisitando “A responsabilidade por conselhos recomendações ou informações”*: três décadas de evolução do conceito e seu impacto nas atividades de saúde, in *Responsabilidade Civil em Saúde – Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*, Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021;

DIAS, JORGE FIGUEIREDO / MONTEIRO, JORGE SINDE, *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental – Considerações de lege ferenda*, in *Scientia Juridica*, Volume XXXIII, 1984;

_____, *Responsabilidade médica em Portugal*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 332, 1984;

ESTORNINHO, MARIA JOÃO / MACIEIRINHA, TIAGO, *Direito da Saúde*, Universidade Católica Editora, 2014;

FARIA, RITA LYNCE DE, in *Comentário ao Código Civil*, Universidade Católica Editora, 2014;

_____, *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, Universidade Católica Editora, 2021;

FARIA, JORGE DE RIBEIRO, *Direito das Obrigações – Volume I*, Almedina, 2021;

_____, *Da prova na responsabilidade civil médica: reflexões em torno do Direito Alemão*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Volume I*, Coimbra Editora, 2004;

GOMES, CARLA AMADO / RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, *Topicamente – e a quatro mãos... - sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades*, in *Revista de Direito Público e Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2010;

GONÇALVES, CARLA, *A Responsabilidade Civil Médica: um problema para além da culpa*, Coimbra Editora, 2008;

ITURRASPE, JORGE MOSSET, *Responsabilidad por Daños – Volume VIII. Responsabilidad de los profesionales*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001;

KERN, GERSON, *Limitierte Einwilligung: zum Ausschluß von Behandlungsmethoden*, 1999;

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações – Volume I*, Almedina, 2013;

LOPES, DIAMANTINO MARQUES, *Responsabilidade civil médica – A Culpa*, in *Revista da Ordem dos Médicos*, Janeiro, 1997;

LUELMO, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Editorial Lex Nova, 2003;

MACIEIRINHA, TIAGO, *Responsabilidade Civil da Administração por Violação de Dever de Prestar de Fonte Não Contratual*, in *Portugal, Brasil e o Mundo do Direito*, Almedina, 2009;

MEDEIROS, RUI, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013;

MONGE, CLÁUDIA, *A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde*, in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2012;

MÚRIAS, PEDRO, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lex-Edições Jurídicas, 2000;

NIVARRA, LUCA, *La responsabilità civile dei professionisti: medici, avvocati, notai – il punto sulla giurisprudenza*, EDPr, 2000;

OLIVEIRA, GUILHERME, *O fim da “arte silenciosa”: O dever de informação dos médicos*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3852, 1995;

_____, *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 1999, p. 70;

ORBÁN, CÁRMEN, *Responsabilidad profesional del médico – Enfoque para el siglo XXI*, J. M. Bosch Editor, 2003;

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008;

_____, *A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas ações relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato*, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 15, 2011;

PENNEAU, JEAN, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 2004.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 2015;

RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da Jurisprudência*, AAFDL Editora, 2022;

RAPOSO, VERA LÚCIA, *Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*, Almedina, 2015;

ROMERO, MICAELA / CANABARRO, VANESSA, *Análise comparativa das concepções defensiva e bioética do consentimento informado na assistência médica*, disponível e diretamente acessível através do seguinte link https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/44333/Resumo_2802.pdf?sequence=1&isAllowed=y

SERRA, ADRIANO VAZ, *Provas (direito probatório material)*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 110, 1961;

SILVA, VASCO PEREIRA DA, *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, Almedina, 2000;

SLOAN, FRANK / CHEPKE, LINDSEY, *Medical Malpractice*, MIT Press, 2008;

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, in *Direito da Saúde e da Bioética*, 1996;

SOUSA, LUÍS FILIPE, *O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo, prova pericial)*, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 16, 2011;

TARUFFO, MICHELE, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè Editore, 1992;

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral – Volume I*, Almedina, 2006;

VOUGA, RUI TORRES, *A responsabilidade Civil Médico (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos)*, Centro de Estudos Judiciários, 2018.