

**Escola de Direito do Porto
da Universidade Católica Portuguesa**



O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde

Mestrado em Direito Público, Internacional e Comunitário

Dissertação de Mestrado
Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de Oliveira
Orientada pela Prof.^a Dr.^a Filipa Urbano Calvão

Porto|2013

Aos meus pais, porque sem eles não seria;
aos meus amigos, porque com eles sou mais um pouco.

Lista de siglas e abreviaturas

ac. – Acórdão

ACES – Agrupamentos de Centros de Saúde

Anot. – Anotação

ANSR – Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária

ARS, I. P. – Administrações Regionais de Saúde, Instituto Público

Art. – Artigo

CC – Código Civil

com. – Comentário

CP – Código Penal

CPC – Código do Processo Civil

CPP – Código do Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CT – Código do Trabalho

DGS – Direcção Geral de Saúde

DL – Decreto-Lei

EA – Evento Adverso

EDM – Estatuto Disciplinar dos Médicos

EM – Erro Médico

EOM – Estatuto da Ordem dos Médicos

EPS – Estabelecimento Público de Saúde

ERS – Entidade Reguladora da Saúde

ESNS – Estatuto do Serviço Nacional de Saúde

IGAS – Inspeção-Geral das Actividades em Saúde

INML, I.P. – Instituto Nacional de Medicina Legal, Instituto Público

IOM – Institute of Medicine

L. – Lei

LBS – Lei de Bases da Saúde

OMS – Organização Mundial de Saúde

PMA – Procriação Medicamente Assistida

RCEEP – Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas

RFML – Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa

RPCG – Revista Portuguesa de Clínica Geral

RPSP – Revista de Portuguesa de Saúde Pública

SC – Sistema de Comunicação

SIAPR – Sistema Informatizado de Alerta e Prevenção de Riscos

SNS – Serviço Nacional de Saúde

SS – Sistema de Saúde

SSP – Sistema de Saúde Português

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TCf. – Tribunal de Conflitos

Tem. – Temático

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UCP – Universidade Católica Portuguesa

Vol. – Volume

Plano

Introdução

Capítulo I

Considerações iniciais

1-O Sistema de Saúde Português

2-As Entidades Prestadoras do SNS

2.1-Cuidados primários

2.2-Cuidados secundários

3-A eficiência dos modelos de gestão

Capítulo II

Considerações iniciais

1-O erro

2-O erro médico

2.1-Definição

2.2-As *legis artis* e o dever objectivo de cuidado

2.3-O erro médico não culposo e a negligência médica

3-As razões do erro médico

4-Consequências do erro médico

5-Soluções para mitigar a ocorrência de eventos adversos

Capítulo III

Considerações iniciais

1-O erro médico e a ordem jurídica

2-A responsabilidade

3-A responsabilidade médica

4-Modalidades da responsabilidade

4.1-A responsabilidade disciplinar profissional

4.2-A responsabilidade disciplinar administrativa

4.3-A responsabilidade penal

4.4-A responsabilidade civil

5-As modalidades da responsabilidade civil

5.1-Responsabilidade contratual

5.2-A responsabilidade extracontratual

6-O concurso de responsabilidades

7-A responsabilidade extracontratual do Estado

7.1-Responsabilidade Extracontratual

7.2-Competência dos Tribunais

7.3-O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (RCEEP)

8-A responsabilidade extracontratual e contratual: diferenças e sincronismos

8.1-A obrigação de meios e a obrigação de resultado

8.2-A prova

8.3-A prescrição

9-A responsabilidade objectiva

Conclusão

Introdução

Dado a relevância prática que a problemática do erro médico comporta, julgamos interessante um exame sobre esta temática no ambiente das instituições públicas de saúde. Nesse prisma, prestamos especial atenção ao meio hospitalar, onde este fenómeno mais frequentemente ocorre.

Destarte, dividimos a presente dissertação em três capítulos. No primeiro, damos conta, em traços gerais, dos modelos de gestão hospitalar presentes no universo do sistema de saúde português.

Para o segundo capítulo reservamos a matéria do erro médico. Aqui, começamos por nos reportar à sua definição, tentando compreender os aspectos essenciais do alcance da sua utilização; depois, esboçamos uma distinção das várias formas de erro, nomeadamente quanto ao erro médico não culposo e o erro médico culposo – erro doloso ou erro negligente. É igualmente nossa pretensão, com o presente estudo, pôr a descoberto situações que geram danos, embora não se confundam com erros médicos apesar das suas aparentes semelhanças.

A responsabilidade criminal, civil, administrativa e disciplinar é objecto de reflexão no terceiro e último capítulo, com especial ênfase para a responsabilidade criminal e civil. É neste sede que julgamos que o nosso sistema está mais atrasado, em especial no que diz respeito ao ressarcimento dos pacientes vítimas de erros médicos não culposos – erros resultantes de falhas de concentração, distrações, lapsos, má interpretação da realidade, entre outros mais.

Na verdade, o erro médico, o evento adverso, o incidente, enfim, seja qual for o fenómeno em causa, é susceptível de acontecer a quem recorre a serviços médicos. Por esta razão, este tipo de eventos é merecedor da nossa atenção pelo facto de uma maior e persistente ocorrência no ambiente hospitalar.

Por último, gostaríamos de fazer menção ao facto de ser nossa intenção – por considerarmos ser mais abrangente - usar a expressão paciente e não a de doente.

Capítulo I - O sistema de saúde

*“Aos doentes tenha por hábito duas coisas:
ajudar, ou pelo menos não produzir danos.”*

Hipócrates

Considerações iniciais

É nosso interesse dar conta, numa forma abreviada, do intrincado Sistema de Saúde Português para contextualização da responsabilidade por erro médico nas instituições públicas de saúde.

1.O sistema de saúde português

A Constituição da República Portuguesa, de 1976, instituiu, nos termos do art.º 64º, o direito à protecção da saúde. Esse direito social de acesso à saúde vem sendo implementado através de um sistema nacional universal, geral e tendencialmente¹ gratuito.

Destarte, a Lei 56/79, de 15 de Setembro, materializou esse desiderato, criando o Serviço Nacional de Saúde (SNS)², tendo como escopo assegurar direito à protecção da saúde, nos termos da Constituição.

Contudo, o SNS não surge como o único serviço responsável pela prestação de cuidados médicos em Portugal sendo, antes, uma célula integrante dum corpo complexo, que a Lei de Bases da Saúde (LBS) designou por Sistema de Saúde (SS)³.

¹ Já que o n.º1 da Base XXXIV, da Lei 48/90, de 24 de Agosto, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, em diante designada por “ Lei de Bases da Saúde (LBS) ”, prevê que possam ser cobradas taxas moderadoras. O n.º2 da Base XXXIV isenta do pagamento de taxas as pessoas sujeitas a maiores riscos e as financeiramente mais desfavorecidas. Para melhor esclarecimento, V., ainda, Sérgio Deodato, “ *Direito da Saúde*”, Almedina, Coimbra,2012, pág. 71.

² O SNS funciona sob a superintendência e tutela do Ministro da Saúde. Cf. n.º1 da Base XXVI da LBS e o art.º 1 do Anexo ao DL n.º 11/93, de 15 de Janeiro, Estatuto do Serviço Nacional de Saúde (ESNS).

³ Cf., por ex., n.º1 da Base IV e n.º1 da Base XII da LBS. V., ainda, e para melhores desenvolvimentos, Licínio Lopes, “Direito Administrativo da Saúde”, in “ *Tratado de Direito Administrativo Especial*”, Volume III (org. por Paulo Otero e Pedro Gonçalves), Almedina, Coimbra,2010, pág. 233.

Assim, fazem parte do Sistema de Saúde Português (SSP) as instituições integradas no SNS, nomeadamente os estabelecimentos e serviços prestadores de cuidados de saúde na dependência do Ministério da Saúde, mormente os hospitais⁴, prestadores de cuidados secundários ou diferenciados e os centros de saúde, prestadores de cuidados de saúde primários que, ao contrário dos hospitais, estão integrados organicamente nas Administrações Regionais de Saúde, I.P.⁵.

Incluídos também no SSP, por força de acordos celebrados, estão as instituições privadas que prestem serviços aos utentes do SNS e os profissionais liberais contratados para prestarem os seus serviços aos utilizadores do SNS⁶.

Concluimos, portanto, que o SSP é o resultado de uma combinação de serviços públicos e privados e de financiamento público e privado⁷.

2. As entidades prestadoras do SNS

2.1 Cuidados primários

Os centros de saúde (CS) podem ser definidos como a primeira linha de actuação do SNS, neles sendo prestados os cuidados de saúde primários, máxime cuidados de saúde essenciais, preventivos ou curativos aos beneficiários do SNS.

Por sua vez, os agrupamentos de centros de saúde (ACES)⁸ são serviços públicos de saúde com autonomia administrativa, que podem compreender um ou mais centros de saúde de determinada área geográfica, tendo como objectivo a prestação de cuidados de saúde primários aos utentes dessa área geográfica⁹.

⁴ Os hospitais públicos são pessoas colectivas públicas, dotados de personalidade jurídica e incorporados na administração indirecta do Estado.

⁵ O n.º 1 do art. 1º do DL n.º 22/2012, de 30 de Janeiro, define a natureza das Administrações Regionais de Saúde, I.P, doravante denominadas por “ARS, I. P”. As ARS, I.P. são institutos públicos integrados na administração indirecta do Estado, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e património próprio. De acordo com n.º 2 do art. 2º do supracitado DL, as ARS, I.P. dividem-se em 5 regiões, Norte, Centro, Lisboa e Vale do Tejo, Alentejo e Algarve. Cf., ainda, Base XXVII da LBS.

⁶ Cf. n.º1 da Base XII da LBS.

⁷ Assim, Pedro Pita Barros, “*Pela sua saúde*”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, n.º33, Janeiro de 2013, pág. 29.

⁸ Criados pelo DL n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro, alterado pelo DL n.º 102/2009, de 11 de Maio.

⁹ Cf. n.º1 e n.º2 do art. 2º e art. 3º do DL n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro.

Os ACES, assim como os hospitais e centros hospitalares, apesar de estarem desconcentrados das ARS, I. P.¹⁰, estão sujeitos ao seu poder de direcção¹¹.

Desta forma, os ACES podem compreender, ainda, de forma a aproximar a prestação de cuidados primários às populações, unidades funcionais com objectivos específicos¹².

2.2 Cuidados secundários

Os hospitais são os serviços responsáveis pela prestação de cuidados de saúde secundários ou diferenciados que, nos termos do art.º 2º do anexo à Lei de Gestão Hospitalar¹³, podem apresentar diferentes modelos de gestão¹⁴:

- **Hospitais SPA** (sector público administrativo), que se traduzem por um modelo tradicional de gestão hospitalar, com natureza jurídica de instituto público¹⁵, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira podendo, ou não, ter autonomia patrimonial¹⁶. Modelo de gestão hospitalar que tem vindo a ser substituído pelo de gestão empresarial e, por essa razão, os hospitais SPA, ainda existentes em Portugal, são muito poucos.
- **Hospitais SA** (sociedade anónima), de capitais exclusivamente públicos, dotados de personalidade jurídica – mas, de direito privado - e regulados pelo regime jurídico das sociedades anónimas, bem como pela lei do sector empresarial do Estado¹⁷. Em 2003 foram criados em Portugal 31 hospitais SA, substituindo 34 hospitais com o modelo tradicional de gestão (SPA)¹⁸.

¹⁰ As atribuições das ARS,I.P. estão vertidas no texto do art. 3º do DL n.º22/2012, de 30 de Janeiro.

¹¹ Cf. n.º3 do art. 2º do DL n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro, e ainda n.º 3 do art. 2º do DL n.º 22/2012, de 30 de Janeiro.

¹² Cf. arts. 7º a 15º do DL n.º 28/2008, de 22 de Fevereiro.

¹³ Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro.

¹⁴ V. Licínio Lopes, ob. cit. pág. 236 e ss.

¹⁵ Assim, Rui Nunes, “*Regulação da Saúde*”, 2ªed., Vida Económica, Porto, 2012, pág. 76.

¹⁶ Cf. al. a) do n.º1 do art.º 2 e arts. 9º do anexo à Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, que aprovou o regime jurídico da gestão hospitalar, e DL n.º 188/2003, de 20 de Agosto, que veio regular os hospitais SPA.

¹⁷ Cf. n.º 3 da base XXXVI da LBS e art. 19 do anexo à Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro.

¹⁸ Portaria n.º 551/2004,de 22 de Maio.

Mais tarde, em finais de 2005, os 31 hospitais SA foram transformados em entidades públicas empresariais (EPE)¹⁹ não existindo, hoje, em Portugal, qualquer hospital, de capitais exclusivamente públicos, com este modelo de gestão.

- **Hospitais EPE** (entidades pública empresariais)²⁰ têm capital exclusivamente público, sendo pessoas colectivas de direito público, de natureza empresarial e dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial²¹. A adopção deste tipo de modelo de gestão hospitalar, em detrimento do modelo anterior (SA), alicerçou-se na justificação da necessidade duma maior intervenção da tutela e da superintendência da administração pública, designadamente através dos Ministros da Saúde e Finanças.²² Neste momento, é o modelo de gestão mais comum em Portugal.
- **Hospitais PPP** (parcerias público-privadas) são hospitais públicos, integrados no SNS, em regime de gestão e financiamento privados. O Estado, através de um contrato de gestão, com natureza de contrato de concessão de serviço público, co-financia-se, transfere ou partilha os riscos com outras entidades na prossecução do serviço público da saúde²³.

¹⁹ Por força do DL n.º 93/2005, de 7 de Junho, e v., ainda, o DL n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, que concretiza a transformação determinada pelo DL n.º 93/2005, de 7 de Junho, e cria, por sua vez, novos hospitais EPE e aprova novos estatutos.

²⁰ A criação destas entidades públicas empresariais ocorreu por via dos DL n.ºs 93/2005, de 7 de Junho, 233/2005, de 29 de Dezembro, 50-A/2007 e 50-B/2007, de 28 de Fevereiro, 326/2007, de 28 de Setembro, 23/2008, de 8 de Fevereiro, 180/2008, de 26 de Agosto, 183/2008, de 4 de Setembro, 203/2008, de 10 de Outubro e 27/2009, de 27 de Janeiro.

²¹ Regime do capítulo III do DL n.º 558/99, de 17 de Dezembro, republicado em anexo ao DL n.º 300/2007, de 23 de Agosto, v., ainda, art. 18 da Lei n.º 27/2002, art.º 5º do DL n.º 233/2005, de 29 de Dezembro e n.º 1 do art. 1º do anexo II do DL n.º 233/2005, de 29 de Dezembro.

²² V. Maria João Estorninho, “ *Organização Administrativa da Saúde*”, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 113 e ss.

²³ Para melhor entendimento e compreensão deste modelo de gestão hospitalar, cf. DL n.º 185/2002, de 20 de Agosto, alterado pelos DL n.ºs 86/2003, de 26 de Abril, e 141/2006, de 27 de Julho. Note-se, ainda, que as PPP na saúde tanto abrangem os cuidados diferenciados e especializados a nível hospitalar como os cuidados primários e cuidados continuados de saúde.

3. A eficiência dos modelos de gestão

Os modelos de gestão supracitados têm como ponto de partida não só a necessidade de racionalizar recursos públicos, como de melhorar os serviços de saúde prestados às populações, dado a saúde ter um peso desmedido na despesa pública e, como tal, ser compreensível e necessário encontrar modelos de gestão mais eficientes.

Quanto aos modelos de gestão actuais, segundo Rui Nunes²⁴ houve uma clara melhoria no respeitante ao desempenho económico e financeiro dos extintos hospitais SA em relação aos hospitais SPA.

Seja quais forem o(s) modelo(s) a aplicar, nunca devemos perder de vista que o que está em causa em última análise é, e será sempre, a qualidade dos serviços de saúde prestados às populações, e não apenas o binómio custo e benefício.

Constata-se hoje, claramente, o afastamento do modelo de Estado providência em favor do Estado regulador. Contudo, é imperioso que esse afastamento não se faça à custa do condicionamento, forçado²⁵, do acesso dos cidadãos à saúde por força de uma cada vez maior empresarialização da saúde em Portugal.

O desafio de proporcionar o acesso dos cidadãos à saúde de uma forma universal, geral, gratuita e segura apresenta-se cada vez mais difícil na sociedade moderna.

Todavia, isso não invalida de se requerer a prossecução de um sistema de saúde sustentável²⁶ e mais seguro²⁷, ou seja, mais eficiente na aplicação dos seus *inputs*, e que se traduzirá em:

a) melhor gestão de recursos, custos e desperdícios; maior desburocratização porque, apesar da pretensão do sistema de saúde em ser mais descentralizado e desconcentrado, ainda há um longo caminho a percorrer no que diz respeito à comunicação entre entidades;

²⁴ Rui Nunes, ob. cit. pág. 86.

²⁵ P. ex. através do aumento indiscriminado das taxas moderadoras. Quanto ao efeito das taxas moderadoras no consumo de serviços médicos, v. Pedro Pita Barros, ob.cit. pág. 25.

²⁶ No que diz respeito à definição de sustentabilidade financeira na saúde e seus factores condicionantes, v., Pedro Pita Barros, id. pág. 29 a 45.

²⁷ Através da obrigatoriedade das entidades prestadoras de cuidados de saúde terem um registo de incidentes e eventos adversos, de forma anónima e obrigatória, nas suas unidades para que pudessem melhorar a qualidade dos serviços prestados.

b) mais fiscalizador da actuação dos titulares dos seus órgãos e funcionários; mais solidário, nomeadamente com os mais idosos e desfavorecidos; mais aplicado numa saúde preventiva, pois o agravar de muitas doenças é devido à não adopção de uma atitude profiláctica por parte não só dos serviços médicos mas, sobretudo, da sociedade²⁸, o que passa forçosamente, a nosso ver, por mera questão política²⁹. Pense-se no número de doenças que podiam ser tratadas caso fossem descobertas numa fase inicial e, conseqüentemente, quanto o SSP podia poupar com o “*check up*” obrigatório³⁰ a partir de determinada faixa etária, ou grupo de risco, para despiste de doenças características dessa faixa etária ou grupo de risco.

No fundo, uma saúde mais segura, uma saúde onde não se morra da cura para, desta forma, não nos conduzir a um futuro hipotecado.

²⁸ Necessidade de reeducação da sociedade de forma a apostar e a exigir mais medicina preventiva.

²⁹ Pois seria necessário legislar, criar meios, libertar fundos, organizar estruturas, enfim um sem número de aspectos a considerar.

³⁰ P.ex. através da criação de unidades funcionais nos centros de saúde só para esse efeito. Estabelecimento de parcerias com entidades particulares, nomeadamente com as que tivessem capacidade para desenvolver exames radiológicos, hematológicos, etc., necessários para uma boa avaliação do utente. Obrigatoriedade de cada utente ter um registo actualizado do seu historial clínico.

Capítulo II - O erro médico

*“Todos os erros humanos são impaciência,
uma interrupção prematura de um trabalho metódico.”*

Franz Kafka, “*A Muralha da China*”

Considerações iniciais

Neste capítulo debruçar-nos-emos, mais objectivamente, sobre a temática do nosso estudo, respeitante à responsabilidade por erro médico nas instituições públicas de saúde.

Se no capítulo anterior, e por necessidade, fizemos um levantamento, ainda que sintético, das principais entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde em Portugal e dos seus principais modelos de gestão é nosso intento, agora, analisar a problemática do erro médico para, em capítulo posterior, abordarmos o tema da responsabilidade.

Tentaremos apresentá-lo com a maior objectividade possível, tendo plena consciência de se tratar de uma matéria delicada e complexa.

1.O erro

O erro³¹ é definido como: uma decisão, acto ou resposta incorrecta; ilusão; juízo falso; engano; falta; culpa; doutrina falsa.

Por outro lado, “*O erro está intrinsecamente ligado à natureza humana e não poderá nunca ser abolido, isto é, os erros são inevitáveis*”³². O problema adensa-se, porém, quando o erro acontece em procedimentos quotidianos, gerando danos para terceiros podendo, muitas vezes, ser irreversíveis e, como tal, devem ser evitados.

³¹De acordo com Dicionário da Língua Portuguesa, Porto Editora,2006.

³² José Fragata e Luís Martins apud Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, «Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente», in *Data Venia*, Ano 1, n.º 01, Julho - Dezembro 2012,pág. 11.

2. O erro médico

2.1 Definição

Somos da opinião que a expressão evento adverso³³ (EA) é a que melhor convoca e engloba todos estes fenómenos pelo que, sempre que evocarmos EA no presente trabalho, englobamos todo tipo de incidentes que causam danos, ou são potenciais criadores de danos, particularmente o erro médico (EM).

O EM pode ser entendido como dano criado, ou potencialmente criado, no doente, por lapso ou falha, devido à falta, ou excesso, de atenção, ou de destreza, ou, então, por um engano resultante duma má decisão, que pode derivar duma má aplicação das regras, má utilização do conhecimento ou devido, inclusive, a uma má deliberação³⁴.

James Reason³⁵, psicólogo que se debruçou sobre a natureza do erro humano, refere que “ *o erro é a falha de uma acção planeada em atingir o resultado pretendido*”.

Por sua vez, para José Fragata e Luís Martins³⁶, o EM é entendido como “*uma falha, não intencional, de realização de uma sequência de actividades físicas ou mentais, previamente planeadas, e que assim falham em atingir o resultado esperado. Sempre que essa falha se não deva à intervenção do acaso*”.

Quer dizer que o plano, a falha, a não intencionalidade, a não intervenção do acaso e o não atingir o resultado previsto são, segundo estes autores, as traves mestras do edifício do EM.

Romeo Casabona, por seu lado, põe o acento tónico no facto do erro médico ser apenas a comprovação factual que algo não correu bem do ponto de vista técnico, nunca supondo uma valoração jurídica e circunscrevendo-o como “ *defeito de aplicação de métodos, técnicas e procedimentos nas distintas fases de actuação do médico (técnica exploratória, diagnóstico, prognóstico, realização do tratamento)*.”³⁷

³³ Tudo o que acontece e/ou envolve doente.

³⁴ V. José Fragata, id., pág. 22 e Paula Ribeiro de Faria, «Erro em Medicina e o Direito Penal» in *Lex Medicinæ*, Coimbra Editora, ano 7, n.º 14, 2010, pág. 17 e ss.

³⁵ Reason apud Paula Bruno, ob. cit. pág. 39.

³⁶ José Fragata e Luís Martins apud Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, ob.cit.,pág. 8/9.

³⁷ Romeo Casabona apud Álvaro Rodrigues, “ *Responsabilidade Médica em Direito Penal*”, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 288.

Assim, como muito bem alerta o Juiz Conselheiro Álvaro Rodrigues³⁸, o “*aspecto essencial do erro médico é a falta de consciência (focal ou marginal) do mesmo, pelo agente, pelo menos até ao momento em que é praticado, o que, todavia, não significa a ausência da sua previsibilidade abstracta*”.

A este propósito, também Sónia Fidalgo³⁹ alinha pelo mesmo diapasão ao salientar que os erros humanos não são cometidos de forma deliberada mas, apenas, consequência natural da actividade humana.

Já a Agency for Healthcare Research and Quality (AHRQ)⁴⁰ descreve os erros como “*enganos realizados no processo de cuidados e que resultam ou têm o potencial para resultar em dano para o doente*”.

Podemos inferir, assim, a partir dos considerandos expressos que, apesar de não existir uma definição homogénea de erro médico na doutrina, o erro é característica inerente a todo ser humano.

No entanto, compreende-se a dificuldade da sociedade em o aceitar no contexto de determinadas actividades profissionais⁴¹, sobretudo quando essas actividades influenciam na saúde ou segurança da própria sociedade. Daí que, não obstante a actividade médica ser caracterizada, em regra, como uma obrigação de meios, para a sociedade ela ainda é percebida como uma obrigação de resultados.

2.2 As *legis artis* e o dever objectivo de cuidado

As *legis artis*⁴², ou regras da arte médica, em determinado momento histórico não são mais do que um manancial de regras constantes no Estatuto da Ordem dos Médicos, Estatuto do Médico⁴³, Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁴⁴, bem como em leis específicas que regulam os ensaios clínicos⁴⁵, colheita e transplante de

³⁸ Álvaro Rodrigues, «Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente», in *Data Venia*, Ano 1, n.º 01, Julho-Dezembro 2012, pág. 12.

³⁹ Sónia Fidalgo apud Álvaro Rodrigues, id., ibid.

⁴⁰ AHRQ, 2003 apud «TOMADA DE POSIÇÃO SOBRE SEGURANÇA DO CLIENTE», pág. 2.

⁴¹ P.ex. médicos, enfermeiros, pilotos da aviação civil, etc.

⁴² Sobre a definição de *legis artis*, v. Paulo Pinto de Albuquerque, “*Comentário do Código Penal*”, 2ª ed., UCP, 2010, com. ao art. 150º, anot. 7, pág. 457.

⁴³ DL n. 373/79, de 8 de Setembro.

⁴⁴ Cf. art. 9º CDOM.

⁴⁵ DL n. 46/2004, de 19 de Agosto.

órgãos⁴⁶, exposição a radiações⁴⁷, procriação medicamente assistida (PMA)⁴⁸, recomendações de organizações de saúde (sejam elas nacionais, europeias ou mundiais), normas técnicas que estabelecem regras a seguir pelos médicos (que vão desde o diagnóstico até convalescença do paciente), assim como nos procedimentos técnicos que devem ser observados para determinados actos médicos, etc.

Os actos médicos praticados com violação das *legis artis* são puníveis no âmbito criminal quando, por via dessa infracção, se puser em causa a integridade física ou a vida do paciente⁴⁹.

No âmbito civil, as condutas expostas acima, sejam elas cometidas por intermédio de negligência (mera culpa) ou por dolo, impõem a obrigação de indemnizar, por força do disposto no n. 1º do art. 483º do CC.

Resta ainda acrescentar que a violação às *legis artis* tanto pode ser cometida em qualquer modalidade de dolo⁵⁰ – o que implica, necessariamente, a violação do dever objectivo de cuidado –, sendo mais frequente na modalidade de dolo eventual⁵¹, como no âmbito da negligência.

A sua confirmação, contudo, exige que, para cada caso em concreto, sejam demandados peritos com conhecimentos específicos para cada tipo de evento⁵², pois o juiz não é a pessoa mais qualificada para certificar o “se” e o “como” da violação às *legis artis* dado que é exigido um vasto conhecimento técnico e científico do campo da medicina que, provavelmente, o juiz não dispõe.

Contudo, ao juiz cabe a palavra final, pois é ele – depois de ouvidos os pareceres dos técnicos, das testemunhas, arguidos, ofendidos e/ou assistentes – quem vai avaliar e decidir sobre se houve, ou não, infracção às *legis artis*.

A violação do dever objectivo de cuidado conduz-nos para os ilícitos negligentes. O dever de cuidado vem cristalizado no art. 15º da CP, ditame a que todos os profissionais médicos estão obrigados. Pode ser traduzido na obrigação que incide

⁴⁶ L. n. 12/93, de 22 de Abril.

⁴⁷ DL n. 348/89, de 12 de Outubro.

⁴⁸ L. n. 32/06, de 26 de Julho.

⁴⁹ Por ex., art. 137º do CP.

⁵⁰ Assim, Américo Taipa de Carvalho, “*Direito Penal, Parte Geral*”, 2ªed. Coimbra Editora, 2008, págs. 529-530

⁵¹ Assim, Álvaro Rodrigues, ob. cit., pág.8.

⁵² É exigido a prova pericial, arts. 151º e ss do CPP. Entre nós essa responsabilidade pericial cabe ao Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P. (INML, I.P.) cf. alínea b) do n. 2 do art. 3º do DL n. 131/2007, de 27 de Abril. No entanto, nada impede que o INML, I.P. atribua ou adquira a outros serviços e entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, a realização de exames e de perícias médico-legais que lhe forem solicitadas, cf. art. 18º

sobre o agente, atendendo às circunstâncias concretas em que se encontra e desde que tenha a possibilidade e capacidade de agir em conformidade com a acção devida, isto é, a acção necessária e adequada para evitar a produção do resultado típico.

Para a averiguação e valoração da violação do dever objectivo de cuidado deve o julgador, em cada caso em concreto, fazer apelo a um juízo de prognose póstuma, de forma a atingir um critério segundo o qual um profissional médico proficiente - se estivesse colocado na posição do agente - não teria prosseguido com idêntico comportamento.

Ou seja, o juiz coloca-se num momento *ex ante* para investigar se naquele caso em concreto, e dadas as circunstâncias que envolvem o agente, era previsível e evitável o resultado danoso servindo-se, para isso, de um modelo padrão que define o dever objectivo de cuidado.

Modelo esse, por sinal, que corresponde ao profissional da especialidade mediamente⁵³ competente e prudente.

Este modelo, como bem sugere Paula Faria⁵⁴, deve ser construído, necessariamente, em todos os julgamentos em que esteja em causa o dever objectivo de cuidado. Vem-nos assim à ideia um **modelo padrão dinâmico** que se ajusta consoante os casos e as circunstâncias em concreto.

Aliás, indo ao encontro de Castaldo⁵⁵, o facto da existência, nos nossos dias, das mais variadas especialidades dentro do meio hospitalar – designadamente cirurgia, pediatria, obstetrícia, anesthesiologia – leva a que o modelo padrão varie consoante o profissional em causa. Assim, o julgador na sua valoração judicial terá que recorrer ao modelo padrão não do “médico médio”, mas do “cirurgião médio”, “pediatra médio”, “obstetra médio”, “anestesista médio”, e assim sucessivamente.

Importa, ainda, sublinhar que não podemos afirmar que a infracção às *legis artis* importa necessariamente a violação do dever objectivo de cuidado até porque, como frisámos acima, os critérios de avaliação, certificação ou valoração destes conceitos são

⁵³ Mediamente, porque não seria justo comparar com o *expert* da especialidade, pois, e como é lógico, em todas as áreas existe sempre o melhor que os demais. Contudo, o problema adensa-se quando as capacidades do profissional de saúde acima da média influem no dever objectivo de cuidado, ou seja parece admitir-se um paralelismo entre as especiais capacidades e um dever objectivo de cuidado mais elevado. Por opção, remetemos o desenvolvimento desta problemática para o estudo de Sónia Fidalgo, “*Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*”, Coimbra Editora, 2008, págs. 61-68.

⁵⁴ Paula Faria, ob. cit., pág. 19.

⁵⁵ Castaldo apud Sónia Fidalgo, ob. cit., pág. 60.

diferentes⁵⁶. Pense-se, por ex., que numa determinada situação em que as *legis artis* impõem determinado procedimento mas que, no entanto, o médico considera que a sua nova técnica é mais eficaz e prossegue com ela e trata o paciente: violou as *legis artis*, mas não o dever objectivo de cuidado.

*“Pode acontecer que o médico que não actuou de acordo com as legis artis não tenha violado o dever objectivo de cuidado na situação concreta, ou acontecer uma violação objectiva de cuidado do médico, ainda que tenha cumprido as legis artis.”*⁵⁷

Nesta óptica, podemos afirmar que por via da averiguação da violação das *legis artis* apenas é possível concluir se existem, ou não, indícios da violação ao dever objectivo de cuidado⁵⁸.

Deste modo, é nosso parecer que, para perscrutar acerca da violação do dever objectivo de cuidado, o julgador, num determinado caso em concreto deve, numa fase inicial, munir-se dos conhecimentos necessários – sejam eles provenientes de peritos, arguidos, testemunhas, ofendidos e/ou assistentes – de forma a indagar se foram, ou não, cumpridas as regras da arte médica. Até porque, como já referido, a violação às *legis artis* constitui um indício forte, mas não decisivo, de que não foi cumprido o dever de cuidado a que o profissional médico está obrigado e é capaz.

*“É que Legis Artis e cuidado objectivo devido não são conceitos coincidentes, sendo a violação das legis artis apenas um indício da violação do dever objectivo de cuidado.”*⁵⁹

É necessário, ainda, ter sempre presente que nem toda a violação às *legis artis* tem relevância penal ou civil isto porque, desde logo, pode estar em causa, por ex., um chamado *near miss*⁶⁰ que não provocou qualquer dano nem qualquer perigo para a integridade física ou vida do paciente. Logo, se não houve dano não pode sobrevir a responsabilidade civil, porquanto o dano, como veremos à frente, é requisito na responsabilidade civil e se não houve dano ou perigo de lesão da integridade física, ou da vida do paciente, também podemos atestar que não existe responsabilidade criminal.

⁵⁶ Ou seja, para além das normas da arte médica devemos atender a todo circunstancialismo que rodeia o caso em concreto para averiguarmos se houve ou não violação do dever objectivo de cuidado. Para melhores detalhes, v. Álvaro Rodrigues, “*Responsabilidade Médica em Direito Penal*”, Coimbra, Almedina, 2007, págs. 284-285.

⁵⁷ Paula Faria apud ac. TRL, proc. 5072/07.4TDLSB.L2-9, de 23-05-2013, notas gerais. Os Acórdãos doravante citados sem menção de proveniência encontram-se publicados no site www.dgsi.pt.

⁵⁸ Apontando nessa perspectiva, Álvaro Rodrigues, id. pág. 282.

⁵⁹ Extracto do ac. TRL, proc. 5072/07.4TDLSB.L2-9, de 23-05-2013, notas gerais.

⁶⁰ Remetemos a definição do conceito para José Fragata, “*Segurança dos Doentes: Uma Abordagem Prática*”, Lisboa, Lidel, 2011, pág. 25.

Por outro lado, pode ocorrer uma violação às *legis artis*, mas se não existir nexo causal entre o facto (conduta do agente) e o dano é, desta forma, inviabilizado qualquer tipo de responsabilidade⁶¹.

Não queremos com isto garantir, de todo, que o médico não possa ser alvo de um processo disciplinar no âmbito interno; agora, que possa ser punido para além disso, julgamos que não. Na mesma óptica, pode também acontecer que o médico tenha seguido escrupulosamente as boas práticas médicas, onde se consubstancia as regras da arte médica e do dever objectivo de cuidado. Mas o dano, ainda assim, ocorreu. É aquilo a que designamos como EM não culposos que, devido a uma qualquer razão, escapou ao profissional. Numa tal situação é fácil prever que será muito difícil conseguir apontar a culpa ao médico e, logo, sem culpa não poderá haver responsabilidade civil ou penal.

2.3 O erro médico não culposos e a negligência médica

O EM não culposos pode ser traduzido numa falha, lapso ou engano num plano que vai frustrar o resultado cobijado; por sua vez, a negligência médica – v.g., erro por negligência, erro culposos – ocorre por via da violação do dever objectivo de cuidado a que o profissional está obrigado e é capaz.

Exemplo já clássico de negligência médica – que infelizmente não é apenas doutrinário⁶², dadas as vezes que se repete – é o caso da compressa deixada esquecida no corpo do paciente, aquando da sutura⁶³. Neste caso, no nosso entender, está em causa uma transgressão às *legis artis* da profissão e a violação do dever objectivo de cuidado, pois foi pelo não cumprimento das regras da arte médica que se violou o dever objectivo de cuidado.

Este nosso entendimento surge sufragado por Fragata quando afirma – dando mesmo um ex. de uma foto de um raio x como procedimento a seguir para dar resposta a esses problemas – que existem estabelecimentos hospitalares com protocolos de

⁶¹ V. ac.do TRG, proc. 717/04-1, de 03-05-2004.

⁶² Cf., por ex., o ac. do TRC proc. n. 1594/04.7TBLRA.C1, de 06-05-2008, e o ac. do TRL proc. n. 2617/2006-9, de 11-05-2006.

⁶³ Aquilo a que José Fragata designa por: “*never events*”, ou seja, eventos que nunca deviam acontecer. Ainda segundo este autor, o esquecimento de corpos estranhos em cirurgias pode ocorrer em cerca de 1 por 10.000 intervenções. V. José I. G. Fragata, «Erros e acidentes no bloco operatório: revisão do estado da arte» *RPSP*, 2010; Vol. Tem. (10):17-26 in www.elsevier.pt/rpsp, pág. 23.

exigência da contagem de compressas, agulhas e outros instrumentos cirúrgicos antes de suturar o paciente⁶⁴.

Caso, após efectuada a sutura, ter sido deixado um elemento estranho no corpo do paciente estamos, assim, perante uma infracção às *legis artis*, porque não foi cumprido o protocolo exigido pelo estabelecimento hospitalar para aqueles actos médicos. Assim, com a desobediência às *legis artis* estamos, como tal, perante um bom indício da violação do dever objectivo de cuidado.

No que diz respeito ao erro médico não culposo – enquanto falha, lapso ou engano – trazemos à colação alguns dos exemplos vertidos na notável obra de Álvaro Rodrigues⁶⁵ referindo que, mesmo quando tomadas todas e as devidas providências bem como todos os cuidados inerentes ao tipo de cirurgia, o médico-cirurgião lesa um nervo facial na remoção cirúrgica de um tumor da parótida ou secciona, indesejadamente, uma artéria quebradiça durante o acto cirúrgico. Neste caso, parece-nos ser de excluir a negligência, porque a culpa, como veremos à frente, é precisamente um dos elementos da negligência.

*“A responsabilidade do médico-cirurgião decorrente do erro de execução em que incorreu ao perfurar o canal biliar durante uma intervenção em que se utilizou a técnica da laparoscopia não se impõe necessariamente, constatado o mencionado erro, considerando que o erro constitui um risco inerente a uma actividade humana como é a intervenção cirúrgica mas também porque a responsabilidade em causa não é uma responsabilidade objectiva”.*⁶⁶

Se doutrinalmente é manifesta a distância que separa estes conceitos, na prática o intervalo que os desune nem sempre é visível.⁶⁷

Sendo consabido que o erro pode acontecer a qualquer profissional diligente e que não é impreterível que a culpa se manifeste infere-se, assim, que o erro nem sempre coincide com a violação das *legis artis* ou com a violação do dever objectivo de cuidado. Por outro lado, a negligência médica – erro culposo – pressupõe sempre a existência de um tipo de ilícito e de um tipo de culpa. Ou seja, quando o profissional

⁶⁴ José Fragata, id. ibid.

⁶⁵ Álvaro Rodrigues, “ *Responsabilidade Médica em Direito Penal*”, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 289.

⁶⁶ Extracto do ac. do STJ ,proc. 6297/06.5TVLSB.L1.S1, de 15-05-2013, conclusões.

⁶⁷ V., Carla Gonçalves, “ *A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema para Além da Culpa*”, Coimbra Editora, 2008, pág. 24.

age, infringindo, de uma forma leviana, o dever objectivo de cuidado a que está obrigado e de que é capaz⁶⁸, está a actuar ilicitamente e com culpa. Isto é, “*a negligência contém um tipo de ilícito e um tipo de culpa; no primeiro, reside a violação de um dever de cuidado objectivo; no segundo, a censurabilidade pessoal dessa falta de cuidado de que o agente é capaz.*”⁶⁹

Isto equivale a dizer que a violação do dever objectivo de cuidado é elemento da ilicitude e não da negligência em si. Para aferição da culpa deve-se atender às capacidades pessoais do agente e ao grau de reprovabilidade da sua falta de cuidado, no caso em concreto, bem como às circunstâncias que envolvem o agente.

Ainda quanto ao grau de reprovabilidade interessa destacar não servir como atenuante o facto de o agente, no caso em concreto, estar impedido de compreender o dever de cuidado devido a cansaço, perturbação, defeito corporal ou falta de inteligência⁷⁰.

Contudo, nem sempre é fácil descortinar se o dano derivou de um erro não culposos – e, por isso, desculpável – ou, se pelo contrário, adveio de um erro culposos proveniente da falta de cuidado adequado e exigível a um profissional médio da especialidade perante um determinado caso concreto. E é nesta sede que o dilema da prova ganha destaque. Mais à frente falaremos sobre este hermético problema mas, para já, apenas podemos afiançar que é nesse capítulo que se pode indagar sobre a existência, ou não, de negligência médica. Assim, podem estar reunidos todos os requisitos da responsabilidade civil ou criminal, mas se não existir prova de culpa nunca subsistirá, respectivamente, a obrigação de indemnizar⁷¹ ou o ilícito típico.

No âmbito penal vigora o princípio da culpa⁷², afirmando que para haver pena tem que existir culpa, com a medida da pena a nunca poder ultrapassar a medida da culpa. Poderá, eventualmente, a medida da pena ser inferior a grau de culpa do agente, se para isso se entender que aquela pena realiza adequadamente as exigências de prevenção⁷³. A culpa no direito penal funciona como pressuposto e limite das penas.

⁶⁸ Cf. n.º 1 do art. 15º do CP.

⁶⁹ Extracto do ac. do TRE, proc. 667/07.9TAEVR.E1, de 26-06-2012.

⁷⁰ Nesse sentido, Pinto de Albuquerque, ob.cit., com. ao art.º15, anot. 16, pág. 112.

⁷¹ Cf. art. 483º do CC.

⁷² Para um entendimento mais detalhado, v. Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime”, Coimbra Editora, 2009, págs. 73 e 208.

⁷³ Cf. n. 2 do art. 40º e o n. 1 do art. 71 do CP.

Em relação ao direito civil, a culpa funciona como pressuposição da responsabilidade civil. Aliás, decorre da própria lei que “ *só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei*”⁷⁴. É aquilo que o nosso ordenamento jurídico designa por responsabilidade objectiva, ou responsabilidade sem culpa⁷⁵. Fora estes desvios à regra, não há responsabilidade sem culpa, ou seja, a responsabilidade é subjectiva⁷⁶.

Na sequência do anteriormente sustentado, encontramos suporte nas palavras de Antunes Varela quando refere que “*A culpa exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente*”⁷⁷.

A culpa, que se afirma no formalismo civil, tanto abrange o dolo como a mera culpa (negligência). A distinção entre dolo e negligência tem maior impacto no Direito Criminal (visto que a culpa vai influir na medida da pena) do que no Direito Civil, mas não é irrelevante neste último domínio, porquanto a conduta dolosa ou negligente impõe sempre obrigação de indemnizar⁷⁸.

3. As razões do erro médico

Muitas são as razões que potenciam ou desencadeiam o erro, das quais se destacam o *stress*, a fadiga, negligência, a repetição de procedimentos ou o automatismo das tarefas, distrações ou falhas de concentração. Acrescem, igualmente, a estas situações, a qualidade e o estado dos equipamentos, a falta de domínio técnico, insuficiência de conhecimentos, a constante evolução tecnológica dos equipamentos, má organização das equipas médicas, falhas de comunicação, falta de condições do espaço de trabalho, a complexidade das tarefas, idade dos pacientes, tipo de morbilidades associadas aos pacientes, etc.⁷⁹

⁷⁴ n. 2 do art. 483º do CC.

⁷⁵ Por ex., a Responsabilidade pelo risco, arts. 499º e ss.

⁷⁶ Cf. ac. STJ, proc. 1347/04.2TBPNF.P1.S1, de 24-05-2011.

⁷⁷ João de Matos Antunes Varela, “ *Das Obrigações Em Geral*”, vol. 1, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, pág.566.

⁷⁸ V., Luís Manuel Teles De Menezes Leitão, “*Direito das Obrigações*”, vol. 1, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, pág. 318.

⁷⁹ Em todas estas situações de erro é necessário ter em conta sempre, caso a caso, se o médico – porque é dessa classe que o nosso estudo versa – actuou segundo as *legis artis* da sua profissão e, não menos importante, se agiu com o dever objectivo de cuidado a que está obrigado e é capaz.

Independentemente das causas do erro, os profissionais de saúde, enquanto seres humanos, e por isso falíveis, erram. Em sentido paralelo, também é correcto afirmar que o EM coarcta a segurança e a confiança dos pacientes.

4. Consequências do erro médico

Reportando-nos a Fragata⁸⁰, a aviação civil apresenta um risco de morte de 1 por 10⁶ a 1 por 10⁷ eventos; já no que diz respeito à saúde o risco de morte cifra-se em 1 doente para 300 episódios.

No ano 2000, nos EUA, foi publicado um relatório, “*To err is human — Building a safer health system*” do American Institute of Medicine (IOM), onde se concluiu que cerca de 44.000 a 99.000 mortes registadas por ano eram causadas por “erros médicos”, apontando como sendo a oitava principal causa de morte naquele país, superando as mortes por acidentes de trânsito (44.458), cancro da mama (42.297) ou SIDA (16.516)⁸¹. Em Portugal, apesar de não existir um estudo com o alcance do estudo do IOM⁸², Fragata e Martins estimaram que se os nossos hospitais tiverem o mesmo grau de fiabilidade que os congéneres americanos as mortes por erro médico rondarão entre 1.300 a 2.900 por ano⁸³ suplantando, consecutivamente, as mortes ocorridas por ano em acidentes de trânsito desde 2005 até Setembro de 2011⁸⁴ a saber:

- em 2005 morreram, vítimas de acidentes de viação, 1094 pessoas;
- no ano de 2006 foram contabilizadas 850 vítimas mortais;
- 2007 ligeiro acréscimo do n.º de mortes em relação ao ano anterior, 854;
- 776 no ano de 2008;
- no ano de 2009 o registo cifrou-se em 737 vítimas mortais;
- em 2010 acréscimo do n.º de mortes registadas em relação ao ano pretérito, 741;
- até Setembro de 2011 estavam calculadas 690 mortes.

⁸⁰ V. José Fragata, ob. cit. pág. 307.

⁸¹ Cf. Paula Bruno, ob.cit. pág. 32, Paula Lobato Faria, ob.cit. pág. 82 e António Vaz Carneiro, «O erro clínico, os efeitos adversos terapêuticos e a segurança dos doentes: uma análise baseada na evidência científica», *RPSP*, Vol. Tem., N.º10, Novembro-Março de 2011, in <http://www.elsevier.es/es>, pág.4.

⁸² Nem de outros realizados, entretanto, na Austrália, Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia, Dinamarca e Espanha. V.com mais detalhe, Paula Bruno, id. págs. 30 e ss.

⁸³ José Fragata e Luís Martins apud Paula Bruno ob. cit., pág. 35.

⁸⁴ Segundo dados da ANSR, Janeiro 2012, «consultado a 21 de Março de 2013» e disponível em: www.ansr.pt/LinkClick.aspx?fileticket=F3nk7dYL0bg%3D...

Pelo exame dos dados apresentados – ainda que em comparação com dados estimados – podemos concluir que os EAs, onde se incluem obviamente os erros médicos, não são um assunto despiciendo, particularmente pelos danos que provocam aos pacientes.

Noutro patamar, mas não menos importante, sobretudo pelos custos que implicam para os prestadores de cuidados de saúde, estão os gastos por cada dia extra de hospitalização devido a EA.

De acordo com o estudo de Ana Mansoa⁸⁵ [et. al.], em 2008, *“o tempo de internamento nos casos de eventos adversos foi em média 4,14 vezes superior quando comparado com o tempo médio de internamento dos restantes episódios. Foi possível também estimar que os custos associados a eventos adversos correspondam a cerca de 4.436€ por episódio de internamento, tendo como referência o custo unitário total por dia de hospitalização no SNS. Conclui, ainda, – tendo em conta que ocorreram EAs em 41.191 episódios nesse ano – uma estimativa a rondar os 182.740.164,31€, por ano, de custos associados a EAs.*

Ora, por tudo o que ficou dito, é de comezinho entendimento ser a ocorrência de EAs, onde se incluem os EMs, um grave problema de saúde pública. Fica, por demais evidente, que se se reduzir os erros médicos e eventos adversos evitáveis – e, consequentemente, custos provenientes dos dias extra a que os doentes ficam sujeitos - o SNS pouparia, por ano, milhões de euros.

Isto já para não especularmos quanto a questões atinentes a acções judiciais, por alegada má assistência médica, peticionadas nos tribunais todos os anos.

Pelo exame dos dados obtidos no relatório da Inspeção-Geral das Actividades em Saúde (IGAS)⁸⁶, no triénio de 2005-2007, em que responderam ao inquérito 67 estabelecimentos hospitalares, podemos constatar – em 39 dos quais corriam processos – um valor total peticionado de 29.889.501,80€.

No período seguinte, de 2008 até ao primeiro semestre de 2010, tinham respondido ao inquérito 56 estabelecimentos hospitalares, dos quais 37 tinham processos, contra si, num valor total de 26.013.826,16€.

⁸⁵ Cf. Ana Mansoa, et. al. «Eventos adversos na prestação de cuidados hospitalares em Portugal no ano de 2008» *RPSP*, 2011; 29:116-22 in www.elsevier.pt/rpssp, pág.116 e 120.

⁸⁶ Cf. Relatório IGAS, proc. n. 44/2010-INS, págs. 21 e ss.

Apesar das altas cifras requeridas, estamos inteiramente de acordo com a perspectiva de Paula Bruno⁸⁷ na medida em que os tribunais muito raramente concedem os valores peticionados e que a desmedida destes valores devia ser alvo de um estudo mais detalhado.

Porém, e apesar dos parêntesis suscitados, não deixa de ser um sinal de alerta que os cuidados de saúde prestados nas nossas instituições públicas de saúde merecem atenções redobradas. Isto porque, apesar de não serem tão graves quantos os danos físicos a que os pacientes ficam sujeitos, os danos económicos só muito raramente é que não andam, também eles, associados aos danos não patrimoniais. Ou seja, para além da saúde pública que é posta em causa, sob a mesma álea está a “saúde financeira” das instituições.

Já no que diz respeito às especialidades mais visadas - ainda segundo o relatório do IGAS - deixamos referidas, por ordem decrescente, as cinco primeiras: ortopedia, cirurgia geral, obstetrícia, ginecologia e medicina interna. Quanto às especialidades menos citadas, também por ordem decrescente: pneumologia, gastroenterologia, doenças infecciosas, endocrinologia e nefrologia.

5. Soluções para mitigar a ocorrência de eventos adversos

Só por intermédio de procedimentos padronizados, simplificados e limitadores da autonomia individual⁸⁸, para cada tipo de episódio clínico, é que é possível minimizar a ocorrência de EMs ou EAs.

Entre nós, e de acordo com o relatório do IGAS⁸⁹, entre o triénio de 2008 e o primeiro semestre de 2010, 32 hospitais, dos 56 que retorquiram ao inquérito,

⁸⁷ Paula Bruno, ob. cit. 60 e 61.

⁸⁸ P.ex. criando “*checklists*” para as fases pré, intra e pós-operatórias para os cirurgiões, anestesistas, enfermeiros, auxiliares e demais profissionais envolvidos. Entre nós, a responsabilidade mais invocada pelos queixosos tem que ver com os incidentes e complicações ocorridas em intervenções cirúrgicas. Assim, Lesseps Lourenço dos Reys, «Responsabilidade civil dos médicos» in *RFML*, série III, Vol. 5, n.º5, Setembro-Outubro, pág. 309. “ *Com efeito, cerca de 48 % de todos os eventos adversos estão relacionados com a cirurgia e a anestesiologia, ocorrendo em blocos operatórios, e afectando 2 % de todos os internamentos hospitalares. Estes eventos seriam evitáveis em 30 a 50 % dos casos*”, José Fragata. «Erros e acidentes no bloco operatório: revisão do estado da arte» *RPSP*, 2010; Vol. Tem. (10):17-26 in www.elsevier.pt/rpsp, pág.18. V., ainda, a circular normativa, nº16/DQS/DQCO, «Cirurgia Segura Salva Vidas», da DGS, seguindo as orientações da OMS, que já previa a implementação deste tipo de procedimento, através da utilização da Lista de Verificação de Segurança Cirúrgica para todos os blocos operatórios até ao final de Setembro de 2010.

⁸⁹ Cf. Relatório IGAS, pág. 11.

asseveraram possuir protocolos escritos de prevenção, de erro médico e/ou promoção da segurança do doente, contra 24 que não possuíam qualquer tipo de protocolo.

Para uma maior qualidade na prestação de cuidados de saúde faz-se apelo à criação de um sistema de comunicação e registo (SCR) de eventos adversos⁹⁰, obedecendo a três requisitos: anónimo, pois só assim se garante adesão do profissional de saúde ao SCR e o respeito pelos seus direitos fundamentais (art. 35º da CRP); obrigatório, no nosso entender para evitar o livre arbítrio e não punitivo para precaver possíveis sanções.

Assim, através da criação de sistemas que minimizem riscos clínicos é possível aumentar a qualidade dos serviços prestados e, concomitantemente, diminuir a ocorrência de eventos danosos.

É aqui que entra o papel das administrações das entidades prestadoras de saúde pois, como se pode conferir acima, hoje, a redução dos custos com a saúde é um dos elementos fulcrais em qualquer modelo de gestão o que, por si só, já comporta riscos.

Referimo-nos, designadamente, à não implementação de sistemas de controlo e comunicação de incidentes clínicos porquanto implica, desde logo, um investimento económico considerável, caso da implantação de tecnologias de informação, na manutenção de grupos especializados no tratamento e análise dos dados, bem como no estabelecimento de planos de gestão de risco clínico⁹¹.

Ainda na sequência da análise do relatório do IGAS, relativamente ao triénio de 2008 até ao primeiro semestre de 2010, num universo de 56 hospitais que replicaram ao inquérito, concluímos que em Portugal apenas 36 hospitais admitiram ter alguma política interna de gestão de risco, contra 20 que afirmaram não possuir qualquer política de gestão de risco.

Dos 56 hospitais que responderam, comparativamente ao mesmo triénio, 15 afirmaram possuir sistemas informatizados de alerta e prevenção de riscos (SIAPR) no decurso de toda a assistência médica prestada ao doente mas, a maioria, num total de 41 hospitais, declarou não possuir qualquer sistema.

⁹⁰ Cf. António Vaz Carneiro, ob.cit., pág. 5 e Paula Bruno, ob.cit., pág. 41-47. V., ainda, *supra*, acerca da nossa definição.

⁹¹ Para melhores desenvolvimentos, v., Paula Bruno, ob. cit., pág. 36 a 41.

Nestes termos, podemos epilogar que os EAs – onde incluímos os EMs, já que por força deles é que muitos EAs sobrevêm – ainda gozam de uma certa liberdade no ambiente hospitalar, pois não são tratados com a devida consideração que merecem. Para isso basta analisar o relatório do IGAS para constatar que, no universo hospitalar nacional, apenas alguns estabelecimentos hospitalares responderam ao inquérito, apesar da insistência do IGAS⁹².

Desde 28 de Dezembro de 2012 está disponível, no sítio da Direcção-Geral da Saúde (DGS), um sistema, anónimo e voluntário⁹³, que permite o registo de eventos adversos. Assim, segundo dados da DGS⁹⁴, no primeiro trimestre de 2013, no nosso país, foram detectados 80 “*erros médicos*” distribuídos entre centros de saúde e hospitais.

Tendo estes dados como base de análise e cotejando-os com os números estimados por Fragata e Martins, ou seja, entre 1.300 a 2.900 EAs mortes por ano, assim como com os dados avançados por Ana Mansoa [et. al.]⁹⁵, pensamos que é legítimo afirmar que os números apresentados estão muito aquém da realidade. Isso sucede, quanto a nós, porque o sistema de notificação e registo de EAs não é obrigatório; caso o fosse, temos a certeza que os números avançados seriam outros.

De acordo com Fragata⁹⁶, tendo por base inúmeros estudos, a taxa de ocorrências danosas cifra-se entre o 10 e os 17% por episódio de internamento, das quais resultaram, em 14% dos casos, danos permanentes, e morte em 5% dos casos. Dentro deste intervalo foi considerado que 50% dos casos, devido a erros, seria evitável.

Julgamos que deve ser comumente aceite que um sistema de notificação e registo de EAs - com implementação obrigatória em todas as entidades prestadoras de serviços de saúde, anónimo, obrigatório e não punível – seria o primeiro passo para melhorar significativamente a qualidade dos serviços prestados.

Na verdade, com a viabilização de um tal sistema seria possível detectar eventuais falhas – sejam elas individuais, de sistema, organizacionais, logísticas, etc. – e, dessa

⁹² Isso resulta do próprio relatório, v. ponto 3.4, pág.3

⁹³ Somos peremptoriamente contra a que seja voluntário, pois se é anónimo a defesa do profissional já está garantida. É nossa firme convicção que o registo de eventos danosos deve ser obrigatório porque só dessa forma é que podem ser criados planos para minimizar eventuais réplicas.

⁹⁴ V. JN de 05-04-2013, consultado a «6-04-2013» e disponível em:

http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Saude/Interior.aspx?content_id=3148022&page=-1.

⁹⁵ Ana Mansoa, et. al., ob. cit. pág. 116 e 120.

⁹⁶ José Fragata, “*Risco Clínico: complexidade e performance*”, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 184.

forma, criar planos padronizados, mas especificamente elaborados para aquela entidade prestadora de serviços de saúde, no sentido de minorar, no que fosse possível, a ocorrência de eventos danosos para com os pacientes e, como tal, abdicar de custos evitáveis.

Nesta óptica, é nossa firme convicção que a adoção de um sistema nestes traços iria promover a qualidade a montante, diminuir a despesa a jusante e, paralelamente, melhorar o quadro da eficiência.

Capítulo III - A responsabilidade médica

“Somos a memória que temos e a responsabilidade que assumimos.

Sem memória não existimos, sem responsabilidade talvez não mereçamos existir.”

José Saramago “ *Ensaio sobre a Cegueira*”

Considerações iniciais

Como pertinente temática do nosso estudo, neste capítulo abordaremos a questão da responsabilidade, mais concretamente a responsabilidade médica. No trajecto deste capítulo faremos a enunciação e aclaração dos diferentes modelos de responsabilidade presentes na nossa ordem jurídica.

Analisaremos, posteriormente, o problema da prova e as suas dificuldades dentro das diferentes formas de responsabilidade civil.

Tentaremos, finalmente, demonstrar que um outro modelo de responsabilidade é compaginável com os modelos de responsabilidade presentes no nosso ordenamento jurídico.

1. O erro médico e a ordem jurídica

Nem todo o erro médico é relevante para a ordem jurídica, qualquer que seja o domínio em causa: criminal, civil, disciplinar⁹⁷ ou administrativa⁹⁸ mas apenas, e em princípio, o erro que traga dano para o paciente. Porém, convém clarificar que o erro que não traga dano para o paciente pode dar origem a um processo disciplinar contra quem o cometeu.

⁹⁷ Os médicos podem ser alvo de procedimentos disciplinares, apreciados pelos Conselhos Disciplinares, porque estão vinculados às normas dos seus Estatutos, Código Deontológico bem com regulamentos internos da Ordem dos Médicos.

⁹⁸ Administrativa se o médico exercer funções em estabelecimentos públicos de saúde, pois está sujeito ao Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas.

Assim, estaremos no domínio do Direito Penal se o erro preencher algum tipo legal de ilícito⁹⁹ ou, então, na propriedade do Direito Civil quando o erro preencha, cumulativamente, todos os requisitos da responsabilidade civil¹⁰⁰ e que, por consequência, obrigam o seu responsável a indemnizar¹⁰¹. Contudo, e como veremos adiante, nada impede que a mesma conduta integre um ilícito criminal e, ao mesmo tempo, ilícitos civil, disciplinar profissional e disciplinar administrativo, o que implicará diferentes tipos de responsabilidade para o lesante.

2. A responsabilidade

Salvo raras e pouco conhecidas, ou literárias exceções, o homem nasce, desenvolve-se, vive e morre em sociedade. E é precisamente essa convivência em sociedade que demanda a auto-responsabilização humana.

Portanto, e em jeito de atalho, quem causar um dano é responsável pelo ressarcimento do mesmo e, se constituir um crime, poderá responder criminalmente por ele.

3. A responsabilidade médica

A responsabilidade médica, resultante da prática de actos médicos em desacordo com as *legis artis* da medicina ou do dever objectivo de cuidado a que os profissionais estão adstritos, é assunto que tem vindo a ganhar uma dimensão muito preocupante.

Sendo certo que os órgãos de comunicação social, muitas das vezes, empolam em demasia determinados acontecimentos que ocorrem nos hospitais portugueses, é também verdade que a litigância, relativamente a más práticas médicas, tem vindo a aumentar de forma substancial nos tribunais portugueses, ainda que a razão de muitos dos libelos careça de sustentação.

⁹⁹ Onde se exige, claro está, que estejam preenchidos os seguintes requisitos: acto voluntário, ilicitude, tipicidade, culpa e punibilidade. V., ainda, Álvaro Rodrigues, “*Responsabilidade Médica em Direito Penal*”, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 287 e ss.

¹⁰⁰ Acção humana (facto), ilicitude, imputação do facto ao lesante, dano, nexos causal entre o facto e dano.

¹⁰¹ Cf. arts. 483º e 798º do CC.

No capítulo pretérito, ao examinar o erro médico, cremos que ficou demonstrado que a actividade médica, como nenhuma outra, está envolta em riscos susceptíveis de criar danos para a saúde, integridade física ou mesmo para a vida do paciente.

Esses danos, quando acompanhados dos demais requisitos da responsabilidade, geram outro tipo de efeitos jurídicos que iremos analisar.

No nosso sistema jurídico a responsabilidade médica não tem um regime jurídico específico e é, nesse contexto, que questionamos se não seria relevante criar um ramo de direito próprio, num lugar próprio, para os profissionais de saúde.

Isto, já para não falar do fosso, em termos de responsabilidade, que separa os profissionais médicos que prestam a actividade nos estabelecimentos públicos de saúde e os que servem no privado, nomeadamente quando tem que ver com matérias de ónus da prova, competência dos tribunais e prazos de prescrição.

Também pensamos que seria importante incluir – já que o nosso ordenamento jurídico-penal não acolhe – os erros de sistema, ou de organização, enquanto erros passíveis de responsabilidade criminal dos hospitais¹⁰².

4. Modalidades da responsabilidade

4.1 A responsabilidade disciplinar profissional

Da mesma forma que nenhum advogado pode exercer a sua profissão sem estar inscrito antecipadamente na Ordem dos Advogados, também nenhum profissional médico pode exercer o seu ofício sem estar previamente inscrito na Ordem dos Médicos¹⁰³. O profissional médico está adstrito à disciplina da sua Ordem, aos seus Estatutos – máxime o Estatuto da Ordem dos Médicos, Estatuto do Médico e Estatuto Disciplinar dos Médicos¹⁰⁴ –, Código Deontológico, bem como a outras disposições ou regulamentos internos.

¹⁰² V. Paula Bruno, ob. cit., pág. 75.

¹⁰³ Art. 8º do EOM.

¹⁰⁴ V., acima, os diplomas legais e o DL n. 217/94, de 20 de Agosto, que aprova o EDM.

Se o profissional médico, no decorrer das suas funções, por qualquer acto ou omissão, seja ela dolosa ou negligente, violar os seus deveres, então poderá incorrer em responsabilidade disciplinar profissional¹⁰⁵. A responsabilidade disciplinar profissional será apreciada pelos Conselhos Disciplinares Regionais¹⁰⁶ e de acordo com as normas do Estatuto Disciplinar da Ordem dos Médicos¹⁰⁷.

A responsabilidade profissional é aplicável quer o profissional médico desenvolva a sua actividade no sector público quer no sector privado.

4.2 A responsabilidade disciplinar administrativa

Todo o profissional médico que exerça a sua profissão enquanto agente ou funcionário da Administração Pública, ou seja, nos estabelecimentos públicos de saúde, independentemente do modelo de gestão, ficará também sujeito ao Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas¹⁰⁸, pois é a natureza pública do estabelecimento de saúde que determina o regime jurídico aplicável¹⁰⁹.

Há responsabilidade disciplinar administrativa sempre que por via de uma acção ou omissão, dolosa ou negligente, um profissional médico infrinja qualquer das normas estatutárias decorrentes do funcionalismo público. Este tipo de responsabilidade é analisado em sede de processo disciplinar, nos termos do Direito Administrativo e, particularmente, do Estatuto do Médico¹¹⁰.

4.3 A responsabilidade penal

Estamos no âmbito da responsabilidade mais onerosa para qualquer profissional médico, estando em causa sempre que o médico pratique qualquer ilícito típico. Ou seja, existem normas prescritas no CP, bem como em legislação avulsa que, quando violadas, dão origem a responsabilidade criminal.

¹⁰⁵ Cf. arts. 13º, 14º e 74º do EOM e o EDM.

¹⁰⁶ Cf. art. 4º do EDM.

¹⁰⁷ V., Lesseps dos Reys, ob. cit., pág. 306.

¹⁰⁸ Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro.

¹⁰⁹ Acerca da responsabilidade disciplinar profissional e administrativa dos profissionais de saúde, v. Filipa Calvão, «A Responsabilidade Disciplinar dos Profissionais de Saúde», in www.icjp.pt/sites/default/files/media/614-921.pdf.

¹¹⁰ Cf. n. 2º do art. 8º do DL n.º 373/79, de 8 de Setembro.

Nestes casos, para além do efeito estigmatizante, o profissional médico poderá, eventualmente, ser condenado a uma pena de prisão ou de multa¹¹¹.

4.4 A responsabilidade civil

Provavelmente o tipo de responsabilidade mais peticionada entre nós. A responsabilidade civil tanto pode ser contratual (obligacional) como extracontratual (delitual ou aquiliana).

A responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, ao contrário da responsabilidade penal e disciplinar, tem como função primordial a recomposição do dano, embora importa não deslembrar, claro está, que este instituto encerra em si, ainda, uma intenção sancionatória.

A premissa que preside à responsabilidade civil é bastante simples: quem cometeu um dano é obrigado a repará-lo. Desta forma, aquele que é responsável pelo dano passa a ser o devedor e a vítima o credor.

5. As modalidades da responsabilidade civil

Como referido, a nossa lei prevê, em regra, duas formas de responsabilidade civil na actividade médica: a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. A ideia, como já vimos, é que só pode ser responsável pelo dano - desde que cumpridos os demais requisitos da responsabilidade civil - quem tiver actuado com culpa (negligente ou dolosa).

Assim, só se poderá admitir uma responsabilidade sem culpa nos casos em que a lei substantiva o permita. É aquilo a que designamos por responsabilidade pelo risco ou objectiva. Adiante voltaremos a este tipo de responsabilidade e saberemos, depois, onde ela está presente na actividade médica.

¹¹¹ Por ex., n. 2 do art. 150º ou n. 1 do art. 156º do CP.

5.1 Responsabilidade contratual¹¹²

Apesar do presente estudo abordar o problema do erro médico nas instituições públicas de saúde (ficando, portanto, de fora a problemática da responsabilidade contratual), julgamos ser necessário dissecar o que se diz sobre esta forma de responsabilidade civil, para que a possamos comparar, criticar – na medida em que seja criticável – e salientar as diferenças que distinguem as principais formas de responsabilidade civil.

Há responsabilidade contratual (obrigacional) sempre que por força de um contrato emirjam direitos e deveres para ambas as partes.

Na responsabilidade obrigacional atende-se à violação de direitos relativos (n. 1 do art. 406º do CC).

Se quem contrata tem direito a receber a coisa ou o serviço contratado, o contratado, por seu lado, terá a obrigação de prestar a coisa ou o serviço acordado. Por sua vez, o contratante tem a obrigação de pagar o preço da coisa ou do serviço recebido e a contraparte o direito de receber o preço. Estamos, portanto, na esfera dos contratos sinalagmáticos ou bilaterais, ou seja, contratos que impõem direitos e deveres para ambas as partes tratando-se, por isso, de uma relação obrigacional complexa.

Registe-se, porém, que apesar do contrato ser a fonte mais comum na responsabilidade contratual, ela poderá surgir também por força de um negócio unilateral¹¹³ ou da lei¹¹⁴.

Quanto à rubrica que nos ata a estas páginas, a responsabilidade médica, podemos assegurar que ela também está presente sempre que o médico viole os seus deveres contratuais para com o seu cliente. Estaremos sob o estribo da responsabilidade contratual médica quando, por ex., um paciente se dirija a um hospital, clínica ou consultório privado e celebre com o médico um contrato de prestação de serviços¹¹⁵.

¹¹² Cf. arts. 798º e ss do CC.

¹¹³ O que implicaria, desde logo, que só a parte promitente tivesse obrigações.

¹¹⁴ V. Antunes Varela, ob. cit., pág. 519.

¹¹⁵ Cf. art. 1154º do CC.

Como estamos no domínio de uma relação contratual e o contrato deve ser pontualmente cumprido¹¹⁶, então o seu incumprimento, total ou parcial, impõe a obrigação de indemnizar¹¹⁷.

Todavia, nem sempre foi assim. Na verdade, durante um longo período histórico recusou-se a ideia que entre o médico e o paciente pudesse existir uma responsabilidade com base no incumprimento de uma obrigação assumida pelas partes¹¹⁸. Hodiernamente, esta apreciação há muito que foi ultrapassada e, no campo das relações privadas da saúde, está inculcada na doutrina dominante a opinião de que o contrato celebrado entre o médico e o paciente é de facto um contrato de prestação de serviços¹¹⁹.

5.2 A responsabilidade extracontratual

A responsabilidade extracontratual ou delitual é um tipo de responsabilidade que tem origem em fonte diversa da obrigacional. Geralmente, esta responsabilidade, também designada por aquiliana, desencadeia-se com a violação de um direito absoluto, mormente a honra, vida, integridade física, etc.

O nosso ordenamento jurídico, em regra, apenas admite a responsabilidade extracontratual por factos ilícitos.

É precisamente esta forma de responsabilidade que está presente sempre que um médico pratique um acto médico em desacordo com as *legis artis* ou com violação do dever objectivo de cuidado num estabelecimento público de saúde (EPS)¹²⁰.

Do mesmo modo, sobre o médico, que preste os seus serviços num estabelecimento privado de saúde, pode recair uma responsabilidade extracontratual.

¹¹⁶ Cf. n. 1 do art. ° 406°do CC.

¹¹⁷ Cf. arts. 798° e ss e arts. 562° e ss todos do CC

¹¹⁸ V., com maior profundidade, Rute Teixeira Pinto, “A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção da Perda da Chance e a Tutela do Doente Lesado ”, Coimbra Editora, 2008, págs. 56 e ss.

¹¹⁹ V., sobre esta matéria, o ac. do TRL , proc. n. 10341/2004-7, de 19-04-2005.

¹²⁰ *Estabelecimentos públicos de saúde são “ todas as pessoas colectivas públicas que, no seio do SNS, asseguram cuidados de saúde aos beneficiários deste”*. Noção proposta por Sêrvulo Correia apud Ana Raquel Gonçalves Moniz, “ Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa”, Coimbra Editora, 2003, pág. 12.

Pense-se, a título de exemplo, o caso de o médico pôr em causa um qualquer direito absoluto do paciente, por ex., se numa simples cirurgia estética, realizada num estabelecimento privado de saúde, é posta em risco a vida do paciente¹²¹. Numa tal situação, o médico estará também sob o escrutínio da responsabilidade extracontratual, porque para além de ter violado o contrato de prestação de serviços, que deve ser pontualmente cumprido, violou também um direito absoluto do paciente.

“Pode acontecer, contudo, que o dano se mostre consequência de um facto que simultaneamente viole uma relação de crédito e um dos chamados direitos absolutos, como o direito à vida ou à integridade física, ou seja: pode suceder que exista uma situação susceptível de preencher os requisitos de aplicação dos requisitos da responsabilidade contratual e extracontratual”.¹²²

6. O concurso de responsabilidades

Há concurso de responsabilidades sempre que um dano resulte de um facto que viola tanto um direito obrigacional como um direito absoluto.

Quanto a esta matéria não vamos entrar na querela doutrinária sobre que melhor teoria se coaduna com estes tipos de casos: se o princípio da consunção¹²³, em que o regime da responsabilidade contratual consumiria o regime da responsabilidade delitual; se a teoria da opção. Apenas, e tão só, apontaremos alguma jurisprudência e a doutrina dominante para a resolução deste tipo de problemas.

Tem sido opinião de alguma da jurisprudência actual¹²⁴ e da doutrina dominante¹²⁵ – já que a nossa lei civil nada acrescenta nesta matéria – que o lesado tem

¹²¹ Cf. n. 1 do art. 70º e n. 1 do art. 483º do CC.

¹²² Extracto do ac. do TRL, proc. n. 10341/2004-7, de 19-04-2005.

¹²³ Sobre este problema, V. Mário Júlio De Almeida Costa, “Direito das Obrigações”, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, pág. 546 e ss.

¹²⁴ Por ex., cf. ac. do STJ, proc. 08A183, de 04-03-2008, que parece admitir a teoria da opção. Contra, no entanto, ac. do STJ, proc. n. 674/2001.P L.S1, de 22-09-2011 que considera que existe um concurso aparente de normas pelo que o regime da responsabilidade contratual consome o regime da responsabilidade extracontratual.

¹²⁵ Na doutrina a favor da teoria da opção destacámos: Vaz Serra, Pinto Monteiro, Rui Alarcão, Mota Pinto, Figueiredo Dias, Sinde Monteiro e Manuel Rosário Nunes, mas contra Eduardo Correia, Almeida Costa e Álvaro Rodrigues. Para um melhor detalhe sobre posição dos autores referidos, v., Luís Filipe Pires de Sousa, «O ónus da prova na responsabilidade civil médica questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência, instrução do processo, prova pericial)» in Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, CEJ, 2013, 454-458.

direito a optar pelas normas mais favoráveis das duas formas de responsabilidade, chamada teoria da opção, teoria que compartilhamos.

De acordo com os ensinamentos partilhados por Pinto Monteiro¹²⁶, deve-se permitir ao lesado, em princípio, a faculdade de optar (teoria da opção) por uma ou outra modalidade de responsabilidade, de cumular, na mesma acção, regras de uma e outra, à sua escolha e de forma que ache mais garantidora dos seus direitos.

Processualmente, o que vai suceder é que vai haver uma única acção dirigida ao ressarcimento do dano, mas com a possibilidade de poder ser fundamentada em normas de diferentes modalidades de responsabilidade.

É complexa a questão da competência do tribunal, pois sabemos que o foro do tribunal é fixado de acordo com as regras do art. 71º do CPC¹²⁷.

Deste modo, e nos termos do n. 1 do art. 71º do CPC, será competente, em matéria da responsabilidade contratual, o tribunal da comarca do domicílio do réu, podendo o credor – neste caso, o lesado – optar quer pelo tribunal de Lisboa ou do Porto, caso este tenha o seu domicílio numa dessas áreas metropolitanas, e desde que o réu também tenha domicílio na mesmas áreas metropolitanas.

Quanto ao foro competente, em caso de responsabilidade por factos ilícitos, é competente o tribunal onde os factos ocorreram, n. 2 do art. 71º do CPC.

Temos bem presente que a incompetência relativa é de conhecimento oficioso por força do disposto na alínea a) do n.1 do art. 104º do CPC.

Por isso partilhamos o entendimento de Teixeira de Sousa¹²⁸, segundo o qual se deve aplicar um critério de extensão da competência, apenas limitado pela competência genérica ou exclusiva de outro tribunal. Assim, o tribunal será competente para julgar a acção, seja pela via extracontratual, seja pela modalidade contratual, sempre que estejam em concurso as duas formas de responsabilidade.

¹²⁶ Pinto Monteiro apud Almeida Costa, ob.cit., pág. 550.

¹²⁷ Novo Código do Processo Civil.

¹²⁸ Teixeira de Sousa apud Luís Filipe Pires de Sousa, ob. cit., págs. 457-458.

7. A responsabilidade extracontratual do Estado

7.1 Responsabilidade extracontratual

Sempre que um paciente recorre a um EPS – mesmo em gestão privada – e, por regra, não existe qualquer contrato entre esse paciente e o EPS, então a única forma de responsabilidade possível será a responsabilidade extracontratual por acto(s) de gestão pública.

“*“Quem recorre a um estabelecimento de saúde público fá-lo ao abrigo de uma relação jurídica administrativa modelada pela lei, submetida a um regime jurídico geral estatutário aplicável, em igualdade, a todos os utentes daquele serviço público Não o faz, portanto, na qualidade de parte contratante, ainda que num hipotético contrato de adesão ou ao abrigo de relações contratuais de facto. Neste sentido é a doutrina dominante.”*¹²⁹

7.2 Competência dos tribunais

Com a L. n. 13/2002, de 19 de Fevereiro, que aprovou o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF)¹³⁰, a questão dos conceitos de *actos de gestão pública* e *actos de gestão privada*, como forma de distinção dos foros competentes para as acções, são finalmente postos de lado.

Assim, qualquer que seja o modelo de gestão, EPE, SPA ou PPP, a competência para dirimir os litígios relacionados com questões de responsabilidade civil extracontratual dos titulares de órgãos, funcionários, agentes e demais servidores públicos pertence aos Tribunais Administrativos¹³¹.

Isto, porque a alteração dos modelos de gestão apenas se direcciona(m) a um único objectivo: a melhoria da eficiência dos hospitais públicos¹³².

¹²⁹ Extracto do ac. do STA, proc. n. 0762/09, de 9 Jun. 2011. V., nesse sentido também, Raquel Gonçalves, ob. cit., pág. 16.

¹³⁰ Tendo entrado em vigor em 1 de Janeiro de 2004.

¹³¹ Cf. alíneas g) h) e i) do art. 4º do ETAF com alterações introduzidas pela Lei no 107-D/2003, de 31 de Dezembro. V., ainda, ac. do Tcf., proc. n. 012/08, de 02-10-2008 e Filipa Calvão, (Rui Medeiros org.), “*Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*”, Universidade Católica Editora, 2013, págs.61-63.

¹³² V., por ex., os preâmbulos dos DL n. 93/2005, de 7 de Junho, e DL n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, que criaram os hospitais, EPE.

Nestes termos, foi deixado intacta a responsabilidade do Estado por actos ilícitos praticados pelos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos no âmbito da função administrativa. Foi precisamente, nesta perspectiva, que o TCf¹³³, nos termos do n. 2 do art. 107º do CPC, se pronunciou citando, inclusive, o preâmbulo do DL 285/2002: “*O que se pretende alterar é apenas e tão-só o modelo de gestão, mantendo-se intacta a responsabilidade do Estado pela prestação dos cuidados de saúde*”.

7.3 O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas (RCEEP).

Resolvido o problema da competência dos tribunais, passamos à análise da RCEEP, que vem regulado pela L. 67/2007, de 31 de Dezembro¹³⁴.

Esta nova lei veio regular o que o art. 22º da CRP já antes reclamava, mas que o DL n. 48051, de 21 de Novembro de 1967, nunca resolveu, ou seja dividiu a responsabilidade pelas várias funções do Estado, a saber: função administrativa (arts. 7º a 11º); função jurisdicional (arts. 12º a 14º); função legislativa (art. 15º)¹³⁵.

No que tange à função administrativa, cumpre destacar que a responsabilidade civil tanto pode resultar por factos ilícitos¹³⁶ como pelo risco¹³⁷.

Nos termos dos n.ºs. 3 e 4 do art. 1º, do anexo à supracitada lei, os destinatários deste normativo legal são os titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos pelos danos cometidos pelas suas acções ou omissões durante a função administrativa. A mesma responsabilidade é extensível, de acordo com o n. 5 do art.1º, às pessoas colectivas de direito privado, trabalhadores ou outras entidades que actuem por conta de interesses públicos.

Aos pressupostos da obrigação de indemnizar, ínsitos no art. 3º do anexo, máxime o dano e o nexos causal, aplica-se subsidiariamente o regime previsto no CC, nomeadamente nos arts. 562º e ss¹³⁸.

¹³³ Id.

¹³⁴ Que revogou do DL n. 48051, de 21 de Novembro de 1967 e tendo sido posteriormente alterada pela L. n. 31/2008, de 17 de Julho.

¹³⁵ Todos constantes do anexo à supracitada lei.

¹³⁶ Cf. arts. 7º-10º.

¹³⁷ Cf. art. 11º.

¹³⁸ Assim, Afonso Vaz e Catarina Botelho. (Rui Medeiros org.), ob. cit. pág. 49. V, ainda, Filipa Calvão, Id. pág. 89.

De acordo com o art. 5º, em articulação com o art. 498º do CC, o direito à indemnização deve ser exercido no prazo de 3 anos, a não ser que o facto constitua crime para o qual a lei estabeleça um prazo mais dilatado.

Quanto à responsabilidade civil por factos ilícitos, o diploma institui uma presunção de culpa leve¹³⁹ – n.ºs. 2 e 3 do art. 10º do anexo – sendo o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público os únicos responsáveis pelo ressarcimento dos danos resultantes das acções ou omissões praticadas com culpa leve, segundo o n.1 do art.7º.

No que diz respeito às acções ou omissões ilícitas praticadas com dolo ou culpa grave durante a função administrativa e por causa dela, os titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos serão solidariamente responsabilizados com o Estado e demais pessoas colectivas de direito público, conforme o previsto no n.º2 do art. 8º, podendo ser demandados judicialmente isoladamente, ou em conjunto, com a entidade pública. Esta é uma das importantes novidades que a L. 67/2007, de 31 de Dezembro, introduziu e que o DL n. 48051, de 21 de Novembro de 1967, não estatuiu.

O Estado e demais pessoas colectivas de direito público gozam agora de direito de regresso, obrigatório¹⁴⁰, pelas indemnizações desembolsadas para satisfação dos danos causados pelas acções ou omissões executadas com dolo ou culpa grave, conforme n.3 do art. 8º do anexo. O facto de o exercício do direito de regresso ser agora obrigatório é outra importante novidade introduzida pela L. 67/2007, de 31 de Dezembro.

O problema levanta-se, contudo, quando a actuação dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos, provoca danos e não é possível apurar a culpa. O supra citado diploma, apesar de consagrar um modelo de responsabilidade objectiva no seu art. 11º, apenas é aplicável às actividades, coisas ou serviços administrativos, especialmente perigosos.

O que implica, desde logo, que os erros médicos - praticados sem que seja possível apurar a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos, ou quando a culpa é colectiva - só possam ser indemnizados por via do funcionamento anormal do serviço, nos termos do n.3 e n.4 do art. 7º e n.2 do art. 9º. Neste tipo de situações, ou seja, quando não é possível individualizar a culpa, ou quando a culpa é colectiva, não existe direito de regresso. Desta forma, o Estado e as demais entidades públicas são os

¹³⁹ Presunção “*iuris tantum*”, nos termos do n.º 1 do art. 487.º e n.º 1 do art. 344.º do CC.

¹⁴⁰ Cf. art. 6º do anexo à lei.

únicos responsáveis pelo ressarcimento dos lesados. Esta é mais uma das importantes novidades que o novo diploma introduziu, por sinal não contemplado pelo antigo¹⁴¹.

O exercício do direito de regresso tem o mesmo prazo prescricional do direito à indemnização, conforme o art. 5º e art. 498º do CC. Também ao direito de regresso pode ser aplicado um prazo prescricional mais longo, nos termos do n. 3 do art. 498º, se a conduta integrar um ilícito penal.¹⁴²

8. A responsabilidade extracontratual e contratual: diferenças e sincronismos

Um dos aspectos coincidentes entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual é precisamente a necessidade de verificação cumulativa dos requisitos da responsabilidade civil, dos quais fazemos um sucinto destaque: **facto voluntário**, uma conduta activa ou omissiva; **ilicitude** do facto na responsabilidade extracontratual traduz-se, em regra¹⁴³, na violação de direitos absolutos, particularmente os direitos de personalidade¹⁴⁴, ou então na violação de uma disposição legal destinada a proteger os interesses alheios. No que tange à responsabilidade contratual, a ilicitude emerge por força de um incumprimento, total ou parcial, da(s) obrigação(ões) assumida(s) pelo médico através do contrato celebrado entre ele e o paciente; **culpa** (imputação do facto ao lesante)¹⁴⁵ que tanto pode ser dolosa como negligente ;**dano** é condição essencial da responsabilidade civil; **nexo causalidade entre o facto e o dano**¹⁴⁶ *que o facto constitua causa do dano*¹⁴⁷. Entre nós, a doutrina da causalidade adequada continua a ser dominante¹⁴⁸.

¹⁴¹ V. Carlos Cadilha, «O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa», págs. 5-7.

¹⁴² Assim, Raquel Carvalho, (Rui Medeiros org), ob. cit. págs.125/126.

¹⁴³ Em regra, pois como bem ensina Antunes Varela, ob. cit., pág. 544 e ss, o instituto do abuso do direito, enquanto manifestação da ilicitude, também é apto para desencadear a responsabilidade extracontratual.

¹⁴⁴ Cf. art. 70º e ss do CC.

¹⁴⁵ “A culpa consiste no facto do agente se ter posto em contradição com a ordem jurídica, sendo-lhe esta sua conduta imputável por ser censurável”. Notável definição de culpa de Heinrich Ewald Hörster, ob. cit., pág. 72.

¹⁴⁶ “O nexo de causalidade entre o facto e o dano desempenha, conseqüentemente, a dupla função de pressuposto da responsabilidade civil e de medida da obrigação de indemnizar.” Almeida Costa, ob. cit., pág. 605. Cf. arts. 562º e 563º do CC.

¹⁴⁷ id. ibid.

¹⁴⁸V. Almeida Costa, id. pág. 763 e ss.

8.1 A obrigação de meios e a obrigação de resultado

Em ambas as formas de responsabilidade é pacífico o entendimento que a obrigação que impende sobre o médico é, em regra¹⁴⁹, uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultados.

Não vamos entrar na argumentação, apresentada por outros autores, que na responsabilidade extracontratual está em causa não uma obrigação mas um dever de meios. Percebemos o alcance da discussão, mas para o trabalho que nos ocupa julgamos não ser particularmente importante esta distinção semântica.

Seja qual for o entendimento, uma coisa é certa: é de meios a natureza da obrigação ou do dever assumido pelo médico, pois se o Homem, em razão dos seus atributos, não foi dotado do milagre da cura, pela mesma razão prática, aos médicos, enquanto homens, não lhes pode ser exigido milagres.

Apesar de tudo o que ficou assinalado é importante afirmar, para que dúvidas não restem, que aos médicos apenas lhes é exigido que desenvolvam prudente e diligentemente a sua actividade, de acordo com as regras e as técnicas da arte médica actuais, de forma a debelar, minorar e, eventualmente, curar as enfermidades que perturbam os seus pacientes. Ou seja, devem actuar para que o resultado seja tendente, mas sem estarem obrigados a atingi-lo.

A obrigação de resultado, no âmbito contratual, aceita-se que seja convencionalizada sempre que as partes considerarem que o resultado é o mais provável. Ainda seguindo a mesma linha de pensamento, não nos parece justo que o profissional médico possa afastar o resultado, por via contratual, em detrimento de uma obrigação de meios, sempre que o resultado seja altamente provável.

¹⁴⁹ Em regra, porque existem situações que obrigam o médico a certo resultado, por ex., no que diz respeito a certos exames laboratoriais, nomeadamente a determinação do factor Rh, hemograma, doseamento da ureia, colesterol ou glicemia, assim, J.A. Esperança Pina, “ *A Responsabilidade dos Médicos*”, 3ª ed., Lidel, 2003, pág. 116. Também nesse sentido o ac. do STJ, proc. n. 08A183, de 04-03-2008. Já não partilhámos da opinião de Esperança Pina, id. ibib. e de Carla Gonçalves, “ *A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema para Além da Culpa*”, Coimbra Editora, 2008, pág. 29, na parte em que dizem que na medicina estética (sem ser a correctiva) está em causa uma obrigação de resultados. Não sufragamos tal perspectiva, pois é nosso entendimento que sempre que estejamos no campo de uma cirurgia evasiva, e apesar dos grandes avanços da medicina, a capacidade de reacção dum paciente, numa intervenção cirúrgica, não está isenta de riscos. Aliás, é mesmo decisiva para o sucesso da intervenção, e é por isso que afirmamos que até na cirurgia estética existe uma obrigação de meios. Neste sentido, v. Eduardo Dantas, «A Responsabilidade Civil do cirurgião plástico. A cirurgia plástica como obrigação de meio» in *Lex Medicinæ*, Coimbra Editora, ano 4, n.7, 2007, págs. 69 e ss.

Por outro lado, parece-nos inequívoco que nenhum médico deva obrigar-se à obtenção de um determinado resultado quando não seja possível assegurá-lo com uma elevada probabilidade. Queremos com isto dizer que o médico que prometa ao paciente que a sua intervenção cirúrgica erradica totalmente o cancro que o ameaça, então, se não o fizer, isto é, caso não atinga o resultado prometido, é nossa opinião que deve responder pelo não cumprimento do contrato.

“No caso de intervenções cirúrgicas, em que o estado da ciência não permite, sequer, a cura mas atenuar o sofrimento do doente, é evidente que ao médico-cirurgião está cometida uma obrigação de meios, mas se o acto médico não comporta, no estado actual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a actuar segundo as legis artes; aí, até por razões de justiça distributiva, haveremos de considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado, aquele resultado que foi prometido ao paciente.”¹⁵⁰

8.2 A prova

De acordo com ao art. 341º do CC, “ *As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos*”, ou seja, as provas são necessárias precisamente para fixarem a matéria de facto. Isto equivale a dizer que a prova é a trave mestra no edifício do processo civil (e penal) e que sem ela o edifício colapsa.

O dilema do ónus da prova da culpa, quer seja na responsabilidade contratual quer seja na responsabilidade extracontratual, tem sido objecto de diversos tratados.

Mas passemos à dissecação desta matéria nos dois institutos para uma melhor percepção da realidade que os separa.

Na responsabilidade contratual o múnus da prova da culpa cabe ao lesante. Neste instituto apenas compete ao lesado a prova da existência de um contrato, nos termos do art. 219º do CC, existência de um dano e do nexó causal entre o facto e o dano, nos termos do art. 563º e n.1 do 342º do CC¹⁵¹.

Todavia é ao médico a quem cabe provar que o acto médico foi praticado de acordo com as regras da arte médica e que a sua actuação não foi censurável, isto é, o

¹⁵⁰ Extracto do ac. do STJ, proc. 08A183, de 04-03-2008.

¹⁵¹ V. ac. do STJ, proc. 398/1999.E1.S1, de 01-07-2010.

ónus da prova da falta de culpa, por força do disposto no n.1 do art. 799º e do n.2 do 350º do CC, é da responsabilidade do médico.

Prova essa que é muito mais simplificada para o médico do que para o lesado. O médico é sem dúvida quem está em melhores condições para o fazer, isto porque tem a ficha clínica do paciente, o seu historial e os conhecimentos técnicos e científicos necessários.

Em suma, o médico está numa melhor posição para demonstrar que o dano não proveio de culpa sua, ou que uma causa exterior à sua conduta quebrou o nexo causal entre o facto e o dano.

Já o regime da prova, na responsabilidade aquiliana, n.1 do art. 487º do CC, é muito mais dificultado para o lesado porquanto, para além de ter que provar a existência do dano e a relação directa entre o facto e o dano, terá que fazer prova, também, que a actuação do médico não foi de acordo com a *legis artis*, isto é, que a conduta do médico foi culposa. Isto significa que quem detém o ónus da prova na responsabilidade delitual é o lesado.

Acresce o facto de que, nas mais das vezes, o paciente não tem forma de avaliar a conduta do médico, ou nem sequer sabe como fazê-lo pois não tem os meios nem conhecimentos técnicos necessários.

Porém, de acordo com a lei, não é possível recorrer ao mecanismo da inversão do ónus da prova, nos termos do n.2 do artº 344º do CC, por especial dificuldade da prova¹⁵².

Assim, é na senda do entendimento de, Sinde Monteiro, Guilherme Oliveira e Rosário Nunes¹⁵³ que reside a nossa opinião, segundo a qual quando a prova apresente especiais dificuldades para o onerado, neste caso o paciente, deveria, *de iure constituendo*, permitir-se a inversão do ónus da prova.

Reconhecemos, porém, que a avaliação da especial dificuldade da prova deveria sempre passar pelo escrutínio do juiz da causa. Este, baseado em critérios objectivos, bem como em critérios subjectivos, e atento às especificidades do caso em si, iria

¹⁵² V. Manuel Rosário Nunes, “ *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*”, 2º ed., Almedina, Coimbra, 2007, págs. 46-59.

¹⁵³ Id, págs. 61 e ss.

averiguar se a prova apresentava, ou não, especiais dificuldades para o onerado e, dessa forma, inverter, ou não, o encargo da prova.

8.3 A prescrição

A responsabilidade contratual está sujeita aos prazos de prescrição gerais das obrigações, ou seja, 20 anos, conforme o disposto no art. 309º do CC. O que mal se percebe, pois se o paciente decidir propor a acção passados, por exemplo, 15 anos, isso irá reflectir-se, directamente, em sede de prova. Muito pode acontecer em tal lapso de tempo, designadamente a degradação das provas, ou a sua inadvertida destruição. A prova testemunhal passa a ser mais nebulosa, dado que esquecimento é um comando natural do ser humano. Enfim, muitos percalços poderão concorrer entre si, colocando o médico na difícil situação de ter que ilidir uma presunção que corre contra si, sem condições necessárias para tal.

Na responsabilidade extracontratual estamos plenamente de acordo com o prazo estipulado pela lei substantiva ao fixar a prescrição em 3 anos, art. 498º do CC.

9. A responsabilidade objectiva

A responsabilidade objectiva, ou pelo risco, é um instituto de excepção no nosso regime legal. Já ficou esclarecido que, entre nós, prepondera o princípio da responsabilidade subjectiva, ou seja, uma responsabilidade baseada na culpa do lesante.

Destarte, a nossa lei criou um regime excepcional onde é possível sancionar situações independentes de dolo ou mera culpa, arts. 499º e ss. do CC.

Relativamente ao assunto, objecto do presente estudo – a responsabilidade por erro médico –, importa referir que este modelo de responsabilidade também marca presença em algumas actividades do foro da medicina, particularmente no campo dos ensaios clínicos, doações de órgãos ou tecidos em vida e exposição a radiações¹⁵⁴.

Existem outras situações de responsabilidade objectiva médica, designadamente quando existe uma relação de comissão entre profissionais de saúde – n.1 do art. 500º

¹⁵⁴ V. Carla Gonçalves, «A responsabilidade médica objectiva» in “*Responsabilidade Civil dos Médicos*”, Coimbra Editora, 2005, págs. 371-376. V. supra pág. 14.

do CC – ou quando o médico recorre a auxiliares para que possa dar cumprimento à obrigação assumida perante o paciente, n.1 do artº 800 do CC.

A existência deste instituto encontra fundamento precisamente no facto de existirem actividades que são geradoras de riscos especiais e que podem causar danos a terceiros. Logo, o dever de indemnizar surge, não por via da culpa e da ilicitude¹⁵⁵, mas justamente pela conduta perigosa praticada pelo lesante e, desta forma, poderá o lesado ser ressarcido dos danos que eventualmente haja sofrido sem ter que provar a culpa do responsável.

¹⁵⁵ Em relação ao pressuposto da ilicitude há quem considere que deve ficar de fora do arquétipo da responsabilidade objectiva, outros hão que consideram o oposto. V. id., pág. 368. A nossa opinião vai no sentido que a ilicitude não deve ser considerada pressuposto da responsabilidade objectiva.

Conclusão

Ao longo de mais de uma década o SNS Português tem vindo a sofrer profundas alterações nos seus modelos de gestão, no sentido de melhorar a qualidade dos serviços prestados e, ao mesmo tempo, melhorar a eficiência dos próprios serviços, sempre com o horizonte do custo benefício em vista.

Vimos ao longo do deste excurso que a actividade médica, enquanto actividade perigosa que é, é o comando de múltiplos acidentes que, por culpa ou independentemente dela, tem a habilidade de gerar os mais diversos efeitos.

Como já fizemos alusão pelo meio destas páginas, o impacto económico que os EAs provocam todos os anos no orçamento da saúde, e que podiam ter sido evitados, no caso de poderem ser previsíveis, é verdadeiramente devastador.

Mas, mais importante que o impacto económico que estes eventos têm oportunidade de criar, é precisamente o drama que vítimas, famílias e médicos são obrigados a viver.

Já sabemos que o modelo de responsabilidade civil clássico não funciona para a compensação de EMs que têm origem em factos não culposos e, por isso, é nosso entendimento que a política de ressarcimento dos erros médicos, que têm origem em factos não culposos, deve ser alterada. Nesse sentido, julgamos ser importante a instituição, por via legislativa, a par dos seguros médicos obrigatórios para os profissionais que trabalham nos EPS e fundos de garantia capazes de ressarcir as vítimas destes eventos.¹⁵⁶

A responsabilidade pelo pagamento do prémio dos seguros ficaria a cargo das instituições para quem os médicos prestam serviço e a responsabilidade pela gestão dos fundos de garantia ficaria a cargo de uma instituição especificamente criada para esse fim. No caso das instituições privadas de saúde o onerado será sempre o que tira o benefício dos serviços médicos prestados de acordo com o velho princípio *ubi commoda, ibi incommoda*.

¹⁵⁶ V. Rui Cascão, «Os sistemas escandinavos de seguro do paciente» in “ *Responsabilidade Civil dos Médicos*”, Coimbra Editora, 2005, págs. 409 e ss. Este autor dá-nos conta do sucesso que o modelo de seguro *no-fault* tem tido nos países escandinavos.

Por este caminho poder-se-ia compensar os danos que as vítimas hajam sofrido e, ao mesmo tempo, evitar-se-ia práticas de medicina defensiva, uma situação que já vem ocorrendo noutros países, pois, quando estão em causa intervenções muito delicadas, os médicos evitam dar a sua contribuição com medo de possíveis acções contra eles¹⁵⁷.

Desta forma, e a par da responsabilidade subjectiva, estamos a de acordo com o implemento de uma responsabilidade objectiva para determinadas especialidades médicas, nomeadamente aquelas em que ocorrem mais episódios de EAs.

Se por via legislativa foi criado para determinados actos médicos uma responsabilidade objectiva pensámos que no âmbito das especialidades médicas mais sensíveis – máxime cirurgia, ortopedia, ginecologia, anestesiologia entre outros – deveria ser aplicado um regime idêntico, ressarcindo as vítimas de erros médicos sem culpa, no entanto limitando sempre o profissional médico nos casos em que este actuou com culpa.

Temos consciência que tal sistema é ainda uma realidade distante, pois seria necessário a criação de um modelo adaptado à nossa realidade económico-social que, como sabemos, está muito longe dos modelos escandinavos ou dos modelos dos países anglo-saxónicos, onde a realidade é radicalmente diversa.

É inolvidável que uma grande parte dos EAs tem como fonte de ignição os EMs. Nessa perspectiva, julgamos que a única forma de garantir a diminuição de EAs evitáveis, ou seja, cerca de 50% deles, é criar um registo de incidentes de EAs, obrigatório e anónimo. Desta forma, poderão ser criados protocolos específicos de actuação médica de forma a minimizar os riscos inerentes a cada especialidade médica.

Sabemos que os acidentes vão continuar a existir, pois o drama do erro é ele ser intrinsecamente humano.

Finalmente, é nossa opinião que o direito médico deverá autonomizar-se dos restantes ordenamentos, através da criação do código médico capaz de uniformizar os dois regimes de responsabilidade e, ao mesmo tempo, porque muitos dos incidentes médicos são cometidos sem culpa, a inclusão de um regime excepcional de responsabilidade objectiva capaz de ressarcir as vítimas desses eventos e, ao mesmo tempo, capaz de proteger os médicos de juízos errados.

¹⁵⁷ Fenómeno que tem ganho uma dimensão alarmante em França.

Bibliografia

- Albuquerque, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal*, 2ª ed., UCP, 2010.
- Barros, Pedro Pita. *Pela sua saúde*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, n.º33, Janeiro de 2013.
- Bruno, Paula. *Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal*, Coimbra Editora, 2010.
- Carvalho, Américo Taipa de. *Direito Penal, Parte Geral*, 2ªed. Coimbra Editora,2008.
- Costa, Mário Júlio De Almeida. *Direito das Obrigações*, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- Deodato, Sérgio. *Direito da Saúde*, Almedina, Coimbra,2012.
- Dias, Jorge De Figueiredo. *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2009.
- Dicionário da Língua Portuguesa, Porto Editora,2006.
- Estorninho, Maria João. *Organização Administrativa da Saúde*, Almedina, Coimbra, 2008.
- Fidalgo, Sónia. *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra Editora, 2008.
- Fragata, José. *Risco Clínico: complexidade e performance*, Almedina, Coimbra, 2006.
- Fragata, José. *Segurança dos Doentes Uma Abordagem Prática*, Lidel, 2011.
- Gonçalves, Carla. *A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema para Além da Culpa*, Coimbra Editora, 2008.
- Hörster, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2005.
- Leitão, Luís Manuel Teles De Menezes. *Direito das Obrigações*, vol. 1, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2008.
- Lex Medicinæ, *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra Editora, ano 7, n.º 14, 2010.

Medeiros, Rui [et. al.]. *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013.

Nunes, Manuel Rosário. *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, 2º ed., Almedina, Coimbra, 2007.

Nunes, Rui. *Regulação da Saúde*, 2ªed., Vida Económica, Porto, 2012.

Otero, Paulo e Gonçalves, Pedro. *Direito Administrativo da Saúde*, Volume III, Almedina, Coimbra, 2010.

Oliveira, Guilherme (coordenação). *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005.

Pina, J.A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*, 3ª ed., Lidel, 2003.

Pinto, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção da Perda da Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008.

Responsabilidade Civil dos Médicos, Coimbra Editora, 2005.

Raquel Gonçalves Moniz, Ana. *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra Editora, 2003.

Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade Médica em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2007.

Varela, João De Matos Antunes. *Das Obrigações Em Geral*, vol. 1, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000.

Documentos Web

Cadilha, Carlos. «O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa». Disponível em: http://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/6encontroscsm_carloscadilha2.pdf

Calvão, Filipa Urbano. «A Responsabilidade Disciplinar dos Profissionais de Saúde». Disponível em www.icjp.pt/sites/default/files/media/614-921.pdf.

Carneiro, António Vaz. «O erro clínico, os efeitos adversos terapêuticos e a segurança dos doentes: uma análise baseada na evidência científica», in Revista Portuguesa de Saúde Pública (RPSP),2010; Vol. Tem.(10):3-10. Disponível em www.elsevier.pt/rpsp.

Circular normativa, nº16/DQS/DQCO, «Cirurgia Segura Salva Vidas», in DGS, 2010. Disponível em <http://www.dgs.pt/ms/8/paginaRegisto.aspx?back=1&id=16317> .

Faria, Paula Lobato de. «Perspectivas do Direito da Saúde em Segurança do Doente com base na experiência norte-americana», in Revista Portuguesa de Saúde Pública (RPSP) 2010; Vol. Tem. (10):81-8. Disponível em www.elsevier.pt/rpsp.

Faria, Paula Ribeiro de. Entrevista a Célia Rosa, Notícias Magazine, 19 de Junho de 2011. Disponível em <http://errosmedicos.blogs.sapo.pt/17756.html>.

Fragata, José I. G. «Erros e acidentes no bloco operatório: revisão do estado da arte», in Revista Portuguesa de Saúde Pública (RPSP),2010; Vol. Tem. (10):17-26. Disponível em www.elsevier.pt/rpsp.

Mansoa, Ana, et. al. «Eventos adversos na prestação de cuidados hospitalares em Portugal no ano de 2008» in Revista Portuguesa de Saúde Pública (RPSP) , 2011; 29(2):116-22. Disponível em www.elsevier.pt/rpsp.

Relatório da Inspeção-Geral Das Actividades Em Saúde (IGAS), proc. n. 44/2010-INS. <http://www.sanchoeassociados.com/DireitoMedicina/Omlegissum/legislacao2011/Maio/igas.pdf>.

Reys, Lesseps Lourenço dos. «Responsabilidade civil dos médicos» in Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa (RFML), série III, Vol. 5, n.º5, Setembro-Outubro. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/respon.pdf.

Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes. «Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente», in Data Venia, Ano 1, n.º 01, Julho-Dezembro 2012. Disponível em <http://www.datavenia.pt/ficheiros/pdf/datavenia01.pdf>.

Sousa, Luís Filipe Pires de «O ónus da prova na responsabilidade civil médica questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência, instrução do processo, prova pericial)» in Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, CEJ, 2013. Disponível em

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoSaude/Curso_Complementar_Direito_Saude.pdf.

TOMADA DE POSIÇÃO SOBRE SEGURANÇA DO CLIENTE. Disponível em http://www.ordemenfermeiros.pt/tomadasposicao/Documents/TomadaPosicao_2Maio2006.pdf.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Conflitos. Processo n.012/08

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/4d208e1be5e70d89802574dc0054c260?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. Processo n. 1594/04.7TBLRA.C1

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1ef9cf5fd2ae977280257456003a3352>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. Processo n. 667/07.9TAEVR.E1

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/09ed1b566b53892980257a390053c21c?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães. Processo n.717/04-1

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/0/0d1cadacfea689a980256ee000465987?opendocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n. 5072/07.4TDLSB.L2-9

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dfcfaab2758732a080257b79003a10dc?OpenDocumen>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n.2617/2006-9

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/14d8f41624dfe20b802571ab0039a2a1?OpenDocument&Highlight=0,2617%2F2006-9%20>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n. 10341/2004-7

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/16fd2019fe8418c4802571b5003dd1b6?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo. Processo n.0762/09

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9b01dd016ca73d8d802578b2004b4bd3?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 6297/06.5TVLSB.L1.S1

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e51aebb12bff3c480257b6c004cce16?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 398/1999.E1.S1

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/815d40917ade315080257753005a9a93?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 674/2001.P L.S1

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/451c99b649cadcb080257913005b1c9c?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 08A183

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 1347/04.2TBPNF.P1.S1

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/faed516e0417e4228025789d002c417d?OpenDocument>