



**O UTENTE, O MÉDICO E O HOSPITAL - O BUSÍLIS
DO REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL
EXTRACONTRATUAL SUBJECTIVA POR
ACTOS MÉDICOS LESIVOS**

**THE PATIENT, THE MEDICAL PRACTITIONER AND
THE HOSPITAL – THE CORE OF THE
NONCONTRACTUAL CIVIL LIABILITY
IN MEDICAL MALPRACTICE, BASED ON GUILT**

Maria Teresa Capela
Número 2, 2015
ISSN 2183-184x

**E-PÚBLICA
REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO**

www.e-publica.pt

O UTENTE, O MÉDICO E O HOSPITAL - O BUSÍLIS DO REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL SUBJECTIVA POR ACTOS MÉDICOS LESIVOS

THE PATIENT, THE MEDICAL PRACTITIONER AND THE HOSPITAL – THE CORE OF THE NONCONTRACTUAL CIVIL LIABILITY IN MEDICAL MALPRACTICE, BASED ON GUILT

MARIA TERESA CAPELA¹

Praça Nuno Rodrigues dos Santos, 14B

1600-171 Lisboa – Portugal

mcapela@cardigos.com

Sumário: 1. Enquadramento. 2. O utente, o hospital e o médico – uma relação jurídica administrativa. 3. A responsabilidade civil médica – análise da questão à luz do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. 3.1. Âmbito de aplicação. 3.2. Triggers – pressupostos de aplicação do regime da responsabilidade civil subjectiva. 3.3. Responsabilidade por funcionamento anormal do serviço – responsabilidade subjectiva ou objectiva? 4. Considerações finais.

Resumo: O presente artigo pretende delimitar o regime de responsabilidade civil extracontratual subjectiva aplicável aos hospitais públicos e aos médicos, que se encontram ao serviço daqueles, pela prática de actos médicos lesivos. Para isso, proceder-se-á à análise dos requisitos de responsabilidade civil, de um ponto de vista prático confrontando-se a lei, e o regime que dela resulta, com o modo como a jurisprudência a tem entendido e aplicado.

Palavras-chave: utente, responsabilidade civil extracontratual, dano, ilicitude, culpa.

Abstract: This article analyses the legal regime of noncontractual civil liability, based on guilt, applicable to hospitals controlled by the Portuguese State and to medical practitioners from such hospitals, in cases of medical malpractice. For that purpose, the requirements of noncontractual liability will be considered from a practical point of view comparing the Portuguese legal regime with the Portuguese Court's decisions which have applied it.

Keywords: patient, noncontractual liability, injury, illegality, guilt.

1. Licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Advogada Estagiária na sociedade de advogados Cardigos e Associados (mcapela@cardigos.com).

1. Enquadramento

O artigo 64.º da Constituição consagra o direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover e, logo a seguir, estipula de que forma esse direito deve ser realizado. Tão importante missão foi entregue pelo legislador constituinte ao Serviço Nacional de Saúde (doravante, “SNS”).

O SNS reveste-se de um cariz de universalidade e generalidade, o que significa que qualquer pessoa deve poder aceder aos serviços de saúde por este prestados e, que, esses serviços devem incorporar a generalidade das prestações de saúde existentes e necessárias à protecção da saúde dos utentes e beneficiários do SNS.

A tendencial gratuidade das prestações providenciadas pelo SNS é, no entanto, limitada pelas condições económicas e sociais dos cidadãos.

Desde o momento da sua criação, o SNS tem sofrido o embate de diversas alterações que se têm verificado na sociedade: alterações demográficas (aumento da longevidade e contínuo decréscimo da natalidade), sociais (crescentes tipos de pobreza e de exclusão social), comportamentais (aumento de comportamentos de risco, que comprometem cada vez mais a saúde da população), científicas e éticas (a sede de conhecimento alia-se ao contínuo progresso tecnológico). As dificuldades de adaptação do SNS a estas alterações têm sido numerosas. A crise económica e social tem agravado e evidenciado as carências do SNS.

As alterações vividas pela sociedade repercutem-se, ainda, na relação entre o utente, o hospital e o médico. As interacções entre estes três sujeitos têm, ao longo do tempo, experienciado drásticas modificações.

Os hospitais já não assumem (apenas) a função de refúgio dos pobres e excluídos. As suas instalações tornaram-se modernas e sofisticadas, capazes de proporcionar conforto e tratamentos de qualidade.

O médico, despido pela sociedade da sua “veste santa”, tornou-se alvo de crescentes críticas. A anterior relação de reverência e proximidade entre médico e paciente transformou-se numa relação de massas, uma vez que hoje em dia um médico tem de atender e acompanhar centenas de pacientes.

O utente ao vivenciar as transformações da sociedade tornou-se mais consciente dos seus direitos. Tendo agora acesso a diversas fontes de informação tornou-se mais litigante.

As relações entre estes três sujeitos despersonalizaram-se, revestindo-se actualmente de um carácter de animosidade que outrora não existia.

Desta forma, quando lesado por algum acto ou omissão médica o utente, desprovido de sentimentos de temor e gratidão, procura defender os seus direitos, de modo a obter uma reparação adequada.

Contudo, e apesar de mais informado do que no passado, o utente continua a desconhecer qual o regime legal aplicável.

Por isso, o presente artigo procederá à exposição do regime de responsabilidade civil subjectiva estatuído pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro² e aplicável a actos e omissões médicas lesivas. Como veremos, o regime que resulta da referida lei apenas se aplica a hospitais públicos e aos respectivos trabalhadores³, para além de que não regula todas as categorias da responsabilidade civil médica e hospitalar⁴.

2. O Utente, O Hospital E O Médico – Uma Relação Jurídica Administrativa

A relação jurídica que se estabelece entre o utente, o hospital e o médico inicia-se de acordo com os termos seguidamente expostos.

O utente solicita a marcação de uma consulta, podendo fazê-lo presencialmente, (dirigindo-se a um hospital e/ou a um centro de saúde), ou, caso prefira, por telefone ou pela internet. Em caso de emergência pode dirigir-se a um centro de saúde, com atendimento complementar, ou a um hospital. O pedido de marcação de consulta consubstancia um requerimento dirigido a uma entidade pública (*i.e.* centro de saúde ou hospital).

Segue-se a tomada de decisão sobre o requerimento, precedida ou não da marcação da respectiva consulta. Pode, ainda, verificar-se a determinação de internamento hospitalar como decorrência de uma consulta.

A decisão de deferimento do pedido do particular (acompanhada da marcação da consulta requerida) corresponde à prática de um acto administrativo. Assim, são “praticados actos administrativos, sob solicitação do particular ou seguidos do seu consentimento (no caso de decisão de internamento). (...) A declaração do particular cria um pressuposto de uma decisão positiva ou negativa. Mas só à vontade da Administração de Saúde cabe gerar os efeitos de direito pretendidos, através de um acto pelo qual verifica e declara (...) a titularidade pelo requerente dos requisitos legais e o inscreve num plano de fruição dos serviços”⁵. Deste

2. A Lei n.º 67/2007 foi alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho e estatui o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (doravante, “RRCEEP”).

3. Aos hospitais privados, e respectivos trabalhadores, é aplicável o regime de Direito Privado, nomeadamente o Código Civil (doravante, “CC”).

4. Não iremos analisar o regime de responsabilidade civil objectiva por actos ou omissões médicas lesivas, que se aplica a áreas limitadas da medicina, nomeadamente: ensaios clínicos (cfr. Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril), doação de órgãos e tecidos em vida (cfr. Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, alterada pela Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho, pela Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho e pela Lei n.º 2/2015, de 8 de Janeiro) e exposição de pacientes a radiações (cfr. Decreto-Lei n.º 348/89, de 12 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 165/2002, de 17 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 180/2002, de 8 de Agosto, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 72/2011, de 16 de Junho).

5. Cfr. SÉRVULO CORREIA, As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 23.

modo, a “marcação de consulta ou a decisão de internamento são manifestações unilaterais da vontade da Administração, constitutivas de uma relação específica de prestação de serviços (cuidados) de saúde, que se articulam com manifestações de vontade do particular”⁶.

Assim, após a manifestação de vontade unilateral do utente, no sentido de requerer uma certa prestação de cuidados de saúde, segue-se a decisão (*i.e.* manifestação de vontade unilateral) da Administração de o admitir e receber. Inicia-se, então, uma relação jurídica multilateral entre o utente, a Administração (personificada na pessoa colectiva de direito público que é o hospital) e os profissionais de saúde, através dos quais a segunda pratica os actos técnicos e as operações materiais, necessárias à satisfação do interesse do utente, *i.e.* à preservação e promoção da sua saúde.

A lei⁷ e a Constituição regulam o estatuto do utente (respectivos direitos e deveres), a missão, principais objectivos e regras a que estão adstritos os hospitais e os profissionais de saúde que se encontram ao serviço daqueles.

A relação jurídica multilateral⁸ que se estabelece entre o utente, o hospital e os profissionais de saúde, tendo em vista a prestação de cuidados de saúde, desenvolve-se pois, no âmbito de princípios, regras e normas de Direito Público. Assim, “a actividade médica nos estabelecimentos públicos de saúde (...) [insere-se] num enquadramento institucional de carácter público: ela constitui exercício de uma função pública, desenvolve-se sob a égide de normas de direito público, e condiciona os médicos em função de deveres e restrições especiais de carácter público”⁹.

Em razão do exposto, entendemos que os actos praticados no âmbito desta relação jurídica devem, ainda, ser considerados como actos de gestão pública¹⁰.

6. Cfr. SÉRVULO CORREIA, *As relações jurídicas*, p. 24.

7. Cfr. Lei de Bases da Saúde aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, e alterada posteriormente pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro.

8. A relação jurídica multilateral consubstancia “as concretas ligações entre os privados e as autoridades administrativas (ou entre as próprias autoridades administrativas), criadas por um qualquer facto (actuação da Administração ou do particular, contrato, evento natural, etc.) juridicamente relevante, e tendo por conteúdo direitos e deveres previstos na Constituição e nas leis, ou decorrentes de contrato, ou de actuação unilateral da Administração” - cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 2003, p. 185.

9. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos praticados em Estabelecimentos públicos de saúde*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1991, p. 129.

10. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Conflitos (cfr. Acórdão do Tribunal de Conflitos de 26.04.2006, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>), os actos de gestão pública distinguem-se dos actos de gestão privada por serem “praticados pelos órgãos ou agentes da administração no exercício de um poder público, isto é, no exercício de uma função pública, sob o domínio de normas de direito público, ainda que não envolvam ou representem o exercício de meios de coerção” (sublinhado nosso). Por sua vez, os actos de gestão privada, de acordo com o mesmo Tribunal, “são os praticados pelos órgãos ou agentes da Administração em que esta aparece despida de poder e, portanto, numa posição de paridade com o particular ou os particulares a que os actos respeitam, nas mesmas condições e no mesmo regime em que poderia proceder

A jurisprudência administrativa tem caracterizado a relação jurídica que se estabelece entre o utente, o hospital e os profissionais de saúde do seguinte modo: “quem recorre a um estabelecimento de saúde público fá-lo ao abrigo de uma relação jurídica administrativa de «utente», modelada pela lei, submetida a um regime jurídico geral estatutário, aplicável, em igualdade, a todos os utentes daquele serviço público, que define o conjunto dos seus direitos, deveres e obrigações e não pode ser derogado por acordo, com introdução de discriminações positivas ou negativas”¹¹. Os tribunais administrativos têm, assim, afirmado que a “vinculação do hospital público, perante utentes ou terceiros, [assume] a natureza de uma relação de serviço público”¹².

Em suma, a relação jurídica em análise deve ser qualificada como “administrativa” em razão: (i) dos sujeitos; (ii) das normas e princípios aplicáveis aos sujeitos e à própria relação jurídica; (iii) da qualidade dos actos praticados no âmbito da relação jurídica em apreço.

No que respeita à fonte da relação jurídica estabelecida entre o utente, o hospital e o médico pode dizer-se que, “esta relação jurídica não parece ter a sua fonte no contrato, ou seja, no acordo de vontades das partes, mas antes surge como consequência do acesso dos cidadãos a um serviço público, neste caso, ao serviço público de saúde, determinado por uma permissão normativa de origem legal ou mesmo constitucional”¹³.

Neste sentido, e uma vez que a relação jurídica administrativa em apreço tem como factos constitutivos actos administrativos (aceitação e marcação de consulta) e operações materiais (tratamento do utente que se apresenta no serviço de urgência), a jurisprudência tem considerado, na nossa opinião correctamente, que ao verificar-se o preenchimento dos pressupostos de responsabilidade civil estamos perante a responsabilidade extracontratual, e não contratual, do hospital e, possivelmente, de um ou mais profissionais de saúde^{14/15}. Isto tendo em conta que não é um vínculo contratual que liga, em princípio, o utente ao hospital.

um particular com inteira subordinação às normas de direito privado”.

11. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (de ora em diante “STA”) de 09.06.2011, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

12. Cfr. Acórdão do STA de 09.06.2010, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

13. Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, *Lições de Direito da Saúde*, Lisboa, 2014, p. 207.

14. Neste sentido - cfr. os acórdãos do STA de 30.10.2008, de 09.06.2010 e de 09.06.2011, pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>.

15. Aliás, se tivermos em consideração “o tradicional critério de distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual – polarizado, respectivamente, na destriça entre violação de direitos subjectivos relativos e violação de direitos subjectivos absolutos – não parece persistirem dúvidas de que a lesão de direitos de personalidade neste âmbito conduz ao enquadramento na segunda categoria” – cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, Quando caem em desgraça os discípulos de Hipócrates ... Algumas questões sobre responsabilidade civil médica da Administração, *CJA*, n.º 50, Março/Abril 2005, p. 15.

3. A Responsabilidade Civil Médica – Análise Da Questão À Luz Do Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado E Demais Entidades Públicas

3.1. Âmbito de aplicação

A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, regula, em anexo¹⁶, o RRCEEEP e determina, através do n.º 1 do artigo 1.º, que o regime em apreço se aplica aos danos resultantes do exercício das várias funções do Estado.

O RRCEEEP aplica-se, por isso, à função administrativa do Estado, definida para efeitos de aplicação do regime ora em análise como “as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo” (cfr. n.º 2 do artigo 1.º).

A relação jurídica que se estabelece entre o utente, o hospital e o médico é uma relação jurídica administrativa, mais especificamente de “serviço público” e, por tal regulada por disposições e princípios de Direito Administrativo. Desta forma, será então de concluir pelo preenchimento do âmbito objectivo de aplicação do RRCEEEP, tendo em consideração o *supra* referido conceito de função administrativa.

No que diz respeito ao âmbito subjectivo do RRCEEEP, este aplica-se directamente às pessoas colectivas de direito público (cfr. n.º 1 do artigo 1.º). Ora, sendo os hospitais públicos entidades públicas empresariais (E.P.E.), o RRCEEEP aplica-se, desde logo a estes.

O RRCEEEP constitui igualmente a disciplina reguladora da responsabilidade civil dos trabalhadores que se encontrem ao serviço de pessoas colectivas públicas (cfr. n.º 4 do artigo 1.º), aplicando-se por isso aos médicos que se encontrem ao serviço dos hospitais públicos¹⁷.

Para que a responsabilidade civil por actos ilícitos praticados pelos médicos, dos quais decorram danos para o utente, seja regulada pelo RRCEEEP terá ainda de se verificar o preenchimento de um último requisito. Os actos praticados pelos médicos devem sê-lo no exercício de funções administrativas e por causa desse

16. Os artigos a que nos iremos referir reportam-se ao anexo da Lei n.º 67/2007 e não ao corpo da mesma.

17. Os médicos, actualmente, na sua grande maioria, são parte de contratos individuais de trabalho por tempo indeterminado. Contudo existirão, por certo, situações em que determinados médicos são parte em contratos de trabalho a termo resolutivo e ainda outras em que são apenas parte de um contrato de prestação de serviços. De acordo com uma interpretação actualista deverá entender-se que se subsumem ao conceito de “trabalhadores” ao serviço dos hospitais, inclusive os médicos que dispõem de um vínculo contratual que não derive de um contrato de trabalho (ex.: contrato de prestação de serviços), com os hospitais e que nele exerçam funções de prestação de cuidados aos utentes, de modo a garantir uma maior protecção do utente, assim como do médico. Caso contrário a responsabilidade civil dos médicos que se encontrassem nesta situação contratual seria regulada pelas normas do CC e à responsabilidade destes e do hospital, pelos seus actos responsável, aplicar-se-iam dois regimes substantivos diferentes.

exercício (cfr. n.º 3 *in fine* do artigo 1.º e n.º 2 *in fine* do artigo 8.º do RRCEEEP). Apenas a responsabilidade funcional dos médicos é acolhida pelo regime jurídico em apreço, sendo a responsabilidade pessoal destes regulada pelo Direito Privado (neste caso pelo CC).

A responsabilidade funcional corresponde à “actuação que visa a satisfação de interesses próprios da Administração, independentemente dos meios especificamente utilizados”¹⁸. O que significa que no âmbito desta responsabilidade “está em causa, não uma qualquer acção ou omissão pessoal do seu autor, que por coincidência também é titular de um órgão do Estado ou de outra pessoa colectiva, seu funcionário ou agente, [ou ainda seu trabalhador] mas um facto incluído no desempenho da função e, portanto, um facto que não configura juridicamente apenas a actuação de um indivíduo, mas também – simultaneamente, por força de lei – a actuação da própria Administração Pública na prossecução de um dado interesse público”^{19/20}.

Por sua vez, a responsabilidade pessoal incide sobre actos que se relacionam com a vida pessoal do trabalhador, com a sua vida privada, com circunstâncias que ocorrem no dia-a-dia de certa pessoa que, por acaso, desempenha uma função de serviço público. Contudo, o acto praticado não se relaciona com o exercício de tal função²¹.

Em suma, para que o regime substantivo de responsabilidade civil por actos praticados por um médico seja regulado pelo RRCEEEP, será necessário que o acto por si praticado, susceptível de gerar tal responsabilidade, esteja incluído e tenha sido praticado no âmbito da função administrativa de prestação de cuidados de saúde e por causa desse exercício.

18. Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas - Anotado*, 2.ª ed., Coimbra, 2011, p. 44.

19. RAQUEL CARVALHO, n.º 1 artigo 7.º - Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público, *in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, 2013, p. 175 *apud* DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 3.ª ed., 2011, p. 724.

20. A título de exemplo - cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 26.03.2015, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

21. Na eventualidade de um médico praticar actos abrangidos por este tipo de responsabilidade, o regime substantivo de responsabilidade civil que regularia a sua conduta seria o estatuído pelo artigo 483.º e seguintes do CC, que dispõem sobre a responsabilidade civil extracontratual por actos praticados por particulares ou pessoas colectivas de Direito Privado. Será contudo passível de defesa a aplicação do regime consagrado no artigo 501.º do CC, uma vez que se o autor que praticou o acto lesivo fê-lo nas instalações de um hospital público, pelo que subsistiria ainda uma qualquer responsabilidade da entidade pública quanto ao seu trabalhador (por ex.: *culpa in eligendo*). Contudo não consideramos que estamos perante um acto que se possa incluir no âmbito da gestão privada do hospital, pelo que não se verifica preenchido tal pressuposto de aplicação do artigo 501.º do CC. Estaremos, sim, perante uma actuação do médico que agiu como um particular e não como trabalhador do hospital, ainda que no âmbito da gestão privada (mesmo que assim, o lesado não possa beneficiar do regime de responsabilidade solidária estatuído no artigo 500.º do CC). Em sentido contrário – cfr. RAQUEL CARVALHO, n.º 1 artigo 7.º, p. 179.

3.2. Triggers – pressupostos de aplicação do regime da responsabilidade civil subjectiva

A presente análise limita-se ao estudo da responsabilidade civil extracontratual dos hospitais e médicos, no exercício da função administrativa de prestação de cuidados de saúde, pelo que os requisitos descritos e desenvolvidos *infra* foram analisados a respeito desta específica relação jurídica.

Neste sentido, será objecto de análise a responsabilidade subjectiva tanto do hospital, como do médico, necessariamente baseada na culpa. Assim, para que este tipo de responsabilidade possa ser accionado teremos de estar perante um facto, ilícito, culposo, danoso e adequado à produção do respectivo dano (*i.e.* nexo de causalidade).

Será, no entanto, necessário adaptar o preenchimento de cada requisito às circunstâncias concretas e próprias da responsabilidade civil hospitalar e médica.

Aos lesados colocam-se neste domínio dificuldades acrescidas de prova, nomeadamente em razão da carência de conhecimentos técnicos. Os factos relevantes para cada caso relacionam-se com matérias complexas, estranhas aos próprios advogados e juízes que têm, respetivamente, de advogar e decidir as causas. Revela-se então necessário o recurso ao testemunho de peritos médicos, os quais são responsáveis pela criação de outras barreiras (*v.g.* a natureza incerta e relativa da “verdade” em medicina e o forte sentimento de solidariedade que existe entre os médicos).

a) Facto

Para que haja lugar à aplicação do regime da responsabilidade civil extracontratual é necessário que se verifique um facto, ou comportamento, que tanto poderá consubstanciar uma acção ou omissão.

O conceito de acção compreende um qualquer tipo de actuação da Administração mais especificamente, no caso em análise, do hospital (*v.g.* acto administrativo, regulamento ou operações materiais)²², ou do próprio médico.

Quando nos referimos à omissão, esta “tanto pode representar uma situação de inércia ou pura inactividade, como também a falta de acção devida, e, neste sentido, pode falar-se de uma responsabilidade «in omittendo» ou numa responsabilidade «in vigilando»”²³. Porém, a omissão poderá ainda resultar “da ausência de uma actividade jurídica (a omissão da prática de um acto administrativo ou da emissão de uma norma) ou da ausência de uma actividade material (seja ela positiva, ou de fiscalização)”²⁴.

22. Na área da Saúde também será possível depararmo-nos com a existência de contratos administrativos. Porém, no âmbito da relação jurídica administrativa de serviço público que se estabelece entre o utente, o hospital e o médico, a sua celebração não será frequente.

23. Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime*, p. 146.

24. Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime*, p. 147.

Essencial é que, estando perante um “dever legal de decidir ou de actuar”²⁵, o hospital, ou o médico, não tenham empreendido a actuação devida ou correspondente.

No âmbito da actividade material do hospital, *i.e.* operações materiais, a obrigação de agir pode decorrer directamente da lei, de regulamento, de acto ou de contrato administrativo²⁶. Esta questão relaciona-se, inclusive, com o conceito de “funcionamento anormal do serviço”, que desenvolveremos em momento posterior.

Por sua vez, a responsabilidade civil do médico poderá respeitar tanto a acções como a omissões, sendo que o seu escopo principal coincidirá com o exercício da discricionariedade técnica, inerente à sua profissão, e que se insere no âmbito das operações materiais.

b) Ilicitude

O n.º 1 do artigo 9.º do RRCEEEP estatui o conceito de ilicitude relevante para efeitos de aplicação do respectivo regime, assim: “[c]onsideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes [e trabalhadores, por interpretação extensiva] que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infringjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos” (sublinhado nosso²⁷).

A lei determina ainda a existência de ilicitude nos casos de funcionamento anormal do serviço (cfr. n.º 2 do artigo 9.º do RRCEEEP).

O amplo conceito de ilicitude consagrado pela lei comporta três distintas modalidades²⁸: (i) ilegalidade, por violação de normas (disposições ou princípios) que derivem da Constituição, da lei ordinária ou de regulamento; (ii) inobservância de regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado a que o hospital ou o médico estejam adstritos; (iii) funcionamento anormal do serviço.

Relativamente ao tema que nos propusemos tratar, o respeito pelas regras de ordem técnica “assume importância decisiva (...), pelo que a prova do pressuposto da ilicitude implica a prova da violação das «leges artis», enquanto conjunto de regras técnicas de tratamento e intervenção, assim como de conveniência e idoneidade dos meios, que, segundo a comunidade científica e académica, devem ser adoptadas num caso concreto para o exercício da «arte de curar»”²⁹.

25. Cfr. RAQUEL CARVALHO, n.º 1 artigo 7.º, p. 171.

26. Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime*, p. 150.

27. A parte final deste artigo assume particular relevância para o tema em análise.

28. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, Artigo 9.º - Ilicitude, *in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, 2013, pp. 240 e ss.

29. Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Quando*, p. 17.

A violação de regras de ordem técnica já constituía um dos parâmetros de ilicitude à luz do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48 051³⁰, de 21 de Novembro de 1967, que regulava anteriormente o regime de responsabilidade civil das entidades públicas e que foi revogado com a entrada em vigor da Lei n.º 67/2007.

A jurisprudência administrativa, à luz do *supra* referido Decreto-Lei, procurou definir o conceito de *leges artis*, bem como aquilo em que consiste a violação de regras de ordem técnica.

Assim, de acordo com o STA³¹, as *leges artis* “são regras a seguir pelo corpo médico no exercício da medicina. Uma são normas «escritas», contidas em lei do Estado (...) e/ou em instrumentos de auto-regulação (...). Outras na sua maioria, são «regras não escritas», são métodos e procedimentos, comprovados pela ciência médica, que dão corpo a «standards» contextualizados de actuação, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica, como os mais adequados e eficazes”.

As *leges artis* consubstanciam um conjunto de regras criadas pelos profissionais de medicina e constam do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, de declarações de princípios criadas por Organizações Internacionais e Nacionais de Médicos, de *guidelines* de protocolos de actuação e de reuniões de consenso e dos pareceres das Comissões de Ética³².

Em suma, as *leges artis* são regras (escritas e não escritas) que devem conduzir a actuação do médico no tratamento de cada utente, enquanto portador de uma patologia específica.

O conceito de *leges artis* encontra-se em constante maturação e actualização como consequência do rápido progresso científico. A cristalização deste conceito, nomeadamente através de uma possível codificação das regras de actuação médica, implicaria uma constante desactualização das regras fixadas.

A estatuição de normas vinculativas de actuação, apesar de, em teoria facilitar a produção de prova (o que protegeria a situação do utente), teria na prática um efeito perverso. As *leges artis* não podem ser entendidas como regras estritas uma vez que a sua aplicação depende de múltiplos factores (*v.g.* as condições do utente, os conhecimentos técnicos do médico, os meios técnicos de que dispõe, entre outros). Uma codificação rígida de regras traduzir-se-ia numa prestação de cuidados de saúde mais *standard* e menos atenta às circunstâncias concretas de cada caso, o que por sua vez conduziria à prestação de um serviço medíocre incapaz de verdadeiramente promover e proteger a saúde do utente. O desenvolvimento da medicina, a descoberta de novos tratamentos e a utilização de tratamentos experimentais sairiam igualmente prejudicados.

30. Este artigo não se referia, porém, ao respeito pelos deveres objectivos de cuidado.

31. Cfr. Acórdão do STA de 13.03.2012, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

32. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23.05.2013, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

A apreciação da sua violação terá de considerar, quer o dado comportamento concreto do médico, quer as circunstâncias em que este teve de praticar certo acto, quer ainda a patologia em apreço, bem como as características do paciente sujeito a certo acto médico. Tal aferição reveste-se por isso de elevada complexidade.

Neste sentido, o STA³³ tem afirmado que é “sempre difícil e delicado considerar se a realização de determinado acto ou tratamento de natureza médica foi o mais correcto e adequado às circunstâncias ou se, pelo contrário, na realização dessa actividade houve violação das regras de ordem técnica (as «leges artis») e/ou das regras de cuidado e prudência comum que deviam ter sido observadas”.

As *leges artis* raramente apontam para um certo tratamento como sendo o único adequado, a uma dada situação. Normalmente, o médico perante uma panóplia de tratamentos potencialmente adequados deve escolher aquele que, no âmbito da sua discricionariedade técnica, considera que permitirá dotar o utente de maiores possibilidades de cura ou de sobrevivência.

A medicina não é pois “uma ciência exacta em que o diagnóstico e o tratamento que lhe corresponde tenham de ser um único”³⁴. Com o tratamento poderão interferir um conjunto indeterminado de variáveis: condições físicas do hospital, forma como o corpo do utente reage ao tratamento, condições físicas de outras pessoas que com ele possam estar em contacto (v.g. transmissão de infecções), estado psicológico do utente...

Cumpra ainda frisar que sob os médicos, na sua generalidade, não recai uma obrigação de resultado, passível de se concretizar numa obrigação de garantia de cura, de toda e qualquer patologia de que o utente padeça. Certo é que a cura do doente “não está inteiramente na sua dependência, atendendo aos limites da ciência médica e ao halo de indeterminação que se verifica sobre as reações biológicas dos doentes aos tratamentos prescritos”³⁵.

Os médicos encontram-se, por isso, adstritos ao cumprimento de uma outra obrigação – uma obrigação de meios³⁶. Tal obrigação traduz-se no compromisso de “empregar os meios técnicos, de modo correcto, na intenção de promover o bem-estar”³⁷ dos utentes. É no domínio desta obrigação que o tribunal irá aferir se as *leges artis* foram ou não seguidas e cumpridas.

Ao acolher todos estes factores o STA afirma (no mesmo acórdão *supra* citado) que “é forçoso concluir que um mau resultado não prova, sem mais, um mau

33. Cfr. Acórdão do STA de 09.05.2012, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

34. Acórdão do STA de 09.05.2012, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

35. Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, *Lições*, p. 202.

36. Poderá contudo ser defendida a existência de uma assunção de obrigação de resultado no domínio de algumas especialidades: cirurgia estética e análises laboratoriais – cfr. CARLA GONÇALVES, *A Responsabilidade civil Médica: Um Problema para Além da Culpa*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2008, p. 29.

37. Cfr. CARLA GONÇALVES, *A Responsabilidade*, p. 28.

diagnóstico e/ou um mau tratamento. Dito de forma diferente, o facto do resultado pretendido com o tratamento prescrito não ser obtido não significa que isso se ficou a dever a falta censurável ou ilícita. E isto porque a obrigação do médico consiste, apenas e tão só, em prestar ao doente os tratamentos exigidos pelo seu estado, com vista a restituir-lhe a saúde ou minorar-lhe os padecimentos, nela não estando incluída a obrigação de garantir o seu êxito”.

Vejamos, então, em que situações concretas o STA já determinou ter-se verificado uma violação das *leges artis*.

Um bebé de dois anos de idade faleceu devido a uma papilomatose laríngea e, em virtude dos factos dados como provados, o STA³⁸ afirmou que existiu uma violação das *leges artis* uma vez que: (i) sendo uma criança de tenra idade merecia um acompanhamento mais próximo por parte da médica, que o atendera pela primeira vez, quando a sua mãe se dirigiu ao hospital, a fim de analisar a evolução dos sintomas que o mesmo manifestava; (ii) a suspeita, por parte da médica, de que o bebé padecia de uma patologia grave deveria ter dado lugar a diligências de investigação sobre a doença, que não se verificaram; (iii) passividade da médica perante os sintomas da criança; (iv) a médica decidiu marcar uma consulta de acompanhamento para quase um ano depois da consulta em questão; (v) da observação que fez ao bebé a médica não concluiu por um diagnóstico de qualquer doença, sendo que tal desconhecimento impunha mais atenção e cuidado; (vi) caso a criança tivesse sido devidamente acompanhada, a mesma teria muito provavelmente sobrevivido, uma vez que os papilomas da laringe, quando devidamente diagnosticados, podem ser removidos sem originar graves sequelas para os doentes.

Desta forma, o STA concluiu que, apesar da médica em questão não ter violado nenhuma regra escrita, esta não adoptou o comportamento adequado e atempado aos sintomas do seu paciente, pelo que considerou que a mesma violou as *leges artis*.

Noutro acórdão, o STA³⁹ decidiu novamente pela violação das *leges artis*, desta vez por ter considerado que não foi adoptada a atitude prudente que as circunstâncias e que tais regras impunham.

Sucedeu que um rapaz de 17 anos deu entrada no hospital com uma apendicite aguda. Tendo sido submetido a uma apendicectomia, durante a prática do acto anestésico (epidural) a médica interna perfurou para além do local pretendido, atravessando a membrana que protege a medula. Em vez de se ter equacionado uma eventual mudança de técnica ou de local de introdução da agulha, a mesma técnica foi repetida três vezes o que provocou a necrose (*i.e.* morte) por isquemia dos tecidos da medula. Do acto médico identificado resultou uma paralisia aguda dos membros inferiores do paciente. Apesar de não ter sido definitiva, a paralisia que afectou o jovem manteve-se durante anos, sendo que as sequelas físicas e

38. Cfr. Acórdão do STA de 13.03.2012, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

39. Cfr. Acórdão do STA de 26.05.2010, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

psicológicas de tal acto iriam permanecer.

Por último, gostaríamos ainda de fazer referência a um acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (de ora em diante, “TCAN”) de 25.01.2013⁴⁰. O Tribunal, perante os factos dados como provados, decidiu que vários profissionais de saúde do hospital agiram em desacordo com as *leges artis*. O sucedido deveu-se ao facto destes terem decidido transferir uma parturiente que se encontrava, pelo menos, há treze horas, nesse hospital em trabalho de parto. No hospital em que se encontrava existia a possibilidade de se ter detectado o sofrimento fetal, que veio a ocorrer, e de reagir de imediato. Contudo, a sua transferência para outro hospital impossibilitou um controlo apertado e permanente do estado do feto, pelo que este veio a falecer. O hospital réu não demonstrou que a referida transferência consubstanciava a única decisão possível tendo-se, inclusive, extraviado toda a documentação clínica da paciente, durante a transferência.

Os acórdãos enunciados demonstram que embora seja possível ensaiar um conceito abstrato e teórico de *leges artis*, é somente caso a caso que ele assume forma e se reveste de “vida”.

Para que se verifique tal violação “torna-se necessário provar que, de acordo com as boas práticas da medicina, o resultado danoso não constitui um risco provável (e (...) [por isso] um risco próprio, comum e normal (...)) da intervenção médica em causa levada a cabo segundo as regras específicas da medicina”⁴¹. Da violação das *leges artis* deverá, assim, resultar a criação de um risco anormal, não provável nem próprio, do acto médico praticado.

Se o utente conseguir provar que foi sujeito a tal acto, conseguirá, em princípio, que o tribunal comprove a existência de violação das *leges artis*.

O conceito de dever objectivo de cuidado, igualmente presente na Lei n.º 67/2007 (cfr. n.º 1 do artigo 9.º do RRCEEP) distingue-se do conceito de *leges artis*.

O cumprimento do dever objectivo de cuidado⁴² exige do médico, uma actuação atenta, prudente e cuidada. Este dever de actuação exige que o médico tome as medidas de cautela necessárias à protecção da saúde do utente contra riscos que são do seu conhecimento ou de alguma forma previsíveis (por exemplo, utilização de instrumentos esterilizados, inquirição do doente quanto a alergias e antecedentes familiares, entre outras situações).

Apesar de conceitos distintos, as *leges artis* e os deveres objectivos de cuidado

40. Pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

41. Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, Quando, pp. 17-18. Cfr. Acórdão do STA de 26.05.2010, já referido que afirmou que a “inferência feita de que a lesão foi causada pela violação do dever de cuidado (*legis artis*) poderia ser afastada, através da prova de factos que demonstrassem que a paraplegia estava incluída no universo de riscos próprios e comuns do acto anestésico praticado”.

42. O conceito de “dever objectivo de cuidado” será desenvolvido *infra* uma vez que surge igualmente associado ao conceito de culpa, mais especificamente de culpa leve, no âmbito do RRCEEP.

encontram-se frequentemente associados.

Não é, no entanto, suficiente para que o conceito de ilicitude esteja preenchido que se verifiquem acções ou omissões que violem normas constitucionais, legais ou regulamentares, que infrinjam as *leges artis* e/ou deveres objectivos de cuidados. Será ainda necessário que dessa violação resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos⁴³ (cfr. n.º 1 *in fine* do artigo 9.º do RRCEEEP).

Desta forma, o artigo 9.º do RRCEEEP “concretiza (...) o tipo de posições jurídico-substantivas cuja susceptibilidade de lesão pode gerar o dever reparatório”⁴⁴.

c) Culpa

O pressuposto da responsabilidade civil – culpa – “postula, nos termos gerais, um nexo entre o facto ilícito e a vontade do autor, que permit[e] afirmar que o comportamento adotado merece a reprovação ou censura do direito”⁴⁵.

O RRCEEEP consagra um regime próprio e autónomo de apreciação da culpa, diferente do disposto no CC. Essa diferença funda-se no critério utilizado para aferição do requisito em análise.

O n.º 1 do artigo 10.º do RRCEEEP dispõe que: “[a] culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor”.

Ora, a culpa consiste “na preterição da diligência pela qual a lei exigia que o autor do facto voluntário e ilícito tivesse pautado a sua conduta”⁴⁶.

43. O direito subjectivo corresponde a “um interesse individual directamente protegido pela norma (...), ao passo que o «interesse legalmente protegido» é um interesse individual reflexamente protegido pela norma” - cfr. CARLOS CADILHA, *Regime*, pp. 182-183. Do direito subjectivo extrai-se “um direito à satisfação de um interesse próprio”, sendo que ao interesse legítimo apenas corresponde um “direito à legalidade das decisões que versem sobre um interesse próprio” - cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, p. 65. Por outras palavras, “perante um direito subjectivo, o particular poderia obter a sua pela realização em juízo em caso de violação ou incumprimento, enquanto que na presença de um interesse legítimo o particular não poderá exigir que a Administração satisfaça o seu interesse, mas apenas que não o prejudique ilegalmente, e que lhe permite reagir judicialmente, em caso de ilegalidade” - cfr. CARLOS CADILHA, *Regime*, p. 183.

44. Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime*, p. 182.

45. Cfr. RUI MEDEIROS, Artigo 10.º - Culpa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, 2013, p. 266.

46. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa - Direito Administrativo Geral*, III, 1.ª ed., Alfragide, 2008, p. 25.

A culpa, em sentido amplo, abrange tanto o dolo⁴⁷, como a negligência⁴⁸ (que por sua vez se pode subdividir em negligência grave ou leve).

De acordo com o n.º 1 do artigo 8.º do RRCEEEP, existe negligência grave quando a diligência e zelo empregues pelo trabalhador, ao serviço da Administração, sejam manifestamente inferiores às que se encontra obrigado em razão do cargo que ocupa. Nas demais situações, a negligência caracterizar-se-á como leve, designando-a o RRCEEEP, no n.º 1 do artigo 7.º, como “culpa leve”.

A verificação de qualquer tipo de negligência, leve ou grave, decorrente de uma actuação (ou omissão) médica, será suficiente para preencher o conceito de culpa que, por sua vez, poderá espoletar a responsabilidade civil do hospital público.

Bastará, assim, que qualquer médico, consciente ou inconscientemente, viole os deveres de cuidado a que se encontra adstrito, para que o utente possa ter direito a ser ressarcido pelos danos que dessa violação advenham.

A actuação do médico e o grau de diligência que lhe é exigível, não são aferidos por referência ao critério civilista do *bonus pater familias* (cfr. n.º 2 do artigo 487.º do CC). O RRCEEEP consagra um critério de apreciação diferente: o comportamento do médico é analisado em função da actuação que seria esperada de um médico zeloso e cumpridor (cfr. n.º 1 do artigo 10.º do RRCEEEP).

Assim, o n.º 1 do artigo 10.º não requer que se considere o modo como o hospital, e cada serviço em particular, na prática, actuam e prestam cuidados, mas sim o modo como deveriam funcionar se compostos por médicos zelosos e cumpridores.

Contudo, as circunstâncias do caso concreto permitem temperar este exigente critério, uma vez que “além de impor[em] que se atenda ao circunstancialismo fáctico objectivo em que se enquadra a conduta do lesante, obriga[m] a tomar em consideração os «específicos» deveres funcionais exigíveis a um funcionário do tipo do lesante e que exerça uma atividade semelhante”⁴⁹.

A exigência deste critério consubstancia uma mais-valia para o utente, pois assegura uma maior e mais eficaz protecção dos bens jurídicos cuja actuação negligente do médico pode afectar (*i.e.* vida, integridade pessoal - física e moral -, entre outros).

47. O dolo “pressupõe a intenção de provocar um determinado resultado danoso (dolo directo, se o autor do facto voluntário pretender primariamente a produção desse resultado; dolo necessário, se o autor do facto voluntário pretender primariamente a produção de um outro resultado cuja verificação implica necessariamente a produção do resultado danoso) ou, pelo menos, a conformação desse resultado (dolo eventual)” – cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade*, pp. 25-26.

48. A negligência “pressupõe a violação consciente ou inconsciente, de deveres de cuidado” – cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade*, p. 26.

49. Cfr. RUI MEDEIROS, Artigo 10.º, p. 275.

Atendendo ao tempo de vigência ainda relativamente curto do RRCEEEP, iremos socorrer-nos de jurisprudência que, de forma consolidada, tem interpretado este critério à luz do regime anterior, de modo a conseguirmos vislumbrar de que forma, o mesmo, tem sido aplicado.

O Decreto-Lei n.º 48 051, através da remissão do n.º 1 do artigo 4.º, adoptava o mesmo critério de aferição de culpa do CC – o critério da diligência de um bom pai de família, colocado em face das circunstâncias de cada caso concreto. Contudo, somos da opinião de que a interpretação feita pela jurisprudência administrativa de tal critério, no âmbito da responsabilidade civil médica, aproxima-se mais do critério actual, do médico zeloso e cumpridor, do que do padrão do mero bom pai de família, senão vejamos.

De acordo com o STA⁵⁰, um médico viola o dever objectivo de cuidado a que se encontra adstrito se, ao poder e dever ter agido de forma diferente não o fez, ficando, por isso, o seu comportamento abaixo do nível *standard* de actuação exigível a um médico médio. Se assim for, o STA tem considerado que a conduta do médico em apreço é culposa e, deste modo, passível de um juízo de censura e de reprovação por parte do Direito.

O critério a aplicar será, então o do “bom profissional da mesma categoria daquele médico, a actuar perante uma «facti-species» com os contornos daquela em que o concreto agente actuou”⁵¹. O legislador garante, desta forma, “um nível mínimo de exigência que não pode ser postergado”⁵².

A aferição da violação das *leges artis*, e seu conteúdo, permite aferir da violação dos deveres de cuidado e, ainda, do grau de zelo a que qualquer médico deve estar adstrito.

Contudo, o médico não assume nunca sozinho a responsabilidade civil que possa advir da prática de actos negligentes ou culposos, quando efectuados no exercício e por causa do exercício da sua função.

Por força do disposto no n.º 1 do artigo 7.º do RRCEEEP, em caso de culpa leve (ou negligência leve), o hospital responderá exclusivamente pelos danos provocados na esfera jurídica do utente lesado, pelos actos e/ou omissões ilícitas cometidas pelo médico, no âmbito da sua responsabilidade funcional.

Esta “irresponsabilidade” do médico, permitida por lei, parece-nos uma solução justa uma vez que por um lado, não deixa de atender aos danos causados ao utente, prevendo a possibilidade de ressarcimento dos mesmos pelo hospital;

50. Cfr. Acórdãos do STA de 12.04.2012, de 26.05.2010, entre outros, pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>.

51. Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2008, p. 128.

52. Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade*, p. 129.

mas também não sobrecarrega o médico com um ónus demasiado excessivo de responsabilidade, tendo em conta o critério exigente de culpa que o mesmo carrega⁵³.

Porém, quando se verifique a ocorrência de actos ilícitos que consubstanciem uma actuação dolosa ou decorrente de negligência grave, o médico torna-se solidariamente responsável (cfr. n.º 1 e 2 do artigo 8.º do RRCEEEP).

Deste modo, o utente lesado por tal actuação pode interpor uma acção de responsabilidade civil directamente contra o médico, ou contra o hospital. O utente pode igualmente interpor apenas uma acção contra estes dois sujeitos (em litis-consórcio passivo voluntário). Caberá então ao lesado optar pela solução que lhe pareça mais adequada à prossecução do seu interesse.

Se o utente decidir interpor uma acção apenas contra o hospital público, e tendo este sido condenado à reparação do direito violado do autor, o hospital terá o dever de exercer o seu direito de regresso contra o médico que agiu com dolo ou negligência grave (cfr. n.º 3 do artigo 8.º do RRCEEEP)^{54/55}.

Porém, até à obtenção de uma sentença condenatória favorável à sua pretensão, o utente terá de percorrer um caminho que será, na esmagadora maioria das vezes, longo e doloroso.

De acordo com a regra geral de direito, que também se aplica ao RRCEEEP, estatuída pelo n.º 1 do artigo 342.º do CC, sob quem invoca um direito recai o ónus de fazer prova dos seus factos constitutivos. Assim, sob o utente, que se encontra frequentemente numa posição débil, quer em virtude da patologia que sofre, quer dos poucos conhecimentos que em regra dispõe sobre a matéria, quer ainda devido ao, por vezes, difícil acesso ao seu registo médico, recai o laborioso encargo de fazer prova dos factos que constituem o seu direito⁵⁶.

53. Para além de que o médico não deixa de ser um ser humano e, como tal, a perfeição e diligência constantes apesar de almejavéis, nem sempre serão alcançáveis.

54. Referimo-nos ao dever de exercício do direito de regresso uma vez que o n.º 1 do artigo 6.º do RRCEEEP determina a obrigatoriedade do mesmo. O direito em apreço poderá ser exercido na própria acção, caso o médico a esta tenha sido chamado (através do incidente de intervenção de terceiros – nos termos dos artigos 311.º e seguintes do Código de Processo Civil), aferindo-se qual o grau de culpa passível de lhe ser atribuído. Caso o médico não tenha participado na acção decorrida entre o hospital e o utente, a acção prosseguirá nos próprios autos, entre o hospital e o médico, de acordo com o n.º 4 do artigo 8.º do RRCEEEP (esta solução proporciona-nos um certo grau de perplexidade, uma vez que não se consegue vislumbrar como poderá a acção prosseguir se o poder jurisdicional se esgota no momento de prolação da sentença). Uma outra possibilidade será a propositura de uma acção de regresso contra o médico. Essencial será que se observe e respeite o princípio do contraditório e a correspondente possibilidade de defesa do médico. Sobre o exercício deste direito – cfr. RUI MEDEIROS, Artigo 6.º - Direito de regresso, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, 2013, pp. 134 e ss.

55. A secretaria do tribunal que tenha condenado o hospital remeterá certidão da sentença, logo após o seu trânsito em julgado, à entidade competente para o exercício do direito de regresso que, neste caso, será o próprio hospital – cfr. n.º 2 do artigo 6.º do RRCEEEP.

56. Assim será, se não beneficiar de nenhuma presunção de culpa que funcione a favor da

A estes factores alia-se o facto de ser sempre necessário o recurso a peritos, em razão do desconhecimento, relativamente a estas matérias, por parte dos juristas e juizes. As peritagens efectuadas neste domínio raramente serão capazes de concluir, com 100% de certeza, a favor da pretensão do utente, pelo simples facto de a medicina ser universalmente conhecida como uma ciência inexacta, que opera e se realiza num campo incerto, imprevisível e inconstante – o corpo humano.

Para além disso, a forte solidariedade de classe que percorre o corpo médico, e que inibe os médicos de assumirem uma posição adversa e reprovadora do comportamento de um colega representa mais um obstáculo para o utente.

A “dificuldade probatória [que recorrentemente lhe assiste] converte-se, assim, num «escudo» protector do profissional, quase inexpugnável para o doente. Por consequência, as regras relativas ao ónus da prova deixam de ser, nestes casos, meras regras de distribuição do encargo probatório e de repartição, entre as partes, do risco a ele inerente, transformando-se em mecanismo de pré-determinação sistemática de insucesso de uma delas (o doente), em favor da outra (o médico)”⁵⁷.

Será este, em regra, o quadro probatório com o qual se depara o utente.

Todavia, os tribunais administrativos⁵⁸ criaram, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 48 051, uma presunção de culpa a favor do utente, que visa resolver um problema prático: a “desprotecção” criada pelas regras gerais de distribuição do ónus da prova, relativamente à situação específica do utente.

A inversão do ónus da prova dar-se-á se: (i) se verificar uma violação de disposições legais de protecção (ou da *leges artis*); (ii) se o resultado danoso consubstanciar um dos perigos a evitar com o cumprimento de tais regras, ou seja, um risco não provável do acto médico praticado.

Isto significa que, “nesta espécie de responsabilidade, as condutas dos agentes, decorrentes do desrespeito dos deveres de cuidado e de aplicação das técnicas adequadas, preenchem simultaneamente os requisitos facto ilícito e culpa”⁵⁹. Preenchido o requisito da ilicitude, opera automaticamente a subsunção do requisito da culpa.

O STA afirma, ainda, que “se através da violação das «leges artis» é aumentado o risco de dano, vindo a ocorrer uma lesão localizada no «círculo de perigos» que a «leges artis» violada pretende evitar, deve impor-se ao infractor a prova de que o dano se verificou independentemente da lesão”⁶⁰. Ao lesante cabe então ilidir a

sua pretensão.

57. Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade*, p. 87.

58. Cfr. Acórdãos do STA de 29.11.2005, de 26.05.2010, de 12.04.2012, entre outros, pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>.

59. Cfr. Acórdão do STA de 12.04.2012, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

60. Cfr. Acórdão do STA de 26.05.2010, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

presunção mediante prova em contrário (cfr. n.º 2 do artigo 350.º do CC).

Julgamos que a *supra* identificada presunção deriva da “anterior tendência jurisprudencial de objectivação da culpa, que assentava na ideia de que existia culpa funcional sempre que fosse violado o dever de boa administração”⁶¹, diluindo-se, deste modo, o requisito culpa na ilicitude da actuação do ente público. Todavia, a presunção referida não corresponde exactamente à tendência que esteve na sua origem, distinguindo-se dela.

A culpa funcional que a jurisprudência afirma existir quando se verifica a violação do dever de boa administração, confunde-se com a figura jurídica do funcionamento anormal do serviço, que actualmente dispõe de suporte legal⁶².

A presunção de culpa criada pela jurisprudência corresponde a uma culpa individual: quando se prove que certo médico violou dever(es) objectivo(s) de cuidado que derivem das *leges artis*, tendo com tal acto (ou omissão) criado um risco anormal, presume-se a culpa deste. Presume-se, deste modo, um nexó entre tal facto ilícito e a vontade do autor, que assume a forma de culpa leve.

Será que esta presunção de culpa tem actualmente suporte legal?

O RRCEEEP consagra expressamente duas presunções de culpa: a presunção de culpa leve pela prática de actos jurídicos ilícitos (cfr. n.º 2 do artigo 10.º) e pelo incumprimento de deveres de vigilância (cfr. n.º 3 do artigo 10.º⁶³). O RRCEEEP dispõe ainda no sentido de acolhimento das demais presunções de culpa previstas por lei (cfr. n.º 3 do artigo 10.º).

A presunção de culpa criada pela jurisprudência administrativa ao abrigo do anterior regime não se subsume a nenhuma das presunções consagradas no RRCEEEP, nem a nenhuma outra presunção legal.

Contudo, somos da opinião de que se formou um costume jurisprudencial no que respeita à presunção de culpa em análise. O costume, fonte mediata de direito⁶⁴, caracteriza-se por incorporar uma “prática social reiterada”⁶⁵, acompanhada de uma “convicção de obrigatoriedade”⁶⁶. O que significa que existe uma determinada prática, de acordo com a qual os membros de um determinado grupo social orientam a sua conduta, em razão de a entenderem como obrigatória.

61. Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime*, p. 199, contra a qual o autor defende que “a culpa, como fundamento da responsabilidade civil, envolve sempre um juízo de censura que não pode bastar-se com a simples constatação da existência de uma ilegalidade ou de violação de regras de ordem técnica ou de prudência” – p. 200.

62. Cfr. n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º do RRCEEEP, ver ainda o acórdão do TCAN de 22.02.2013, processo n.º pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

63. Que nos remete, nomeadamente, para o artigo 493.º do CC.

64. Cfr. Artigo 1.º do CC *a contrario*.

65. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra, 2008, p. 265.

66. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, p. 265.

Em Portugal não existe a regra do precedente (ao contrário do que se verifica nos países de *common law*), pelo que os acórdãos dos juízes dos tribunais superiores (do STA ou dos Tribunais Centrais Administrativos, em relação aos juízes de primeira instância) não obrigam os demais colegas a seguir as suas decisões (apesar de na prática os influenciarem fortemente).

Todavia, ao analisar os vários acórdãos tanto do STA como do TCAN, conseguimos detectar a recorrente aplicação, pelos juízes, desta corrente jurisprudencial.

A presunção de culpa leve referida reduz significativamente a posição desvantajosa em que se encontra o utente, devido ao penoso encargo probatório que tem de suportar. Não constituindo, porém, um fardo insuportável para o médico, o qual tem ao seu alcance uma maior facilidade de defesa (em virtude de possuir, por exemplo, mais fácil acesso aos relatórios e outros documentos técnicos, bem como a vantagem de ser titular, em regra, de um muitíssimo mais vasto conhecimento das técnicas clínicas e suas justificações), parece-nos a mesma justificada.

Sendo o costume uma fonte de direito própria, “auto-justificada”⁶⁷, que não necessita de acolhimento legal, concluímos pela validade da referida presunção jurisprudencial mesmo tendo em conta o regime do RRCEEEP.

Por fim, apenas uma brevíssima nota quanto ao regime da “culpa do lesado”.

De acordo com o artigo 4.º do RRCEEEP, se o comportamento culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, caberá ao tribunal responsável pela resolução do litígio determinar se a indemnização será totalmente concedida, reduzida ou excluída. Ao fazê-lo, terá em consideração as culpas a atribuir tanto ao lesado como ao lesante, a sua gravidade e as consequências que delas resultaram.

d) Dano

Um dano consubstancia uma “diminuição ou extinção de uma vantagem que é objecto de tutela jurídica”⁶⁸. O dano, enquanto pressuposto da responsabilidade civil subjectiva, constitui o resultado da actuação ilícita e culposa do lesante. Isto é, a lesão de certos direitos ou interesses legalmente protegidos, que decorreu de tal actuação (cfr. n.º 1 dos artigos 7.º, 8.º e 9.º do RRCEEEP).

A ressarcibilidade de qualquer dano depende da “afirmação do nexa causal e do âmbito de danos, por ele, abrangidos”⁶⁹, questão que, no campo da medicina, se revela especialmente problemática e que trataremos de seguida.

Actualmente, à luz da “visão integral da pessoa – das suas aptidões e faculdades orgânicas e funcionais – o comportamento do médico pode lesar o doente de

67. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, p. 274.

68. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade*, p. 29.

69. Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade*, p. 145.

formas muito variadas, originando uma multiplicidade de danos de distinta natureza, quer patrimonial, quer não patrimonial⁷⁰.

A figura jurídica “dano” poderá abranger as seguintes situações: (i) danos emergentes, que “compreende[m] a perda ou diminuição de valores já existentes no património do lesado”⁷¹; (ii) lucros cessantes que “correspondem à privação de vantagens que iriam formar-se na esfera jurídica do lesado se não tivesse ocorrido a lesão (art. 564.º, 1 CC)”⁷²; (iii) danos presentes, *i.e.* danos cuja constatação já é possível por ocasião da fixação da indemnização; (iv) danos futuros, *i.e.* danos que à data da fixação da indemnização ainda não se verificaram, contudo só “são indemnizáveis desde que previsíveis”⁷³; (v) danos patrimoniais - danos susceptíveis de avaliação pecuniária, “porque incidem sobre interesses de natureza material ou económica”⁷⁴; (vi) danos não patrimoniais - danos não passíveis de avaliação pecuniária e “que se reportam a valores de ordem espiritual, ideal ou moral”⁷⁵.

Das referidas modalidades de danos, o RRCEEP apenas dispõe expressamente sobre os danos patrimoniais, não patrimoniais, presentes e futuros (cfr. n.ºs 1 e 3 do artigo 3.º).

Contudo, somos da opinião de que os demais tipos de danos, se invocados, justificados e provados pelo utente (enquanto autor da acção de responsabilidade civil), deverão ser analisados pelo tribunal, segundo as regras gerais de direito (cfr. n.º 1 do artigo 564.º do CC).

A modalidade de danos sobre a qual os tribunais administrativos mais têm discursado, por ser talvez a de mais difícil apreciação, corresponde aos danos não patrimoniais (ou morais).

Assim, a jurisprudência afirma que “a indemnização por danos não patrimoniais reveste uma natureza mista, pois, por um lado, visa reparar de algum modo, mais do que indemnizar, os danos sofridos pela pessoa lesada; mas por outro lado, também não lhe é estranha a ideia de reprovar ou castigar, no plano civilístico e com os meios próprios do direito privado, a conduta do agente”⁷⁶.

A indemnização por danos não patrimoniais apenas abrangerá os danos que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito (cfr. n.º 1 do artigo 496.º do CC). O montante da indemnização é fixado equitativamente, pelo tribunal, o qual terá em consideração a situação económica do lesado e do lesante, o grau de culpa do segundo (bem como do primeiro, se assim se verificar) e as demais circunstân-

70. Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade*, pp. 144-145.

71. Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, 2009, p. 596.

72. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade*, p. 29.

73. Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito*, p. 597.

74. Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito*, p. 592.

75. Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito*, p. 592.

76. Cfr. Acórdão do TCAN de 22.02.2013, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

cias do caso (cfr. artigo 494.º do CC)⁷⁷.

A quantia atribuída a título de danos não patrimoniais deverá ser “adequada a proporcionar [ao lesado] (...) alegria ou satisfação que, de algum modo, contrabalançam as dores, desilusões, desgostos ou outros sofrimentos”⁷⁸, por este sofridos em razão da conduta ilícita e culposa do lesante.

Os tribunais administrativos⁷⁹ já consideraram indemnizáveis os seguintes danos patrimoniais: “o sofrimento moral incluindo dores, o dano estético, o desespero perante o futuro e o esforço acrescido [que o lesado] terá que fazer para coisas básicas do dia-a-dia como a deslocação”⁸⁰, assim como a angústia e a tristeza sentida pelos lesados.

Em razão da natureza equitativa da indemnização por danos não patrimoniais não nos é possível delimitar um valor regra a que esta poderá corresponder. O mesmo terá de ser delineado pelas circunstâncias de cada caso concreto.

No que à obrigação de indemnizar (em relação a qualquer tipo de dano) diz respeito, a lei determina que a reparação a ser decretada pelo tribunal deverá privilegiar a reconstituição *in natura* (cfr. n.º 2 do artigo 3.º do RRCEEP). Deste modo, o juiz deverá indagar se é possível reconstituir a situação em que o lesado se encontraria, se não tivesse ocorrido o facto ilícito (cfr. n.º 1 do artigo 3.º do RRCEEP).

Contudo, se a reconstituição natural se revelar impossível, incapaz de reparar integralmente os danos ou excessivamente onerosa, a indemnização devida deverá ser fixada em dinheiro⁸¹.

e) *Nexo de causalidade*

Para além da ocorrência de um facto ilícito e culposo e da verificação de danos,

77. A título de exemplo - cfr. Acórdão do TCAN de 25.01.2013, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

78. A título de exemplo – cfr. Acórdão do TCAN de 25.01.2013, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

79. A título de exemplo – cfr. Os já referidos acórdãos do STA de 26.05.2010, em que a quantia da indemnização por danos não patrimoniais foi de 80.000 €; do TCAN de 25.01.2013, que fixou a quantia de 30.000€ para cada um dos autores (pais da criança que faleceu); do TCAN de 22.02.2013, que fixou a quantia de 15.000€, todos pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>.

80. Cfr. Acórdão do STA, de 26.05.2010.

81. Uma última nota para referir que no âmbito da responsabilidade civil médica ganha especial relevo a teoria da perda de *chance*. A perda de *chance* consubstancia um dano efectivo e autónomo, que se distingue do dano final: morte ou incapacidade grave (por exemplo) resultante de uma dada patologia objecto de tratamento médico. Tal dano “produz-se quando a ação ou omissão do médico «diminui» as possibilidades de tratamento do doente ou tornam impossível a consecução desse resultado” – cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO / TIAGO MACIEIRINHA, *Lições*, p. 300. Para que o dano de perda de *chance* possa ser indemnizado têm de estar preenchidos os demais pressupostos da responsabilidade civil. Para mais desenvolvimentos - cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade*.

terá de ser estabelecida uma ligação entre estes. Assim, não se pretende ressarcir todo e qualquer dano que decorram do facto ilícito e culposo, mas apenas os danos que tenham sido por este realmente provocados.

O nexo causal que se estabeleça entre o facto ilícito e o dano desempenhará, pois, uma “dupla função de «pressuposto» da responsabilidade civil e de «medida» da obrigação de indemnizar”⁸².

O nexo de causalidade pretende, desta forma, atribuir os danos verificados a um dado facto, e simultaneamente medir e avaliar, os danos a reparar.

Podemos considerar que a exigência de preenchimento deste pressuposto da responsabilidade civil resulta dos n.ºs 1 dos artigos 7.º e 8.º do RRCEEEP, na medida em que se referem à imputação dos factos ilícitos aos titulares de órgãos, funcionários e agentes.

A jurisprudência administrativa⁸³ tem analisado este requisito à luz da teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa, proposta por Ennecerus-Lehman. Segundo esta teoria, “o facto que actuou como «condição» do dano só deixará de ser considerado como causa adequada se, dada a sua natureza geral, se mostrar de «todo em todo indiferente» (...) para a verificação do dano, tendo[-o] provocado só por virtude das circunstâncias «excepcionais, anormais, extraordinárias» ou «anómalas», que intercederam no caso concreto”⁸⁴. O que significa que “o juízo de adequação causal tem que assentar numa relação intrínseca entre o facto e o dano, de modo que este decorra como consequência normal e típica daquele, ou seja, que corresponda a uma decorrência adequada do mesmo”⁸⁵.

O nexo de causalidade e a teoria *conditio sine qua non* deverão, em nosso entender, ser objecto de uma interpretação capaz de se adequar às características especiais das situações resultantes de actos médicos lesivos.

Desta forma, o STA afirma que o “nexo de causalidade não exige, pois, a certeza naturalística de que um tratamento atempado e adequado evitaria a morte, mas sim (...) apenas que muito provavelmente a evitaria e, como tal, essa não administração não pode deixar de ser considerada como causa adequada do dano, sendo certo que a probabilidade de o não causar era (...) estatisticamente muito elevada”⁸⁶.

O Direito é chamado a dirimir litígios que envolvem muitas e variadas áreas do saber e da própria sociedade. Para que se possa alcançar uma solução justa as regras jurídicas não poderão ser interpretadas com uma rigidez tal que implique

82. Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito*, p. 605.

83. A título de exemplo – cfr. Acórdão do STA de 25.06.2009, de 12.04.2012, e do TCAN de 25.01.2013, entre outros, pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>.

84. Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª ed., Coimbra, 2005, pp. 890-891.

85. Cfr. Acórdão do STA de 25.06.2009, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

86. Cfr. Acórdão do STA, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

a desconsideração concreta das circunstâncias do caso, que exige da norma uma decisão. A medicina e a investigação clínica alimentam-se e crescem em torno de probabilidades e não de certezas absolutas, pelo que são as primeiras e não as segundas que devem conduzir o juiz na sua apreciação do caso.

Assim, e de acordo com o defendido pelo STA, o nexo de causalidade deverá ser preenchido em razão da elevada probabilidade⁸⁷ de imputação do dano ao acto ou omissão médica ilícita e não, em razão de uma qualquer putativa certeza.

3.3. Responsabilidade por funcionamento anormal do serviço – responsabilidade subjectiva ou objectiva?

O RRCEEEP consagra, pela primeira vez, o conceito de “funcionamento anormal do serviço”, o qual já havia sido incorporado pela jurisprudência administrativa portuguesa, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Foi a partir da jurisprudência francesa, mais concretamente dos acórdãos do Conselho de Estado, que o conceito de *faute du service* proliferou, tendo sido adoptado em Portugal sob a designação de “funcionamento anormal do serviço”.

Segundo o nosso legislador “quando, atendendo às circunstâncias e padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos” (cfr. n.º 4 do artigo 7.º RRCEEEP) ou quando “não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão” (cfr. n.º 3 do artigo 7.º do RRCEEEP) estaremos perante um funcionamento anormal do serviço⁸⁸.

Exemplo típico de uma situação que se poderá subsumir a este contexto será a de “doentes hospitalizados por afecção benigna ou para serem submetidos a operação banal [que] adquirem, após a sua estadia no hospital, sequelas graves”⁸⁹. Uma diferença tal entre a situação inicial e a final possibilitará o apuramento de um funcionamento anormal do serviço.

Assim, o hospital público, dentro do nosso específico objecto de estudo, assumirá de forma directa e exclusiva a responsabilidade, decorrente das circunstâncias em que se verifique que o “serviço no seu conjunto funcionou de modo anormal, seja porque não funcionou em absoluto, seja porque funcionou tardiamente ou, em todo o caso, porque não observou os padrões mínimos de resultado que se

87. O grau de probabilidade exigível não poderá ser demasiado elevado, sob pena de esvaziamento de sentido da tentativa de flexibilização da teoria, e conseqüente negação de protecção ao utente.

88. O conceito em apreço engloba duas situações distintas: “a «culpa colectiva», atribuível a um deficiente funcionamento do serviço, e a «culpa anónima», resultante de um concreto comportamento de um agente cuja autoria não seja possível determinar” – cfr. CARLOS CADILHA, *Regime*, pp. 163-164. A distinção ora exposta não comporta qualquer diferença substantiva de regime.

89. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: culpa do agente ou culpa da organização?*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, pp. 155-156.

lhe impunham”⁹⁰.

Nestas circunstâncias não existirá direito de regresso, uma vez que não será possível imputar a um indivíduo em concreto a dada actuação ilícita e culposa⁹¹.

O legislador impõe a aferição da anormalidade do funcionamento do serviço em função de um critério abstracto. Contudo deverá atender-se ao “«standard» de rendimento médio que seria exigível nas circunstâncias do caso concreto”⁹².

A delimitação concreta do *standard* exigível poderá ter em consideração “as normas internas do serviço, os relatórios e índices de produtividade e quaisquer outros elementos de aferição, [bem como] (...) dados comparativos com serviços congéneres”⁹³.

Porém, “não haverá responsabilidade quando os danos possam ser atribuídos a falta de recursos humanos, materiais ou financeiros”⁹⁴, visto que, a responsabilidade neste caso caberia ao próprio Estado, enquanto pessoa colectiva autónoma, em virtude de deficiências imputáveis à distribuição das dotações orçamentais.

Tendo como ponto de partida o conceito *supra* exposto de “funcionamento anormal do serviço”, ser-nos-á agora possível indagar sobre a natureza jurídica deste conceito.

A maioria da doutrina portuguesa entende que tal regime se insere ainda na responsabilidade civil subjectiva extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas⁹⁵.

Esta facção identifica por um lado uma presunção de ilicitude e, por outro, uma presunção de culpa.

De acordo com Carla Amado Gomes, “[a] falta de serviço – espantosamente – constitui outro campo onde a presunção de culpa leve decorre da ilicitude (artigos 9º/2 e 10º/2), ainda que sem possibilidade de identificação do «culpado»”⁹⁶.

90. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, n.ºs 3 e 4, Artigo 7.º - Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, 2013, p. 218.

91. Este conceito reveste-se de especial importância no domínio da responsabilidade civil pela prestação de cuidados médicos. Nas urgências em virtude do carácter premente que a prestação de cuidados assume e que, pelas suas características, poderá exigir a presença de diversos profissionais de saúde, poderá não ser possível identificar o indivíduo que, em concreto, actuou de forma ilícita e culposa.

92. Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime*, pp. 164-165.

93. Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime*, p. 165.

94. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, n.ºs 3 e 4, p. 223.

95. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, n.ºs 3 e 4, p. 217 e ss.; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado*, Lisboa, 2008, pp. 78 e ss.; CARLA AMADO GOMES, *Três Textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, 2008, pp. 34 e ss., entre outros.

96. CARLA AMADO GOMES, *Três Textos*, p. 35.

Por sua vez, segundo Cabral de Moncada, para além de uma presunção de culpa existe ainda uma presunção de ilicitude⁹⁷.

Todavia, Marcelo Rebelo de Sousa⁹⁸ afirma que a responsabilidade por um funcionamento anormal do serviço, por não envolver um juízo pessoal de censurabilidade não deverá, por isso, ser enquadrada em qualquer uma das modalidades do conceito de culpa. O conceito em análise constitui um “ilícito do serviço e não (...) culpa do serviço (...) [, consubstanciando um] ilícito da pessoa colectiva pública considerada e não de certo serviço não personalizado dentr[o] dela”⁹⁹.

O referido autor caracteriza este tipo de responsabilidade como “responsabilidade objectiva por ilícito do serviço”¹⁰⁰. A sua posição baseia-se no seguinte: “[a] o chamar a si a satisfação colectiva de determinadas necessidades colectivas, o Estado-colectividade está a impor à Administração Pública que exerce a sua função administrativa uma responsabilidade objectiva, baseada apenas na ilicitude”¹⁰¹. Assim terá tido em vista uma “mais forte tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados”¹⁰².

Que conclusões podemos retirar das distintas posições *supra* expostas?

Em nossa opinião não estamos perante uma modalidade de responsabilidade objectiva. O conceito de “funcionamento anormal do serviço” não nos parece passível de enquadramento na “teoria do risco” que fundamenta este regime de responsabilidade. De acordo com a referida teoria, “quem cria ou mantém um risco em proveito próprio, deve suportar as consequências prejudiciais do seu emprego, já que deles colhe o principal benefício”¹⁰³.

A actividade de prestação de cuidados de saúde é uma actividade do Estado desenvolvida única e exclusivamente em proveito do cidadão. O objectivo que se prossegue não é o lucro, mas sim a prossecução do direito fundamental de protecção e promoção da saúde. Quem colhe o principal benefício desta actividade são os cidadãos e não o Estado.

Para além disso, a actividade médica, tendo sido por vezes considerada como perigosa¹⁰⁴, é uma actividade imperiosamente necessária.

97. Assim, considera o autor que “no domínio da responsabilidade pelo funcionamento «anormal» do serviço funciona uma presunção de ilicitude contra as entidades públicas e em termos exclusivos” cfr. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Responsabilidade*, p. 78.

98. Assim como VIEIRA DE ANDRADE - cfr. A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, *RLJ*, n.º 3951, ano 137.º (2008), p. 363.

99. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade*, p. 172.

100. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade*, p. 170.

101. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade*, p. 170.

102. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade*, pp. 170-171.

103. Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, p. 633.

104. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 06.05.2008, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, que identifica a actividade médico-cirúrgica como actividade perigosa.

Assim sendo, seremos forçados a concluir pela natureza do regime *sub judice* como de responsabilidade civil subjectiva. Na verdade, ainda conseguimos vislumbrar, neste regime, um juízo de censura, que assume a forma de uma presunção de culpa não consagrada directamente na lei, mas que se poderá inferir do n.º 2 do artigo 9.º e do n.º 1 do artigo 10.º do RRCEEEP.

O legislador censura a falta de organização e diligência que imputa à pessoa colectiva, a qual não foi capaz de assegurar o funcionamento normal dos serviços que desenvolve, uma vez que no seu seio ocorreram acções ou omissões ilícitas. Considera-se que as circunstâncias do caso concreto constringiam o serviço a ter adoptado uma conduta diferente.

O juízo de censura imputa-se, desta forma, à pessoa colectiva responsável pelo funcionamento do serviço e não ao próprio serviço ou agente, tornando-se aquela, por sua vez, exclusivamente adstrita ao dever de reparação.

Desta forma, o legislador consagrou um juízo de censura *sui generis*, i.e. um juízo “objectivado”¹⁰⁵.

Contudo, entendemos que o regime *supra* descrito não consubstancia uma modalidade de responsabilidade civil subjectiva *tout court*. O juízo de censura objectivado implica que, uma vez verificada a ilicitude¹⁰⁶, que resulta do não cumprimento, pelo serviço, de padrões médios de resultado¹⁰⁷, se conclua automaticamente pela culpa do serviço, ao qual era razoavelmente exigível a adopção de uma conduta diferente.

Assim, a consagração deste regime assume-se como uma importante mais-valia para o utente que apenas terá de provar a ilicitude da actuação do serviço, não sendo necessário que prove a culpa do mesmo. Como não estamos perante uma mera presunção de culpa, a única forma de o hospital poder afastar a aplicação deste regime será mediante a prova de que a actuação ou omissão do serviço não é passível de ser considerada ilícita.

Desta forma, o utente beneficia de um regime mais favorável à sua pretensão, que se ajusta à realidade moderna dos hospitais. Os médicos e outros profissionais de saúde trabalham preferencialmente em equipas, sendo por vezes difícil nomear o responsável pela prática de um determinado acto. Em caso de emergências, o presente regime reveste-se de ainda maior premência, uma vez que os médicos terão de agir de forma mais célere e imediata, não registando, por vezes quais os actos praticados por cada um dos médicos que prestaram auxílio. A jurisprudência administrativa portuguesa tem acolhido a *faute du service* desde 1966¹⁰⁸, tendo já dirimido litígios com base nesta figura muito antes de o legislador a consagrar legalmente, assumido por isso um papel essencial no de-

105. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, Artigo 9.º, p. 250.

106. Cfr. n.º 2 do artigo 9.º do RRCEEEP.

107. Cfr. n.º 4 do artigo 7.º do RRCEEEP.

108. Cfr. Acórdão do STA de 28/11/1966, ADSTA 51 (1966), 321.

envolvimento e adaptação da mesma à realidade portuguesa¹⁰⁹.

4. Considerações Finais

Por fim, cumpre ainda referir qual o prazo de que o utente dispõe para exercer o seu direito à reparação, quando lesado por um qualquer acto médico.

O artigo 5.º do RRCEEEP determina que o direito de indemnização por responsabilidade civil extracontratual do hospital, e do próprio médico, prescreve no prazo de três anos, por remissão para o artigo 498.º do CC.

De acordo com o referido artigo do CC, o prazo de três anos para propositura da acção iniciar-se-á a partir da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora possa desconhecer a pessoa responsável pelos danos causados e, ainda, a extensão integral dos mesmos (n.º 1).

O conhecimento exigível para que se inicie o prazo não é um conhecimento jurídico mas sim um “conhecimento empírico dos pressupostos da responsabilidade pelo lesado concreto, conhecimento [este] que deve potenciar ao lesado o exercício do seu direito”¹¹⁰.

Na eventualidade de o utente ter interposto uma acção de responsabilidade civil¹¹¹ contra o hospital e/ou o médico, e ter obtido uma sentença favorável à sua pretensão, “o direito à efectiva integração no seu património do montante da indemnização só prescreve no prazo de 20 anos a contar do facto danoso”¹¹².

A prescrição consubstancia um facto que impede o exercício de um direito. Assim, se o utente for titular de um direito à reparação dos danos que lhe foram causados e não o exercer dentro do prazo determinado por lei (três anos), não o poderá, em princípio, fazer posteriormente¹¹³.

Em suma, e em razão do exposto ao longo deste artigo, podemos afirmar que o sistema jurídico português dispõe das bases necessárias a uma boa protecção dos

109. Cfr. Acórdão do STA de 12.04.2012 e do TCAN de 22.02.2013, pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>.

110. Cfr. Acórdão do TCAN de 10.08.2010, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

111. Sendo a relação jurídica que se estabelece entre o hospital, o médico e o utente uma relação jurídica administrativa, os tribunais competentes para apreciar os litígios, desta resultantes, são os tribunais administrativos – cfr. n.º 3 do artigo 202.º e do artigo 212.º da Constituição, artigo 1.º e alíneas g) e h) do n.º 1 do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. A acção judicial adequada será a acção administrativa comum, sob a forma de acção de responsabilidade civil – cfr. alínea f) do n.º 2 do artigo 37.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

112. Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime*, p. 122. O *supra* referido regime aplica-se em razão do estatuído pelo n.º 1 do artigo 311.º do CC, que se deve considerar igualmente aplicável ao RRCEEEP.

113. Podem verificar-se situações de interrupção da prescrição (cfr. artigo 323.º e seguintes do CC).

direitos do utente.

Tanto o RRCEEEP, como a legislação avulsa¹¹⁴, estatuem regras que, quando adequadamente interpretadas, são capazes de satisfazer as pretensões reparatorias do utente lesado.

Contudo, será necessário que as referidas regras sejam interpretadas de forma dinâmica e flexível, sem perder de vista o universo de certezas relativas em que se desenvolve a medicina e com o qual se deparam todos os profissionais de saúde.

Uma boa aplicação de tais regras, aliada a uma maior consciência por parte do utente dos direitos de que é titular e da forma adequada para o seu exercício, aumentará por certo a litigância.

Ora, tal aumento terá efeitos sobre os cofres do Estado e, conseqüentemente, sobre os contribuintes, mas essa possibilidade, mesmo em tempos de crise, não poderá constituir um “travão” ao ressarcimento dos danos causados.

A prossecução de um regime de efectiva responsabilização de hospitais e seus médicos deverá funcionar como um incentivo a um melhor desempenho dos serviços de saúde.

Naturalmente, o referido regime poderá potenciar o desenvolvimento de certos inconvenientes, nomeadamente o aparecimento da prática de uma medicina defensiva¹¹⁵.

Porém, e tendo em conta o diminuto volume de acções propostas em Portugal em comparação com outros países (nomeadamente com os E.U.A.), e o facto de que o ónus da responsabilidade recairá, na maioria das vezes, sob os hospitais públicos (em razão da difícil prova de culpa grave ou dolo dos médicos), somos da opinião que tal inconveniente não prosperará, de forma a criar obstáculos a uma jurisprudência mais numerosa e protectora dos direitos do utente.

Num futuro em que a crise faça parte do passado, talvez possamos almejar a sistema ainda mais eficazmente protector dos direitos do utente, *i.e.* um sistema *no fault*.

No âmbito do sistema *no fault*, já ensaiado pela Nova Zelândia, Suécia, Finlândia e Dinamarca, as indemnizações são concedidas de forma célere aos pacientes lesados, através de mecanismos internos do hospital e sem custos para o utente lesado¹¹⁶.

114. Veja-se nomeadamente, legislação relativa a ensaios clínicos, à doação de órgãos e tecidos em vida e à exposição de pacientes a radiações.

115. O “conceito de medicina defensiva refere-se a práticas médicas realizadas apenas com o objectivo de evitar acções de responsabilidade por má prática ou com o fim de conseguir uma defesa no caso de uma acção ser proposta.” – cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, Responsabilidade Médica e Medicina Defensiva, in *Estudos de Direito da Bioética*, III, Coimbra, 2009, p. 171.

116. Cfr. CARLA GONÇALVES, *A Responsabilidade*, p. 195.

O utente lesado apenas tem de preencher um formulário de reclamação, disponibilizado pelo próprio hospital. Posteriormente, a companhia de seguros, para quem os hospitais transferem a sua responsabilidade, decide se o paciente deverá ou não ser indemnizado. Tal decisão terá em consideração o preenchimento de certos requisitos (*i.e.* apreciação da inevitabilidade do dano e nexo de causalidade). Caso a seguradora indefira a pretensão do paciente, este poderá recorrer da decisão para o órgão do hospital responsável pela reavaliação de tais decisões.

Desta forma o particular que, em princípio necessitará do montante indemnizatório para fazer face a despesas prementes, conseguirá de forma mais célere a reparação dos danos causados. Contudo, reserva-se ainda a possibilidade de interpor uma acção junto do tribunal, se considerar que tem direito a uma indemnização mais avultada¹¹⁷, em razão da gravidade da conduta dos profissionais de saúde e/ou da severidade das consequências que de tal advieram.

Existe todo um universo por descobrir e que carece de desenvolvimento jurisprudencial e doutrinal – a responsabilidade civil dos médicos e dos hospitais públicos.

117. Nos sistemas *no fault* os patamares indemnizatórios não são muito elevados. Para mais desenvolvimentos - cfr. CARLA GONÇALVES, *A Responsabilidade*, pp. 179 e ss.