

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO  
Universidade de Lisboa

*O Ónus da Prova na  
Responsabilidade Civil Médica*

**Kylie Michelle Cardoso Barra**

MESTRADO EM DIREITO  
CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

2014

*O Ónus da Prova na  
Responsabilidade Civil Médica*

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO  
Universidade de Lisboa

*O Ónus da Prova na  
Responsabilidade Civil Médica*

**Kylie Michelle Cardoso Barra**

*Dissertação orientada pelo Prof. Doutor Miguel Teixeira de  
Sousa*

MESTRADO EM DIREITO  
CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

2014

# Agradecimentos

Em primeiro lugar quero agradecer ao meu orientador, Sr. Professor Doutor Miguel Teixeira de Sousa, pela disponibilidade e orientação que me prestou.

Em segundo lugar, à minha mãe por toda a sua persistência.

De seguida, à família que me apoiou.

E finalmente, às minhas amigas pela companhia e dedicação.

*This is the way physicians mend or end us,  
\_Secundum artem: but although we sneer  
In health--when ill, we call them to attend us,  
Without the least propensity to jeer;*

Lord George Gordon Byron. *Don Juan* (Canto X, st.42)

# Índice

ABREVIATURAS.....	10
Resumo.....	11
Abstract .....	12
CAPÍTULO I – RAZÕES DE ORDEM .....	13
1. Notas Introdutórias. Exposição do tema.....	13
CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL DENTRO DA MEDICINA .....	17
1. Considerações iniciais sobre a responsabilidade civil médica .....	17
2. Pressupostos da responsabilidade civil médica .....	18
2.1. Facto.....	19
2.2. Illicitude.....	19
2.3. Culpa.....	21
2.4. Dano .....	24
2.5. Nexo Causal.....	27
CAPÍTULO III – MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE CIVIL APLICÁVEIS AOS ACTOS CENSURÁVEIS DO MÉDICO.....	30
1. Enquadramento da questão.....	30
2. Responsabilidade contratual e extracontratual inserida no âmbito da actividade médica.....	31
2.1. Problema do concurso das responsabilidades.....	38
3. Obrigação de resultados e obrigação de meios .....	41
CAPÍTULO IV – A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL DO MÉDICO .....	48
1. Conceito e características dos contratos de prestação de serviços médicos .....	48
2. Modalidades de contratos de prestação de serviços médicos .....	49
3. O objecto da relação obrigacional .....	52
3.1. Razão de ordem .....	52
3.2. Obrigação de tratamento.....	52

3.3. Obrigações acessórias .....	53
4. Incumprimento das obrigações contratuais .....	54
CAPÍTULO V – SISTEMA PROBATÓRIO TRADICIONAL E A SUA APLICAÇÃO NAS ACÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA .....	
1. Conceito e objecto da prova .....	57
2. Ónus da prova. Ónus da prova objectivo e subjectivo.....	60
3. O regime do ónus da prova na responsabilidade contratual.....	64
CAPÍTULO VI- ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE O ÓNUS DA PROVA EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA .....	
1. Considerações iniciais .....	66
2. A questão da prova da culpa abordada pela doutrina portuguesa .....	66
2.1. Primeira teoria – a não aplicabilidade da presunção de culpa .....	66
2.2. Segunda teoria – a aplicabilidade da presunção de culpa .....	68
2.3. Terceira teoria – na obrigação de meios não se presume a culpa, na obrigação de resultados presume-se.....	69
2.4. Quarta teoria – na obrigação de resultados presume-se a culpa, ilicitude e o nexo de causalidade, na obrigação de meios presume-se a culpa.....	72
CAPÍTULO VII – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O ÓNUS DA PROVA EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA .....	
1. Tipologia dos critérios jurisprudenciais na questão do ónus da prova.....	74
1.1. Primeira teoria .....	75
1.1.1. Críticas aos critérios jurisprudenciais da primeira teoria.....	76
1.2. Segunda teoria .....	78
1.2.1. Críticas aos critérios jurisprudenciais da segunda teoria.....	80
1.3. Terceira teoria .....	82
1.3.1. Críticas aos critérios jurisprudenciais da terceira teoria.....	83
1.4. Quarta teoria.....	84
1.4.1. Críticas aos critérios jurisprudenciais da quarta teoria.....	85
2. Conclusões finais .....	86

CAPÍTULO VIII – MECANISMOS ALTERNATIVOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS QUE VISAM SIMPLIFICAR A ACTIVIDADE PROBATÓRIA NAS ACÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. ....	88
1. Considerações iniciais .....	88
2. Prova de primeira aparência .....	89
2.1. Conceito, caracterização e fundamento .....	89
2.2. Defensores da aplicação da figura .....	93
2.3. Críticas à teoria da prova de primeira aparência .....	95
3. Teoria da esfera dos riscos .....	97
3.1. Conceito, caracterização e fundamento .....	97
3.2. Defensores da aplicação da figura .....	100
3.3. Críticas à teoria da esfera dos riscos .....	103
4. Teoria da perda de uma chance .....	105
4.1. Conceito, caracterização e fundamento .....	105
4.2. Defensores da teoria .....	110
4.3. Críticas à teoria da perda de uma chance .....	112
5. Teoria da inversão do ónus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor .....	115
5.1. Conceito, caracterização e fundamento. ....	116
5.2. Defensores da teoria .....	119
5.3. Críticas à teoria da inversão do ónus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor .....	120
6. Considerações finais .....	122
CAPÍTULO IX – POSIÇÃO ADOPTADA PARA A QUESTÃO DO ÓNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA .....	125
1. Considerações iniciais .....	125
2. Caracterização, fundamento e funcionamento da teoria adoptada .....	126
3. Aplicabilidade prática .....	130
3.1. Vantagens .....	133
3.2. Desvantagens .....	134

4. Conclusões finais .....	135
CAPÍTULO X - CONCLUSÕES .....	137
Bibliografia .....	143

# ABREVIATURAS

Art. – Artigo

C.C – Código Civil Português

C.P.C – Código de Processo Civil

C.R.P – Constituição da República Portuguesa

HIV – Human immunodeficiency vírus

N.º - Número

SNS – Serviço Nacional de Saúde (PT)

## Resumo

Assiste-se a um aumento significativo do número de acções de responsabilidade civil médica intentadas nos nossos tribunais, o que lhe tem conferido uma crescente relevância actual. Não obstante o aumento significativo das demandas judiciais sobre a responsabilidade civil médica, poucas são as acções cujo desfecho é favorável ao doente. Razões justificativas encontramos-las, por um lado, na assimetria relacional existente entre o doente e, por outro lado, na dificuldade de que se reveste o cumprimento do ónus da prova processualmente exigida ao mesmo.

Por isso, torna-se valiosa a reflexão acerca da responsabilidade civil médica, e da questão do ónus da prova nesta matéria. Atentámos à distribuição do ónus da prova e à aplicabilidade ou inaplicabilidade da presunção legal de culpa em sede contratual. Para o efeito analisámos as múltiplas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se debruçaram sobre tal questão, bem como a alguns casos concretos.

Examinámos ainda os mecanismos alternativos doutrinários e jurisprudenciais criados para aligeirar a difícil tarefa probatória que incumbe ao doente, de forma a encontrar uma solução justa e eficiente a ser adoptada pelos nossos tribunais, aquando da apreciação das acções de responsabilidade civil médica.

**PALAVRAS CHAVE:** Responsabilidade Civil, Responsabilidade Civil Médica, Ónus da Prova, Presunção Legal de Culpa.

## **Abstract**

We have been witnessing a significant increase in the number of medical liability actions brought to our courts. Despite this significant growth, few lawsuits have had a favourable outcome for the patient. Reasons for this are firstly due to the disparity existing between the parties and secondly, the fact that the burden of proof lies with the patient.

This dissertation has the purpose of reflecting on medical liability and on the burden of proof in legal processes. An analysis was performed in order to understand who should bear the burden of proof and whether the presumption of guilt should be applied. For this reason multiple legal theories and court rulings were analysed.

Finally, we also researched some alternative theories that were created so as to facilitate the burden of proof which is the patient's responsibility, in pursuit of a solution which could be accepted by our courts when assessing medical liability lawsuits.

**KEYWORDS:** Civil Liability, Medical Malpractice Civil Liability, Burden of Proof, Legal Presumption of Guilt.

# CAPÍTULO I – RAZÕES DE ORDEM

## 1. Notas Introdutórias. Exposição do tema

A figura da responsabilidade civil médica constitui, atenta as suas características peculiares, um enorme desafio para os operadores do direito. A actividade profissional do médico é exercida sobre a vida e a integridade física e moral do doente, que representam bens jurídicos invioláveis e inerentes à própria dignidade humana do paciente. O que, por sua vez, sobrecarrega o profissional de saúde com a manifesta responsabilidade de preservação destes bens jurídicos aquando da execução do procedimento médico.

A medicina é imprecisa e repleta de incerteza e aleatoriedade. Portanto, sempre poderá suceder que não exista uma resposta cientificamente idónea para a solução de um determinado caso concreto. Atenta a necessidade de evolução da medicina, poderá existir uma certa margem de risco para o paciente perante determinados procedimentos médicos ainda não cientificamente comprovados e com resultados incertos.

Destarte, um resultado nefasto sobre a saúde do doente pode ter sido causado por outras razões que não a conduta adoptada pelo médico. Aliás, o resultado encontra-se muitas vezes dependente da idiosincrasia do paciente e das particularidades da patologia deste. O factor reaccional do paciente exerce uma grande influência no resultado. Sendo que é perante este contexto complexo que as partes se apresentam na demanda.

Por um lado, temos o paciente, o sujeito que se encontra debilitado porque física e mentalmente perturbado devido à sua patologia e dependente do sucesso do acto médico para recuperar a saúde. Este apresenta-se em juízo como um leigo, sem quaisquer conhecimentos na área da medicina, da técnica usada pelo médico no tratamento adoptado, sem acesso aos registos efectuados por aquele ao longo das consultas e muitas vezes, sem conhecimento dos actos médicos a que foi submetido, pois pode encontrar-se num estado de inconsciência (constitui exemplo o doente anestesiado por ter sido submetido a uma intervenção cirúrgica). Aliada a estas circunstâncias encontra-se ainda, atenta a frequente ausência de colaboração do médico,

a dificuldade do doente em aceder a importantes meios de prova, como a ficha clínica, estudos, resultados de exames, radiografias, entre outros.

Ademais, devido à falta de conhecimentos e preparação técnico-científica do doente, assume notória importância a prova pericial apta a esclarecer as consequências do acto médico praticado para a produção do prejuízo sofrido. Sucede porém, que comumente existe uma falta de colaboração dos peritos especializados na matéria controvertida devido à solidariedade existente entre os colegas de profissão - “*Os meus Colegas serão meus irmãos*”<sup>1</sup>.

Acresce a estas dificuldades a complexa tarefa probatória que incumbe ao doente. Todos os pressupostos da responsabilidade civil têm de ser demonstrados pelo doente, na medida em que representam factos constitutivos do direito alegado por este, nos termos do artigo 342.º do C.C. (excepto o pressuposto de culpa em sede de responsabilidade civil contratual, que se presume). Ora, para que a sua pretensão indemnizatória seja julgada procedente, terá o doente de carrear para o processo factos que demonstrem cada um dos pressupostos da responsabilidade civil. Traduz-se numa difícil tarefa que, na grande maioria das vezes, significa o insucesso da pretensão do doente.

Perante esta regra da repartição do ónus da prova, permite-se que o profissional adopte uma atitude passiva, negando qualquer colaboração na fixação da matéria factual ou no esclarecimento da factualidade em apreciação. Como raras são as vezes que o doente consegue realizar a prova de todos os pressupostos da responsabilidade civil, o médico poderá assumir uma posição de inércia processual, limitando-se a contestar o pedido do doente, pois quem corre o risco de falta de prova será o doente (artigo 414.º do C.P.C).

Por outro lado, temos o médico, um profissional prestador de assistência médica, dotado de conhecimentos e preparação técnico-científica na área da medicina.

O médico é quem escolhe o procedimento a adoptar para a situação clínica do doente e, caso a escolha venha a surtir resultados nefastos, será devido ao seu comportamento desvalioso que o doente intenta a acção de responsabilidade civil

---

<sup>1</sup> Juramento de Hipócrates - fórmula de Genebra adoptada pela [Associação Médica Mundial](https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=67e103b0761e60683e83c559be18d40c&id=6b8b8e3bd6ad94b985c1b1f1b7a94cb2), em 1983.  
Fonte: <https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=67e103b0761e60683e83c559be18d40c&id=6b8b8e3bd6ad94b985c1b1f1b7a94cb2>.

médica. É a parte que tem o domínio sobre a actividade médica prestada, encontrando-se o doente dependente do sucesso dessa prestação para obter o tratamento de que carece.

Além disso, o médico terá em seu poder um leque de elementos (ficha clínica, estudos, resultados de exames, radiografias, entre outros) que poderão desempenhar uma importante função probatória, bem como importantes informações que, conjugadas com a preparação técnica do profissional de saúde, facilitam a sua tarefa probatória<sup>2</sup>.

Por fim, note-se que o objecto da prestação médica consiste no corpo humano e, por isso, a sua actividade para além de ser complexa, encontra-se sujeita a riscos que, muitas vezes, escapam ao seu controle, ainda que tenha actuado de forma diligente. Motivo pelo qual, a natureza da obrigação assumida pelo médico, em regra, traduz-se numa obrigação de meios, porquanto raras são as situações em que este poderá garantir o resultado pretendido, pelo doente.

É perante este panorama de desequilíbrio relacional entre as partes que o julgador terá de tomar uma decisão numa acção de responsabilidade civil médica.

A natureza particular da prestação do médico, a particularidade do pressuposto da culpa no âmbito da responsabilidade contratual, a dificuldade de prova do pressuposto ilicitude e do nexo de causalidade por parte do lesado, o carácter conjectural da ciência médica em conjunto com a distribuição do ónus da prova têm justificado, por parte da doutrina e da jurisprudência, a procura de soluções que protejam o doente na lide. Não obstante, as propostas doutrinárias e jurisprudenciais ainda não são consensuais e proclamam orientações díspares para a questão do ónus da prova.

Foi precisamente sobre esta questão que nos debatemos afincadamente. Primeiramente debruçámo-nos sobre o regime especial da responsabilidade civil por culpa médica e todos os seus trâmites. De seguida abordámos de forma geral, o sistema probatório convencional para melhor compreender o seu funcionamento na área da medicina. Como questão fulcral do presente trabalho, atendemos ao quadro probatório em sede de responsabilidade civil médica e às soluções apresentadas pela doutrina e

---

<sup>2</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Vol. 15, Coimbra Editora, 2008, pp. 170 – 171.

pela jurisprudência para a questão do ónus da prova no regime da responsabilidade contratual, tendo para este efeito procedido à análise de casos concretos.

Por fim, atendemos aos mecanismos alternativos criados, pela doutrina e pela jurisprudência, para facilitar a tarefa do lesado na demonstração em juízo dos factos que subjazem aos pressupostos da responsabilidade do lesante, mormente no que concerne à culpa deste, bem como quanto ao nexo de causalidade entre a conduta do lesante e o prejuízo sofrido pelo lesado. Estes mecanismos de aligeiramento incidem no plano probatório, e traduzem-se nos seguintes: (i) prova *prima facie*, (ii) a teoria da esfera dos riscos (iii) a teoria da perda de uma chance e (iv) a inversão do ónus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor.

Considerámos a eficiência ou ineficiência prática de tais mecanismos como instrumentos a ser usados pelos nossos Tribunais. No final, apresentámos a posição por nós adoptada relativamente à matéria da distribuição do ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica.

## **CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL DENTRO DA MEDICINA**

### **1. Considerações iniciais sobre a responsabilidade civil médica**

Quando se começou a ponderar a hipótese de o médico vir a responder pela prática dos seus actos, esta não foi aceite de forma unânime. Havia quem defendesse a irresponsabilidade do médico, justificando tal pensamento com as consequências nefastas que a responsabilidade profissional traria para a evolução da Medicina e do progresso do médico, na medida em que a atitude do profissional mudaria, evitando correr riscos, por vezes necessários, advindo daí prejuízos para o paciente. Baseavam-se ainda, na existência da dificuldade probatória em sede desta matéria e na presunção de idoneidade conferida com o diploma universitário.

Esta teoria foi facilmente refutada com a fundamentação de que a presunção de competência conferida pelo diploma universitário desabarará se houver sido praticado um acto médico culposo e danoso, bem como de que o exercício da profissão médica, atendendo aos valores em causa, como o são a vida e a integridade física, não se coaduna com os privilégios de irresponsabilidade por danos do profissional.

Acresce a isto o facto de a responsabilização do médico não constituir um entrave para o progresso da medicina, pois, ao invés do que os doutrinadores contrários à admissibilidade desta figura defendiam, serviria para impeli-la na procura de novos e menos falíveis meios de diagnóstico e tratamento.

Destarte, destituindo-se de qualquer valor os argumentos da tese de irresponsabilidade, é hoje comumente aceite que o médico responde pela prática dos seus actos que venham a produzir danos ao seu paciente, devendo ser responsabilizado se não tiver agido de modo correcto, com o devido zelo e diligência exigível para o exercício da profissão.

Aceite a figura da responsabilidade profissional do médico, diga-se que esta pode assumir relevância jurídica em três dimensões.

Em primeiro lugar, poderá desencadear a responsabilidade penal, que nasce da circunstância de o médico praticar um acto no exercício de funções que viole um bem que merece dignidade penal, e, por conseguinte, esteja tipificado na lei penal.

Em segundo lugar, pode surgir responsabilidade disciplinar, caso o profissional viole os estatutos próprios do estabelecimento onde se encontre a laborar.

Por fim, nasce a responsabilidade civil, caso o médico, no exercício das suas funções, pratique actos que causem danos a outrem, e que conduzam a uma obrigação de indemnizar nos termos da lei civil<sup>3</sup>.

É nesta última vertente da responsabilidade que iremos centrar a presente investigação, ou seja, na responsabilidade civil do médico e nas respectivas vicissitudes, quer a nível substantivo, quer a nível processual.

A responsabilidade civil surge da prática de um acto ilícito que pode abranger quer a falta de cumprimento das obrigações inerentes a um contrato, de negócios unilaterais ou da lei e que consubstancia a responsabilidade contratual, quer a violação de direitos absolutos ou de uma norma legal destinada a proteger interesses alheios e que por sua vez origina a responsabilidade extracontratual<sup>4</sup>.

## **2. Pressupostos da responsabilidade civil médica**

Tratar-se-á no presente capítulo dos pressupostos da responsabilidade civil no âmbito da responsabilidade civil médica.

Os elementos constitutivos nos dois regimes da responsabilidade civil, na responsabilidade civil contratual e na responsabilidade civil extracontratual são idênticos, na medida em que, quer tenha havido uma violação do contrato celebrado entre médico e doente, quer uma violação de um direito absoluto, os pressupostos para fazer nascer uma obrigação de indemnizar são os mesmos, isto é, o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

---

<sup>3</sup> Cfr. GASPAR, António Henriques Silva, «A responsabilidade civil do médico» in *Colectânea de Jurisprudência*, 1978, pp.337-341.

<sup>4</sup> Cfr. MONTEIRO, Jorge F. Sinde, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983, pp. 8-9.

É por isso que a análise que se fará dos pressupostos no âmbito da responsabilidade civil do médico vale para as duas modalidades referidas, apenas com algumas diferenças de regime que adiante elencaremos.

## **2.1. Facto**

Para que se possa accionar a figura da responsabilidade civil médica necessário é que seja praticado um facto, que se consubstancia num acto humano idóneo a originar uma obrigação de indemnizar. O facto praticado tem de ser controlável pela vontade do médico e, portanto, voluntário<sup>5</sup>, exteriorizando-se através de uma acção ou omissão que terá consequências jurídicas sobre o estado do paciente.

O facto é representado pela conduta do médico que, por sua vez, é representada pelo tratamento aplicado ao doente através de exames, cirurgias, exames laboratoriais, entre outros procedimentos médicos.

A prova do pressuposto não representa particular dificuldade e incumbe ao doente.

## **2.2. Ilícitude**

Para além da verificação do facto voluntário, é necessário que esse facto praticado seja ilícito e que seja visto pelo nosso ordenamento jurídico de forma censurável.

O presente pressuposto significa em sede de responsabilidade extracontratual, a violação de um direito absoluto ou a violação de uma norma destinada a proteger interesses do doente, conforme o n.º 1 do artigo 483.º do C.C., o qual consagra a regra geral de responsabilidade civil aquiliana e, mais especificamente, as duas formas de ilicitude que necessitarão de estar verificadas para que surja a obrigação de indemnizar na esfera jurídica do lesante<sup>6</sup>. Dentro desta modalidade cabem as situações que revelem,

---

<sup>5</sup> Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, 5ª edição, Almedina, 1991, pp. 447-449.

<sup>6</sup> Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, ob. cit., pp. 450-452.

uma violação de um direito à vida e à integridade física e psíquica do paciente e, ainda, a violação de normas deontológicas que assumam a qualificação de normas de protecção.

Um acto médico estará viciado de ilicitude na exacta medida em que se verifique, efectivamente, um resultado nefasto para a situação clínica do doente, acompanhado da preterição da *legis artis*. O conceito de *legis artis* assume notória relevância no âmbito deste pressuposto pois servirá como critério para aferir se o acto médico praticado padece ou não de ilicitude.

Em conformidade, JOÃO ÁLVARO DIAS<sup>7</sup> defende que o artigo 150.º do Código Penal deve constituir um critério geral para a afirmação ou não de ilicitude no caso concreto, na medida em que dispõe o seguinte:

*“as intervenções e tratamento que, segundo o estado de conhecimentos e da experiência da medicina, se mostram indicados e foram levados a cabo, de acordo com as legis artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física”.*

Com base neste critério, só existirá uma lesão ilícita, para efeitos do n.º 1 do artigo 483.º do C.C, se o profissional de saúde praticar um qualquer acto médico sem a observância da *legis artis* (conjunto de regras da arte médica, isto é, regras que a ciência médica reconhece como as adequadas para a prática de um determinado acto clínico). Ou seja, deverá ser adoptado o critério da conformidade com a *legis artis* para averiguar a licitude ou ilicitude da intervenção do médico.

Deverá, assim, ter-se como acto médico ilícito a violação de um norma legal, regulamentar ou estatutária que regule a relação contraída entre o médico e o doente, na medida em que estabelece deveres concretos para o médico e elenque os comportamentos que devem ser tidos como proibidos.

No âmbito da responsabilidade contratual, a ilicitude traduzir-se-á no incumprimento ou no cumprimento defeituoso das obrigações a que o médico se

---

<sup>7</sup> Cfr. DIAS, João Álvaro, «Procriação assistida e responsabilidade médica», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1996, pp. 274.

vinculou aquando da celebração do contrato com o doente, nos termos do artigo 798.º do C.C.

Atendendo à natureza da responsabilidade médica no campo da responsabilidade obrigacional, sempre se dirá que o conceito de não cumprimento ou de mora no cumprimento das obrigações tem rara aplicabilidade, na medida em que poucas são as acções intentadas contra o médico com fundamento de que este não curou a enfermidade do doente ou demorou a efectuar a devida prestação. Cingimo-nos, por isso, ao cumprimento defeituoso da prestação.

O cumprimento da obrigação é defeituoso sempre que exista uma desconformidade entre as obrigações assumidas e devidas pelo médico e as que foram efectivamente realizadas pelo profissional de saúde.

Sendo que as obrigações do médico são tidas como devidas caso estejam em conformidade com as regras gerais da ciência médica (ou *legis artis*) que, por sua vez, prevêm as condutas médicas diligentes que poderão ser esperadas de um bom profissional da medicina. Caso ocorra um distanciamento entre a conduta efectivamente adoptada pelo profissional e estas obrigações devidas, configurar-se-á a ilicitude do acto, dando azo a uma pretensão indemnizatória.

A prova deste pressuposto é de difícil realização e fica a cargo do lesado, mediante a demonstração de que o comportamento censurável do médico se distanciou das regras gerais da ciência médica esperadas de um profissional competente colocado na mesma situação de tempo, modo e condição.

### **2.3. Culpa**

A culpa pode ser definida, em termos gerais, como o juízo de censura ao agente por ter praticado uma determinada conduta quando, segundo um comando legal, estaria obrigado a adoptar conduta diversa. Deve, por isso, ser entendida como a omissão da diligência que seria exigível ao agente, segundo o padrão de conduta que a lei impõe<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 7ª Edição, Almedina, 2008, 315-316.

Destarte, transmutando o conceito para o campo da actividade médica, a culpa consiste no juízo subjectivo, direccionado ao médico, censurando-lhe a conduta por defeito de vontade ou de competência. Agir culposamente significa que o profissional agiu de tal forma que a sua conduta deva ser pessoalmente censurável, dado que, perante as circunstâncias concretas de cada caso, o médico devia e podia ter actuado de modo diferente<sup>9</sup>.

Comummente o médico não age com a intenção de lesar os direitos do doente, ou seja, não age com dolo nas suas diversas modalidades, porquanto raros são os casos em que o facto ilícito ou a violação contratual praticada pelo médico é intencional, atenta a sua formação ética e cultural. Em regra, os comportamentos tidos por aquele ser-lhe-ão imputados a título de mera culpa ou negligência<sup>10</sup>.

Pelo exposto, trataremos somente dos casos nos quais os actos médicos são praticados com mera culpa ou negligência, assumindo, nesse campo, grande relevo o conceito de “erro médico”, dentro do qual a doutrina distingue entre “erro de diagnóstico” e “erro de terapêutica”<sup>11</sup>.

O diagnóstico corresponde à averiguação da doença de forma geral, sendo elaborado através de um exame ao doente. Traduz-se numa mera probabilidade, numa simples hipótese da existência de sintomas do doente, por isso só uma notória falta de competência por parte do médico pode originar responsabilidade por erro de diagnóstico. Entende-se que, caso os meios utilizados pelo médico (técnica seguida, exames radiológicos pedidos, entre outros) sejam usados frequentemente por outros médicos, este não deverá ser responsabilizado por erro de diagnóstico, na medida em que a técnica usada seria igualmente seguida por outros profissionais da mesma área, colocados na posição do médico que actuou.

No que concerne aos erros de terapêutica, deverá ser utilizado este último critério, com a ressalva de que o acto médico tem de ser direccionado para a obtenção da cura através dos melhores tratamentos, mas sem que a mesma tenha de ser obtida.

---

<sup>9</sup> Cfr. GASPAR, António Silva Henriques, ob. cit., pp. 344.

<sup>10</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp.125-126.

<sup>11</sup> Cfr. RODRIGUES, Álvaro Da Cunha Gomes, «Reflexões em torna da responsabilidade civil dos médicos» in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XIV, Tomo II, 2000, pp. 206-208.

O pressuposto da culpa verifica-se caso o médico omita a diligência e competência que lhe são exigíveis, ou seja, se se verificar um desvio na sua actuação em comparação com um modelo de comportamento que devia ter sido observado. Esse desvio pode expressar-se de três maneiras: (i) negligência como uma omissão de cuidados devidos, (ii) imprudência como a adopção de condutas impróprias e (iii) ainda imperícia como a falta de capacidade técnica e falta de conhecimento na área da ciência<sup>12</sup>.

O critério legal para a apreciação da culpa, presente no nosso ordenamento jurídico, corresponde à “diligência do bom pai de família”, nos termos do n.º 2 do artigo 487.º e n.º 2 do artigo 799.º do C.C, que remete para o primeiro artigo<sup>13</sup>.

Este critério adaptado à responsabilidade médica<sup>14</sup> funcionará como médico médio, e no caso de a actividade ser exercida por um especialista da área, ter-se-á em conta o critério do especialista normalmente diligente. Deverá atender-se, aquando a utilização do critério, se o acto médico foi praticado por um médico generalista ou por um médico especialista, um médico experiente ou um recém-licenciado, se actua num meio rural ou num grande centro urbano, na medida em que variará o âmbito de exigência conforme o sujeito actuante, visto que os conhecimentos e aptidões exigíveis variam consoante a preparação dos mesmos. Por exemplo, é aceitável que um médico especialista deva ter cuidados especiais que, se omitidos pelo médico generalista no tratamento de doenças do foro da especialidade daquele, poderão vir a ser desculpabilizados.

Após se atender às características do profissional, dever-se-á ainda ter em conta as circunstâncias temporais, espaciais e instrumentais em que o acto médico foi praticado, visto que a parte final do n.º 2 do artigo 487.º do C.C. refere “*em face das circunstâncias de cada caso*”. Ou seja, deverá atender-se à maior ou menor urgência da intervenção, à gravidade do estado de saúde do doente, ao risco da intervenção, aos utensílios e maquinismos ao dispor do profissional e à cooperação de outros profissionais.

---

<sup>12</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 126-132.

<sup>13</sup> Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, ob. cit., pp. 470-471.

<sup>14</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 07A3426, de 27.11.2007, Relator Rui Maurício, fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) - “A responsabilidade civil, em qualquer dos casos, assenta na culpa, a qual é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso, conforme preceitua o n.º 2 do art. 487.º, aplicável à responsabilidade contratual ex vi n.º 2 do art. 799.º, ambos do Código Civil.”

Noutras palavras, o conceito de culpa à luz do aludido critério, traduzido para a matéria da responsabilidade civil médica, será aferida pelo zelo, qualidades e discernimento que em cada caso concreto teria tido um médico normalmente diligente, cuidadoso, sem ter de ser demasiadamente competente, mas que alcance pelo menos o nível médio dos da sua classe profissional<sup>15</sup>.

A responsabilidade civil médica assenta numa responsabilidade subjectiva, de acordo com o artigo 483.º e 798.º do C.C, rejeitando-se a responsabilidade objectiva nesta matéria<sup>16</sup>. Por causa disso, encontra-se dependente da alegação e demonstração de culpa do profissional, pois que só recairá sobre o mesmo um dever de indemnização caso seja provada a sua verificação. A questão da prova de culpa assume especial relevância e será analisada adiante neste trabalho.

## 2.4. Dano

Requisito da existência de responsabilidade civil é a verificação de um dano ou prejuízo a ser ressarcido. Logo, o facto ilícito e culposo só determina responsabilidade caso venha a causar um dano a terceiro<sup>17</sup>.

O dano traduz-se na violação de qualquer interesse juridicamente protegido pelo ordenamento jurídico, correspondendo à lesão de um bem jurídico tutelado pelo direito. Noutras palavras, traduz-se na frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica<sup>18</sup>.

No campo da responsabilidade civil médica, o pressuposto do dano não se distancia do dano em geral, isto é, para que o dano seja indemnizável é necessário que preencha os mesmos requisitos que terão que estar verificados em sede geral, nomeadamente a certeza - apenas o prejuízo certo poderá ser reparado e não o mero prejuízo possível ou eventual, a alienidade – os prejuízos imputados terão que ser

---

<sup>15</sup> Cfr. GASPAR, António Silva Henriques, ob. cit., pp. 344.

<sup>16</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 209/06.3TVPR.T.P1.S1, de 15.12.2011, Relator Gregório Silva Jesus, fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) - “No que toca à responsabilidade civil médica não prevê a nossa lei casos de responsabilidade objectiva ou de responsabilidade por factos ilícitos danosos, tão só admite a responsabilidade contratual e a extracontratual ou aquiliana”.

<sup>17</sup> Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, ob. cit., pp. 476-477.

<sup>18</sup> Cfr. LEITÃO, Luís Menezes, ob. cit., pp. 335.

alheios, que apresente um mínimo de gravidade ou valor<sup>19</sup>, que tenha subsistência no momento da reparação, que seja directo, imediato e injusto.

As espécies de dano são igualmente semelhantes. Nesta perspectiva, a prática de um acto médico ilícito e culposo é susceptível de causar uma multiplicidade de danos de distinta natureza, quer patrimoniais, quer não patrimoniais.

Dentro do leque de danos patrimoniais, encontram-se os danos emergentes, que se traduzem nos danos que vieram a ser desencadeados pela prática de um determinado acto de terceiro (por exemplo as despesas resultantes dos tratamentos sucessivos a que o doente tenha de ser submetido e os fármacos que tenha de adquirir), bem como os lucros cessantes, que correspondem aos montantes que o lesado deixou de auferir devido à prática de um acto ilícito (por exemplo a hipótese de a deficiência originada afectar a capacidade laboral do doente e, por conseguinte, prejudicar o seu desempenho profissional).

No que respeita aos danos não patrimoniais (como são as dores físicas e sofrimentos morais, nomeadamente a amargura, a perturbação, o desgosto e a ansiedade), é actualmente aplaudido pela doutrina dominante a existência de um princípio da ressarcibilidade no âmbito da responsabilidade médica<sup>20</sup> e da responsabilidade civil em geral<sup>21</sup>, previsto no artigo 496.º do C.C, aplicável aos dois regimes de responsabilidade - quer à contratual, quer à extracontratual - apesar da inserção sistemática da norma no Código Civil.

JOÃO ÁLVARO DIAS<sup>22</sup> elenca os danos morais susceptíveis de ser reparados e compartimenta-os em diferentes categorias: ataques directos aos direitos morais de personalidade (direito à intimidade privada, direito à imagem, direito ao nome, direito à honra, entre outros); danos morais inerentes à violação formal de um direito subjectivo; e, por fim, consequências não económicas dos ataques à integridade física ou à vida. Por assumir esta última uma grande importância em sede da responsabilidade médica, G.

---

<sup>19</sup> Cfr. JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, 1995, pp. 385-388.

<sup>20</sup> Cfr. DIAS, João Álvaro, ob. cit. pp. 387-391; RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, ob. cit., pp.210 e DIAS, J. Figueiredo e MONTEIRO, Sinde, «Responsabilidade médica em Portugal» in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1994, pp. 42.

<sup>21</sup> Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, ob. cit., pp. 483-487.

<sup>22</sup> Cfr. DIAS, João Álvaro, ob. cit., pp. 388-389.

VINEY<sup>23</sup> reparte-a em três sub-categorias: a diminuição de capacidade física desprovida de incidência económica; os sofrimentos suportados pela pessoa ferida ou doente; e, ainda o dano de aferição (isto é, a dor sofrida pelos familiares com a morte do paciente ou a diminuição física ou mental deste). Todas estas componentes de dano deverão ser consideradas no momento da sua determinação.

Questão com relevância actual é a de saber se poderá o médico ser responsabilizado por cometer um dano que faz com que o doente perca uma possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. A título de exemplo, pense-se no caso do médico que não realiza alguns exames, privando o doente da possibilidade de obter uma terapêutica adequada.

Em termos doutrinários, RUTE TEIXEIRA PEDRO<sup>24</sup> deu uma resposta positiva a tal questão, proclamando a ideia de indemnizar o lesado pela perda de uma chance, enquanto dano autónomo.

Ora, estes danos traduzem-se na perda de uma esperança de obter uma vantagem, sendo necessário para que tal chance seja objecto de ressarcimento que, em primeiro lugar, a chance perdida seja real, séria, e actual ou eminente, e, em segundo lugar que se verifiquem os pressupostos da responsabilidade civil.

A base de sustentação para a indemnização de um dano de perda de chance reside na oportunidade que veio a ser definitivamente perdida ou a possibilidade frustrada de evitar um prejuízo, devido à prática de um acto médico censurável.

Este dano surge, assim, como um terceiro género de indemnização, que assume a particularidade de ser autónomo e, ao contrário dos demais, resulta da perda definitiva de uma possibilidade de obter o resultado almejado. Mais à frente se fará uma análise desenvolvida deste tipo de dano.

A existência do dano constitui um requisito necessário para a obtenção de uma indemnização e incumbe ao lesado o ónus de demonstrar em juízo a sua verificação.

---

<sup>23</sup> Cfr. DIAS, João Álvaro, ob. cit., pp. 388.

<sup>24</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira Pedro, ob. cit., 463-464.

## 2.5. Nexo Causal

O último requisito necessário de que depende a aplicação do instituto da responsabilidade civil consiste na existência de um nexo de causalidade entre o comportamento ilícito e culposo do médico e o dano sofrido pelo doente.

Para a definição do conceito de causa jurídica ou nexo de causalidade foram construídas pela doutrina três teorias: (i) a doutrina da *conditio sine qua non* considera como prejuízos todos os danos que não se teriam gerado caso o facto causal, mesmo que concorrendo com outras causas, não tivesse sido praticado; (ii) a *teoria da última condição ou de causa próxima*, onde a causa corresponde ao acontecimento causal cronologicamente que mais próximo está do dano, e, por fim (iii) a *doutrina da causalidade adequada*, que determina que a causa de um dano corresponde à condição que em abstracto seja adequada a originar tal dano<sup>25</sup>.

Em Portugal, a teoria que prevalece sobre a matéria do nexo causal é a teoria da causalidade adequada, e encontra-se legalmente estabelecida nos artigos 562.º e 563.º do C.C.<sup>26 27</sup>.

Destarte, o nexo causal previsto nos artigos 562.º e 563.º do C.C, que, por sua vez, determinam que, para a averiguação do preenchimento deste requisito, numa primeira fase, deve ter-se em conta se o acto praticado foi uma condição *sine qua non* da produção do dano, tendo o julgador que fazer uma reconstrução do encadeamento dos acontecimentos que antecederam a consumação do estado final em que o doente se situa, e caso conclua que o enfermo não teria sofrido o dano, então o acto médico integra uma condição da sua verificação.

Posteriormente, após a operação enunciada acima, ou seja, depois de se concluir que o acto médico se insere na categoria das “condições necessárias” para a produção do dano, procura-se determinar se o acto deve ser considerado causa do dano tendo em conta o quadro normativo regulador<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, ob. cit., pp. 214-217.

<sup>26</sup> Cfr. Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 1333/05, de 27.11.2007, Relator Rui Mauricio, Recurso de Revista 1364/05.5TBCL.G1, de 07.10.2010, Relator Ferreira de Almeida. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>27</sup> Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, ob. cit. pp. 628-634.

<sup>28</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 148-150.

Só constitui causa jurídica de um dano o acto médico que seja culposos, que, segundo um juízo de prognose póstuma, seja adequado para produzir tal resultado.

Os tribunais têm sido confrontados com enormes dificuldades para a determinação da relação causal relativamente à morte ou ao agravamento da saúde do doente, na medida em que não é fácil afirmar que estas decorrem de negligência médica ou do próprio estado patológico do enfermo.

Tais obstáculos derivam de um conjunto de factores, nomeadamente, o facto de a prova pericial, que seria essencial para o esclarecimento de questões médicas, se demonstrar inconclusiva, porquanto acontece frequentemente que, em vez de se obter um esclarecimento, criam-se dúvidas maiores, visto que os peritos costumam, não raras vezes, reiterar as afirmações dos médicos que assumem um significado próprio em sede da medicina, assim como a linguagem e raciocínio utilizado, que divergem, conforme facilmente se perceberá, do raciocínio jurídico do julgador. Por isso, a ajuda dos laudos periciais é, por vezes, inábil para esclarecer o julgador dos acontecimentos passados.

Ademais, o espírito de solidariedade existente entre os profissionais de saúde, conhecido como a “*conspiração do silêncio*”, e a possível existência de pareceres contraditórios dos peritos sobre a mesma questão dificultam a tarefa do julgador na determinação da incidência do comportamento tido pelo médico para a produção do dano sofrido pelo doente<sup>29</sup>.

Contribui ainda para estas dificuldades a repartição do ónus da prova, na medida em que é ao doente que incumbe o ónus da prova do nexos causal e, no caso de não conseguir demonstrar a verificação do nexos causal entre o comportamento ilícito e culposos e o prejuízo sofrido, tem-se como inexistente a relação de causalidade, o que, faltando a prova de um dos pressupostos da responsabilidade civil, levará à improcedência da acção.

Além do mais, estas dificuldades surgem numa relação de partes na qual se encontra presente um notório desequilíbrio entre o médico e o doente, sendo um detentor de especiais conhecimentos no âmbito da actividade por si desempenhada dos elementos que desempenham uma essencial tarefa probatória (ficha clínica, resultados de exames entre outros) e o outro um leigo sem conhecimento na matéria, que se

---

<sup>29</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 152-160.

encontra debilitado devido à patologia que o afecta e que, na maioria das vezes, está também inconsciente na altura da actuação médica. Consequentemente, a assimetria existente na relação entre médico e doente tem repercussões no plano processual dado que o doente se encontra muitas vezes impossibilitado de realizar a sua tarefa probatória.

Perante este quadro desfavorável à pretensão indemnizatória do doente, a jurisprudência e a doutrina têm procurado formas de atenuar a tarefa probatória daquele através de mecanismos de simplificação de prova que serão elencados em capítulo próprio.

# CAPÍTULO III – MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE CIVIL APLICÁVEIS AOS ACTOS CENSURÁVEIS DO MÉDICO

## 1. Enquadramento da questão

A figura da responsabilidade civil médica pode ser desencadeada por múltiplas situações, nomeadamente pela adopção de um acto médico adequado e necessário mas praticado de forma deficiente ou defeituosa, pela prática de actos desnecessários ao estado de saúde do doente e ainda pela omissão de actos que sejam necessários e idóneos para a situação clínica do doente<sup>30</sup>.

A responsabilidade do profissional de saúde poderá inserir-se no campo da responsabilidade civil contratual/obligacional ou no da responsabilidade civil extracontratual/aquiliana, consoante se verifique, respectivamente, uma situação de cumprimento defeituoso do contrato de prestação de serviços médicos ou uma violação de direitos absolutos, nomeadamente do direito à vida ou à integridade física, ou de normas destinadas a proteger interesses do doente.

Os regimes jurídicos são semelhantes, visto que as regras gerais da responsabilidade civil são válidas tanto para a responsabilidade extracontratual, como para a contratual, embora tratadas na sistematização da lei em lugares distintos (artigos 483.º e 798.º C.C). Por conseguinte, há uma identidade de natureza, sendo o regime basicamente análogo e sendo a consequência, quer num caso quer noutra, a obrigação de indemnizar prevista, aqui já em termos unitários, nos artigos 562.º e seguintes do C.C.

Todavia, apesar desta proximidade de regimes, os dois tipos de responsabilidade apresentam algumas diferenças, nomeadamente, indo de encontro às diferenças de regime mais relevantes: a culpa do agente tem de ser provada pelo lesado na responsabilidade extracontratual (artigo 487.º do C.C), enquanto a culpa do agente na responsabilidade contratual é presumida (n.º 1 do artigo 799.º do C.C); havendo pluralidade de responsáveis, há solidariedade na responsabilidade extracontratual (artigo 497.º do C.C), ao passo que, na responsabilidade contratual, vigora o regime da

---

<sup>30</sup>Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, «Sobre o ónus da prova na responsabilidade civil médica» in *Direito da Saúde e Bioética*, Edição AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 126.

conjunção (artigo 513.º do C.C.); por fim, os prazos de prescrição são diferentes (artigos 498.º e 309 do C.C)<sup>31</sup>.

Propomo-nos, no presente trabalho analisar individualmente estas duas modalidades de responsabilidade civil, bem como apreciar a possibilidade de existir um concurso entre as duas vertentes da responsabilidade civil em situações em que ambas coexistem num mesmo contexto jurídico.

## **2. Responsabilidade contratual e extracontratual inserida no âmbito da actividade médica**

A intervenção do médico pode originar diversas formas de exercício da profissão. A relação médico-doente num estabelecimento público de saúde é apreciada de forma diferente da relação médico-doente exercida num estabelecimento privado. Note-se, desde logo, que só no segundo caso é que é celebrado um contrato com o profissional, no qual este se vincula a prestar um serviço médico, onde o doente tem a liberdade de escolher o profissional, tendo posteriormente a obrigação de pagar os honorários devidos na qualidade de credor da prestação que o médico realizará. Não obstante, existem Autores que defendem a responsabilidade contratual nos hospitais integrados no SNS, com fundamentação num contrato de adesão ou numa relação contratual de facto<sup>32</sup>.

No âmbito de um estabelecimento público, a relação entre os sujeitos ocorre de modo diverso. Qualquer doente pode aceder a um hospital que pertença ao SNS, respeitando as condições próprias destes serviços públicos de forma impessoal. O estabelecimento não pode rejeitar o atendimento do doente e este, por seu lado, tem de aceitar as condições oferecidas por aquele sem possibilidade de negociar as cláusulas particulares.

---

<sup>31</sup>Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, «Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, 2011, pp. 460.

<sup>32</sup>Cfr. ALMEIDA, J.C. Moitinho de, «A responsabilidade civil do médico e o seu seguro», in *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado, Tomo XXI, 1972, pp. 352-355; DIAS, Figueiredo e MONTEIRO, Sinde, ob. cit., pp.48-51 e MARTINEZ, Pedro Romano, ob. cit., pp. 462-464.

Destarte, dentro das instalações de um estabelecimento hospitalar que pertença ao SNS, em princípio o doente não celebra um contrato com o médico, conformando-se com as condições previstas nos respectivos estatutos, sendo-lhe atribuído um profissional de saúde que este não tem a oportunidade de escolher consoante as suas preferências. Desta forma, neste âmbito, a responsabilidade civil não é contratual, mas sim extracontratual, e é regulada pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, onde se prevê a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas no domínio dos actos de gestão pública.

No primeiro caso, ou seja, quando o médico exerce funções num estabelecimento privado, em caso da produção de danos surgirá a figura da responsabilidade civil contratual, ao passo que, na circunstância de os danos ocorrerem em sede de um estabelecimento público, nascerá a responsabilidade extracontratual.

A responsabilidade é dita contratual quando haja sido celebrado um contrato (não sendo necessária forma especial para a sua celebração) entre o doente e o médico, pressupondo-se um vínculo já constituído entre estes dois sujeitos e existindo um incumprimento por parte do profissional dos deveres contratuais a que se vinculou aquando a celebração do contrato, nos termos do artigo 798.º do C.C.

Surge a figura da responsabilidade extracontratual, caso tenha existido uma violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios, nomeadamente normas deontológicas destinadas a salvaguardar os interesses do doente, ou de um direito absoluto, como são o direito à vida e à saúde, nos termos do n.º 1 do artigo 483.º do C.C. Ao contrário do que sucede na responsabilidade contratual, não se prevê a celebração de um contrato entre as partes e a violação de deveres contratuais.

Durante muito tempo foi rejeitada a ideia de que entre o médico e doente se celebra um contrato, considerando-se a responsabilidade civil do médico de natureza extracontratual por estar em causa uma lesão da integridade física ou psíquica do doente. Por isso, falava-se numa violação de um direito absoluto. Este entendimento, que ainda durou largos anos, era bastante prejudicial para o doente quando comparado com o regime jurídico da responsabilidade contratual. Somente no ano 1936 é que um acórdão da *Cour de Cassation* veio decidir que, em princípio, a responsabilidade do médico teria natureza contratual, contrariando desta forma o entendimento anteriormente proclamado.

*“Forma-se entre o médico e o seu cliente um verdadeiro contrato (...) e a violação, mesmo involuntária, desta obrigação contratual é sancionada por uma responsabilidade da mesma natureza, igualmente contratual”* (Civ. 20 de Maio de 1936)<sup>33</sup>.

Actualmente, é aceite em quase todas as ordens jurídicas a ideia de que a responsabilidade decorrente da lesão da saúde causada por um médico assume a natureza de responsabilidade contratual. Em Portugal, o primeiro Autor a defender esta tese foi MOITINHO DE ALMEIDA, que reconheceu que *“entre o médico e o cliente se celebra um contrato (de prestação de serviços médicos) e que a responsabilidade do médico é de natureza contratual”*<sup>34</sup>.

À semelhança do referido Autor, JOÃO ÁLVARO DIAS defende igualmente a ideia de que *“É hoje praticamente indiscutível que a responsabilidade médica tem, em princípio, natureza contratual”*<sup>35</sup>.

Dos argumentos que servem de sustentação a este entendimento, ou seja, de que o regime que rege a relação médico-doente é de natureza contratual, JOÃO ÁLVARO DIAS faz alusão aos seguintes: a circunstância de existir um consultório aberto ao público onde aparece colocada a placa do médico, por si só, estabelece uma proposta contratual; o doente, por sua vez, ao dirigir-se ao consultório e requerer a prestação de cuidados médicos, está a manifestar uma aceitação de tal proposta; entre o médico e o doente existem obrigações recíprocas, porquanto tem o doente a obrigação de remunerar os serviços médicos prestados, ao passo que o médico tem a obrigação de prestar os melhores cuidados médicos, existindo, por conseguinte, um contrato sinalagmático e oneroso<sup>36</sup>.

Os fundamentos podem divergir, mas a solução maioritariamente preconizada pelos diversos Autores<sup>37</sup> quanto a esta problemática é a mesma: a responsabilidade civil médica reveste, em regra, natureza contratual.

---

<sup>33</sup> Cfr. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, ob. cit., pp. 173.

<sup>34</sup> Cfr. ALMEIDA, J.C. Moitinho de, ob. cit., pp. 327.

<sup>35</sup> Cfr. DIAS, João Álvaro, ob. cit., pp. 221.

<sup>36</sup> Cfr. DIAS, João Álvaro, ob. cit., pp. 221-223.

<sup>37</sup> Cfr. DIAS, João Álvaro, ob. cit., pp. 221-223; RODRIGUES, Álvaro Da Cunha Gomes Rodrigues, ob. cit., pp. 173-174; GASPARGAS, António Silva Henriques, ob. cit., pp. 341. MARTINEZ, Pedro Romano, ob. cit., pp. 462-464.

Todavia, apesar da regra que ficou asseverada, existem casos em que o médico pode responder no âmbito da responsabilidade extracontratual. RUTE TEIXEIRA PEDRO<sup>38</sup> elenca algumas situações:

Num primeiro grupo podem encaixar-se as situações em que não existe realidade contratual ou esta é formada de modo inválido. A título de exemplo menciona, respectivamente, a prestação de assistência médica a um incapaz ou uma pessoa inanimada cujo representante legal não se encontra presente e a experimentação arriscada sem finalidade curativa. Acrescenta ANTÓNIO GASPAR<sup>39</sup> a este grupo, na vertente onde inexistente um contrato entre as partes, os casos em que o médico actua em situações de urgência que não possibilitam obter o consentimento ou o acordo do paciente.

Num segundo grupo deve ter-se em conta as situações em que existe um contrato válido, mas em que os danos sofridos não se enquadram no âmbito contratual de protecção. A título de exemplo refere-se a hipótese de um familiar que presencia o sofrimento do doente no momento da execução de um acto de diagnóstico ou terapêutica.

Um terceiro grupo diz respeito às situações em que o médico não assume um dever de prestação perante o doente. Incluem-se aqui os casos em que o médico é um auxiliar do devedor, o que sucede na circunstância de o médico exercer a sua actividade na clínica com a qual o devedor celebra o contrato, respondendo, por isso, em caso de lesão de danos, a título delitual, bem como a hipótese de o médico ser parte de uma vasta equipa, mediante contrato com o chefe da mesma.

Por último, a Autora faz alusão às situações em que o médico exerce a sua actividade no âmbito dum serviço prestador de assistência integrado numa entidade pública. Considera que, independentemente da natureza da relação contraída entre a entidade pública e o doente, a responsabilidade do profissional de saúde é extracontratual, pois que este não é parte contratante.

No que concerne a este último grupo, importa fazer uma análise do seu alcance, porquanto a prática de actos médicos censuráveis no âmbito de hospitais públicos têm vindo a ser frequente. Primeiramente há que aferir se a acção dirigida contra os

---

<sup>38</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 62-69.

<sup>39</sup> Cfr. GASPAR, António Silva Henriques, ob. cit., p.345.

hospitais, centros de saúde ou outras instituições de serviços públicos, deve ser intentada nos tribunais judiciais ou nos tribunais administrativos, bem como atentar ao direito substantivo aplicável.

A resposta a estas questões depende da qualificação da actividade médica como uma actividade de gestão privada ou pública. FREITAS DO AMARAL elenca três teorias idóneas a solucionar o aludido problema<sup>40</sup>.

A primeira denomina-se *teoria da natureza material da actividade*, cujo critério distintivo reside nas características da actividade exercida pelo autor do facto. Nessa perspectiva, caso essa actividade seja materialmente diferente da actividade exercida pelos profissionais nos estabelecimentos particulares de saúde, considera-se como um acto de gestão pública. No entanto, o Autor afirma que a actividade médica exercida não muda de natureza consoante seja exercida num estabelecimento particular ou num estabelecimento público.

Em segundo lugar, fala-nos da *teoria dos poderes de autoridade*, cujo critério distintivo reside na existência ou inexistência de poderes de autoridade e a actividade desenvolvida se encontrar ou não condicionada por deveres e restrições de interesse público. Caso tais poderes e deveres incidam no exercício da actividade do autor do facto danoso, há gestão pública.

Por fim, refere a *teoria do enquadramento institucional*, em que se define os actos de gestão pública como “*os praticados pelos órgãos ou agentes da administração no exercício de um poder público, ou seja, no exercício de uma função pública, sob o domínio das normas de direito público, ainda que não envolvam ou representem o exercício de meios de coacção*”. São actos de gestão privada “*os praticados pelos órgãos ou agentes de administração, em que esta aparece despida de poder público (...) sem inteira submissão às normas de direito privado*”.

Das três teorias enunciadas o Autor opta pela última, ou seja, pela *teoria do enquadramento institucional*, sendo com base nela que afirma peremptoriamente que a actividade médica nos estabelecimentos públicos de saúde consiste numa actividade de gestão pública.

---

<sup>40</sup> Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, «A natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde» in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Editora Lex Edições Jurídicas, 1991, pp. 121-131.

ANA GONÇALVES MONIZ converge com o entendimento do citado Autor, na medida em que entende que prevalece a *teoria do enquadramento institucional*, visto ter que se atender às características da actividade em causa<sup>41</sup>. O médico, enquanto funcionário do Estado, encontra-se vinculado a um conjunto de deveres, a par do nexo de vínculos nas relações utente/administração da saúde/funcionário, que levam a qualificá-la como relação especial de direito administrativo. Logo, tal actividade médica corresponde a uma actividade de gestão pública.

Contudo, a doutrina não é unânime, havendo quem qualifique os actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde como actos de gestão privada. Entre nós, MOITINHO DE ALMEIDA proclama esse entendimento, alegando que a actividade médica não varia consoante seja exercida num estabelecimento público ou num estabelecimento privado<sup>42</sup>. Na mesma senda, J.FIGUEIREDO DIAS/J.SINDE MONTEIRO referem que “*o acto médico é fundamentalmente idêntico onde quer que seja praticado*”<sup>43</sup>.

Não obstante, seguindo-se o entendimento de FREITAS DO AMARAL, que consubstancia a posição dominante na doutrina<sup>44</sup> e na jurisprudência<sup>45</sup>, considera-se que a actividade médica exercida neste âmbito é um acto de gestão pública, pelo que são aplicáveis as regras da responsabilidade extracontratual.

É igualmente nossa opinião que a actividade médica desenvolvida nos serviços hospitalares é de natureza pública, devendo ser considerada como um acto de gestão pública, porquanto os funcionários que exercem funções nos estabelecimentos hospitalares desempenham uma actividade pública, prosseguindo interesses do Estado. Aliás, os estabelecimentos hospitalares de natureza pública cumprem uma obrigação

---

<sup>41</sup> Cfr. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à justiça administrativa*, Vol. 7, Coimbra Editora, 2003, pp. 36-42.

<sup>42</sup> Cfr. ALMEIDA, J.C. Moitinho de, ob. cit., pp.

<sup>43</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo e MONTEIRO, ob. cit., pp. 47-48.

<sup>44</sup> Cfr. CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, n.º 398; CORREIA, Sérvulo, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados de Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp.22-27 e OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, pp. 61 apud. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento informado na relação médico-paciente – Estudo de direito civil*, n.º 9, Editora Coimbra, 2004, pp. 46, nota de rodapé 73.

<sup>45</sup> Vide, a título de exemplo: Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 19 de Abril de 2007, in CJ, Ano XXXII,2007, T. I, pp. 247; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18 de Outubro de 1988, in BMJ, n.º 380, Ano 1988, pp. 553 e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20 de Outubro de 1978, in CJ, Ano III, 1978, pp. 162 apud. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 67 nota de rodapé 149.

constitucionalmente consagrada, prevista no artigo 64.º C.R.P.<sup>46 47</sup>, a que o Estado se encontra adstrito.

Significa isto que, tratando-se de uma responsabilidade por actos de gestão pública, a acção deve ser intentada no Tribunal Administrativo territorialmente competente, nos termos da alínea g) do artigo 4.º, da alínea h) n.º1 do artigo 51.º, e do n.º 1 do artigo 44.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, bem como do n.º 1 do artigo 18.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, porquanto a competência é do foro administrativo.

Assim sendo, o direito substantivo aplicável corresponde ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades públicas, respondendo os médicos em sede de responsabilidade extracontratual seguindo a lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro<sup>48</sup>, visto que o que está aqui em causa é a existência de uma relação especial de direito administrativo que abrange as relações entre utente, unidade de saúde e profissional de saúde. Dessa relação jurídica emerge uma panóplia de

---

<sup>46</sup> Nos termos do artigo 64 da C.R.P – “1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável. 3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência. 4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.”

<sup>47</sup> Cfr. CORREIA, Sérvulo, *Direito da Saúde e Bioética*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1991, pp. 41.

<sup>48</sup> Para que se possa delimitar o âmbito de aplicação deste regime importa averiguar em que unidades de prestação de cuidados de saúde podemos verificar a presença de Administração Pública e, por conseguinte, a prática de actos de gestão pública.

Nos moldes da Lei de Gestão Hospitalar (Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro), os hospitais que integram o serviço nacional de saúde podem ser: a) estabelecimentos públicos dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, e financeira com ou sem autonomia patrimonial; b) estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial; d) estabelecimentos privados, com ou sem fins lucrativos, com quem sejam celebrados contratos.

posições jurídicas substantivas de que o utente é titular e de poderes da administração da saúde que não configuram um contrato.

## **2.1. Problema do concurso das responsabilidades**

Uma questão que se coloca reside em saber se, no caso de o facto ilícito representar concomitantemente a violação de um contrato e um ilícito extracontratual, o doente pode ter ao seu dispor ambas as tutelas, isto é, a extracontratual e a contratual.

Um determinado facto ilícito cometido pelo médico, regra geral, desencadeia a violação de um conjunto de obrigações assumidas no âmbito de um contrato celebrado entre as partes, mas, não obstante a existência deste contrato, poderão advir dos vários actos médicos praticados danos susceptíveis de ressarcimento em sede extracontratual na medida em que violem direitos absolutos.

É natural que tal venha a suceder com frequência, atendendo à peculiaridade da actividade médica, de onde podem resultar danos sobre a vida ou integridade física do doente, conexos com a violação de uma obrigação contratual.

O objecto de discussão, para além de controverso, não obteve no nosso sistema jurídico regulamentação específica, o que veio obrigar a jurisprudência e a doutrina a pronunciarem-se sobre a questão sem poder deitar mão de um qualquer quadro normativo jurídico.

Ensina RUI ALARCÃO<sup>49</sup> que o facto ilícito origina um único dano que representa a violação de uma obrigação contratual e de um direito absoluto. O legislador não se pronunciou quanto a esta questão, devendo por isso atender-se ao espírito que enforma a nossa ordem jurídica, que vai no sentido de permitir ao lesado optar por uma das modalidades de responsabilidade de cumular as regras de uma e de outra que mais lhe convier. Assim, entende que a solução correcta para estes casos é a da admissibilidade do cúmulo, ou seja, a de concurso de normas de ambos os regimes da responsabilidade contratual e extracontratual. O Autor defende tal tese, pois entende que não existe uma distinção essencial entre as duas modalidades da responsabilidade civil,

---

<sup>49</sup> Cfr. ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pp. 210, DIAS, Álvaro João, apud DIAS, Álvaro João, ob. cit., pp. 229

não aceitando por isso que o doente tenha de optar somente pela responsabilidade contratual, ou seja, que ao escolher recorrer aos deveres de protecção contratuais, se coloque, automaticamente, de lado a protecção que pode ser concedida pela responsabilidade extracontratual.

Nesta senda, PINTO MONTEIRO<sup>50</sup> defende igualmente a admissibilidade do concurso de normas. Alega que o doente não detém a possibilidade de obter duas indemnizações, mas somente uma, na medida em que existe uma única pretensão. Tratando-se “*de um concurso de normas que fundamentam a mesma pretensão, não de um concurso de pretensões*”. Continua o Autor alegando que, perante a inexistência de uma disposição legal em contrário, deve adoptar-se a solução que permita ao doente escolher entre as duas espécies de responsabilidades, na medida em que o facto ilícito representa simultaneamente a violação de um contrato e um facto ilícito extracontratual. Portanto, a celebração de um contrato não pode significar a renúncia da tutela geral que a lei sempre lhe facultaria (regime da responsabilidade extracontratual); ao invés, deve entender-se que a celebração do contrato vem reforçar tal tutela.

J.FIGUEIREDO DIAS e J.SINDE MONTEIRO<sup>51</sup> referem que um mesmo facto ilícito pode originar a violação de um contrato e a violação de um direito absoluto ou de uma norma de protecção, dando o exemplo típico de um cirurgião que deixa um objecto estranho no corpo do doente. Nestes casos, na falta de uma disposição que estabeleça o contrário, deve entender-se que a solução é a da concorrência de responsabilidades, ou antes, como referem os dois Autores mencionados, a admissibilidade do cúmulo. Para sustentar tal linha de raciocínio, os Autores argumentam que o facto de o doente ter celebrado um contrato com o médico não significa que, por esse motivo, tenha renunciado à protecção que lhe é garantida pela lei, vindo o dever contratual a que o médico está adstrito conceder um acréscimo de protecção à posição do doente.

A teoria da admissibilidade do concurso de responsabilidade sufragada nestes moldes, pelos mencionados Autores, é igualmente aceite pela nossa jurisprudência<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Cfr. MONTEIRO, A. Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, B.F.D., Sup. Vol. XXVIII, Coimbra, 1985, pp. 400, apud. DIAS, Álvaro João, ob. cit., pp. 229-234.

<sup>51</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo e MONTEIRO, Sinde, ob. cit., pp. 39-40.

<sup>52</sup> Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista n.º 1364/05.5TBCL.G1, de 07.10.2010, 6ª Secção, Relator Ferreira de Almeida; Recurso de Revista n.º 1008/01, de 19-06-2001, 1ª Secção, Relator Pinto Monteiro; Recurso de Revista n.º 4055/04, de 22-02-2005, 1ª Secção, Relator Pinto

Nos termos desta tese, existe uma única acção a ser intentada pelo doente, que tem como objectivo o ressarcimento pela prática de um dano, mas que pode ser fundamentada em várias normas atinentes, quer à responsabilidade contratual, quer à responsabilidade extracontratual, fruto de uma ofensa culposa a um direito absoluto ou a uma norma de protecção, no âmbito de um contrato celebrado entre o médico e o doente.

Verifica-se a prática de uma única conduta ilícita que dá origem a um mesmo dano, situação à qual se podem aplicar dois regimes legais distintos de protecção do lesado, que prevêm tal conduta e que são aptos a reparar o dano. Pelo que, havendo uma unidade de conduta e de dano que representa uma unidade de pedido indemnizatório na mesma acção, terá o lesado ao seu dispor normas de responsabilidade extracontratual e contratual, conforme o que lhe for mais favorável.

Todavia, em termos dogmáticos, a teoria da admissibilidade do cúmulo não é unânime, havendo quem se pronuncie contra esta teoria, nomeadamente ALMEIDA COSTA<sup>53</sup> e ÁLVARO RODRIGUES<sup>54</sup>. Entendem estes Autores, que existe um concurso aparente, legal ou de normas, pois, caso haja lugar à aplicação das duas espécies de responsabilidades, o regime da responsabilidade contratual consome o regime da responsabilidade aquiliana.

Criticam a teoria da admissibilidade do cúmulo, apelidando-a de “*acção híbrida*”, na medida em que se poderia, conforme o que fosse mais favorável ao lesado, optar por normas isoladas de cada um dos regimes jurídicos de responsabilidade civil, o que originaria uma incerteza na determinação do foro competente, pois que não se saberia se se deveria seguir o foro próprio da responsabilidade contratual ou da responsabilidade extracontratual.

A este respeito, perante as situações em que ambas as formas de responsabilidades coexistem num mesmo contexto jurídico, não podemos deixar de concordar com a teoria da admissibilidade do cúmulo. O doente, ao celebrar um contrato com o médico, não pretende ver excluída a protecção que já lhe era garantida pela lei. Um consumidor, quando compra um determinado objecto numa loja, com as

---

Monteiro. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa: Recurso de Apelação n.º 1360/2007-7, de 11.07.2007, Relatora Rosa Ribeiro Coelho. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>53</sup> Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, ob. cit., pp. 436-442.

<sup>54</sup> Cfr. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, pp. 195-198.

garantias próprias que a loja lhe oferece, não pretende, por esse motivo, renunciar automaticamente à protecção que lhe é garantida pela Lei de Defesa do Consumidor. Ao invés, as garantias contratuais a que o vendedor está adstrito vêm conceder um acréscimo de protecção do comprador, juntando-se às garantias legais de que este já dispunha. A mesma linha de raciocínio poderá ser seguida no campo da responsabilidade médica, admitindo-se dessa forma que, perante as situações em que o doente tem ao seu dispor uma protecção contratual, concedida pela celebração do respectivo contrato, ao verificar-se a violação de um direito absoluto ou de uma norma de protecção, o paciente ver-se-á igualmente protegido pelo regime da responsabilidade extracontratual, que não veio a ser excluído pela prévia celebração do contrato. Ademais, na situação de o doente previamente celebrar um contrato com o médico, num determinado estabelecimento privado, surgindo posteriormente um dano fruto da violação de direitos absolutos ou de normas de protecção que desencadeia a aplicação do regime da responsabilidade extracontratual, a jurisdição competente é, em princípio, a do tribunal comum, porquanto só na circunstância de estar em causa uma relação especial de direito administrativo de onde emergisse uma panóplia de posições jurídicas substantivas tituladas pelo utente e de poderes da administração da saúde que não configurassem um contrato, aplicando-se, por isso, a Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, é que a jurisdição competente seria a administrativa.

Por fim, consideramos que, mesmo que o doente tenha ao seu dispor as duas modalidades de responsabilidade, sempre optará pelo regime que lhe é mais favorável, o da responsabilidade contratual, face à presunção de culpa que deriva do n.º 1 do artigo 799.º do C.C, pelo que torna-se previsível a escolha do doente quanto ao regime aplicável.

Importa também ter em consideração que várias vezes se têm levantado no sentido de afastar a aplicação da presunção de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C., pelo que, nesse seguimento, torna-se ainda mais premente proteger a posição débil do doente que, ao ter ao seu dispor os dois regimes, sempre poderá optar pelo que mais lhe convier.

### **3. Obrigação de resultados e obrigação de meios**

Já acima se referiu que quando o médico é chamado a responder pela prática de um facto ilícito que originou um dano, em regra responde a título de responsabilidade contratual. O regime da responsabilidade contratual é mais favorável à posição débil em que se situa o doente do que o regime da responsabilidade extracontratual, porquanto concede-lhe uma presunção legal de culpa em desfavor do médico, estabelecida no n.º 1 do artigo 799.º do C.C.

Por sua vez, esta presunção legal sobrecarrega a posição do médico, que se considera presumivelmente culpado sempre que o tratamento tenha efeitos negativos sobre o doente, motivo pelo qual existia anteriormente uma certa objecção em admitir a responsabilidade do médico por via contratual, porquanto se repudiava a aceitação da culpa presumida do médico caso o tratamento não obtivesse os objectivos propostos. Atendendo às regras probatórias em sede de natureza contratual, tal solução colocaria o médico na difícil posição de ter que elidir a presunção de culpa que sobre ele impendia. Ainda para mais, em regra o médico presta os seus serviços sem qualquer garantia de resultado.

Diante de tal problema e procurando evitar a presunção de culpa ajuizada contra o médico, surgiu a classificação do tipo obrigacional atribuída ao francês R. DEMOGUE no seu tratado, que faz uma distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultados<sup>55</sup>.

Para a análise desta temática, torna-se relevante enunciar a opinião de PEDRO MÚRIAS e MARIA DE LURDES PEREIRA<sup>56</sup> no que concerne à distinção entre obrigação de meios e de resultados.

Na obrigação de resultados o devedor obriga-se a obter certo resultado, definindo-se todo o seu comportamento pelo resultado que se obrigou a obter, pelo que só há cumprimento se o resultado a que se vinculou vier efectivamente a ocorrer.

A categoria da obrigação de meios define-se igualmente por um resultado. Contudo, diferentemente da obrigação de resultado, aqui o devedor não se vincula a produzir tal resultado, mas sim a tentar adequadamente causá-lo, praticando actos que

---

<sup>55</sup> Cfr. DEMOGUE, René, *Traité des obligations en Général*, I Sources des Obligations, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, Tomo V, n.º 1237 e Tomo VI, 1931, n.º 599.

<sup>56</sup> Cfr. MÚRIAS, Pedro Ferreira e PEREIRA, Maria de Lurdes, «Obrigação de meios, obrigação de resultado e custos da prestação, Estudos em memórias do Prof. Doutor Paulo Cunha», in <http://muriasjuridico.no.sapo.pt>.

sejam idóneos a obter tal resultado, havendo incumprimento caso este não seja adequadamente tentado.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA adota, quanto a esta temática, uma posição muito peculiar, pois caracteriza a obrigação assumida pelo médico de uma forma díspar à dicotomia de obrigação de meios e de resultados. Tal figura denomina-se de “obrigação de risco ou de resultado aleatório”. O Autor faz referência a tal figura para justificar que,

*“O médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável. Ainda que o médico não possa responder pela obtenção do resultado, ele é responsável perante o paciente pelos meios que usa no diagnóstico ou no tratamento”<sup>57</sup>.*

A doutrina<sup>58</sup> e a jurisprudência<sup>59</sup> têm entendido que a obrigação assumida no contrato é uma obrigação de meios, ou seja, trata-se de uma obrigação de pura diligência, visto que o médico não deve prometer a cura do doente, devendo, antes, oferecer-lhe os cuidados necessários direccionados à obtenção da cura. A cura do doente assume natureza aleatória, não estando dependente dos cuidados prestados pelo médico, mas sim da resistência e capacidade de regeneração dos órgãos afectados pela patologia e de outros factores estranhos à actividade médica. Nenhum médico, por mais competente e experiente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente, mas apenas a de empregar todas as técnicas idóneas e a escolher os meios mais capazes de conseguir a cura.

---

<sup>57</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., pp. 125-126.

<sup>58</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª edição, Almedina, 1966, pp. 414.

<sup>59</sup> Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 209/06.3TVPR.T.P1.S1, de 15.12.2011, Relator Gregório Silva Jesus – “*Se é inquestionável que a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, o corrente na prática é o acto médico envolver da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciências profissionais, a assunção de obrigação de meios. Em regra, o médico a só isto se obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conformes as leges artis e os conhecimentos pessoais, somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar*”. E ainda, Recurso de Revista 07A2334, de 18.09.2007, Relator Alves Velho. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa: Recurso de Apelação n.º 5239/07.5TVLSB.L1-2, de 07.04.2011, Relator Jorge Leal. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

A incerteza na etiologia de uma panóplia de doenças e nos métodos de as curar torna aleatório o desfecho da intervenção do médico sobre o doente, não podendo aquele garantir um resultado certo e determinado.

O médico não se compromete a curar o doente, visto que a cura não depende exclusivamente da actividade médica desempenhada, estando vinculado a elementos aleatórios, consistentes em factores endógenos e exógenos alheios à actuação profissional e que fogem ao seu controlo. Assim, o objecto do contrato celebrado entre o médico e doente não deve ser a cura, mas antes um certo comportamento onde se empreguem todas as técnicas adequadas, conforme o estado actual da ciência médica e relacionadas com os aspectos pessoais do doente, de tempo, de lugar e de condições.

O contrato de prestação de serviços vem definido no artigo 1154.º do C.C. como *“aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”*. Correspondendo o contrato médico a um contrato de prestação de serviços, importa referir que o conceito de *“resultado”* a que o artigo 1154.º do C.C alude refere-se não à cura em si, mas sim aos cuidados de saúde, visto que, como foi *supra* referido, a obrigação do médico é uma obrigação de meios e, por conseguinte, o objecto do contrato incide sobre a prestação dos melhores cuidados, e não sobre a cura do doente.

Não obstante, há casos em que a doutrina<sup>60</sup> e a jurisprudência<sup>61</sup> qualificam determinados comportamentos médicos e específicas especialidades<sup>62</sup> como uma obrigação de resultados. Constituem exemplos que têm vindo a ser enunciados - a determinação das dosagens de ureia, serviços radiológicos, exames laboratoriais<sup>63</sup>,

---

<sup>60</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 93-102.

<sup>61</sup> Cfr. Acórdãos Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 209/06.3TVPR.T.P1.S1, DE 15.12.2011, Relator Gregório Silva Jesus; Recurso de Revista 544/09.9YFLSB, de 17.12.2009, Relator Pires Da Rosa; Recurso de Revista, 1364/05.5TBCL.G1, de 7.10.2010, Relator Ferreira de Almeida; Recurso de Revista 08A183, de 4.03.2008, Relator Fonseca Ramos. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>62</sup> Cfr. Acórdão Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 08A183, de 4.03.2008, Relator Fonseca Ramos, fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). – *“É de considerar que em especialidades como medicina interna, cirurgia geral, cardiologia, gastroenterologia, o especialista compromete-se com uma obrigação de meios – o contrato que o vincula ao paciente respeita apenas às legis artis na execução do acto médico; a um comportamento de acordo com a prudência, o cuidado, a perícia e actuação diligentes, não estando obrigado a curar o doente. Mas especialidades há que visam não uma actuação directa sobre o corpo do doente, mas antes auxiliar na cura ou tentativa dela, como sejam os exames médicos realizados, por exemplo, nas áreas da bioquímica, radiologia e, sobretudo, nas análises clínicas.”*

<sup>63</sup> Cfr. Acórdão Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 08A183, de 4.03.2008, Relator Fonseca Ramos, fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). – *“Face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma”*.

cirurgia estética<sup>64</sup> <sup>65</sup>, transfusão de sangue, tratamento odontológico, anestesia, aplicação de injecções, vasectomia, entre outros. Nestes específicos casos, atendendo à fiabilidade das técnicas utilizadas, admite-se que sobre o médico recaia uma obrigação de resultados. No entanto, fora destes casos excepcionais, o médico somente se encontra vinculado a uma obrigação de meios.

A distinção entre obrigação de meios e de resultado no início desta temática foi apresentada como forma de solucionar o excessivo encargo do ónus probatório que incidia sobre o médico, pelo que a questão assume relevância no âmbito do ónus da prova na responsabilidade civil do médico.

O ónus da prova da culpa tem um diferente tratamento consoante se trate de uma obrigação de meios ou de resultados. Na obrigação de resultados, a prova pelo doente de que certo resultado não foi alcançado (a prova do incumprimento) é suficiente para fazer operar a presunção da censurabilidade ético-jurídica da conduta do médico, incidindo depois sobre este a prova do contrário, nos termos do n.º 2 do artigo 350.º do C.C<sup>66</sup>. Já na obrigação de meios, o doente tem de provar que a conduta do médico foi desconforme com as regras de actuação direccionadas para a produção de certo resultado.

Sobre a relação existente entre o ónus da prova da culpa e a dicotomia da obrigação de meios e de resultados pronuncia-se CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA<sup>67</sup>, alegando que a diferente natureza da obrigação assumida pelo profissional de saúde não pode vir alterar a repartição do ónus da prova da culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C.

Assim, alerta para a perigosidade da dicotomia em matéria de responsabilidade civil médica, em especial nos casos em que existe contrato de prestação de serviços

---

*“Mal estariam os pacientes se os resultados de análises ou exames laboratoriais obrigassem, apenas, os profissionais dessa especialidade a actuarem com prudência, mas sem assegurar um resultado”.*

<sup>64</sup> Cfr. Acórdão Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 08A183, de 4.03.2008, Relator Fonseca Ramos, fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). – “Casos há em que o médico está vinculado a obter um resultado concreto, sendo exemplo mais frequente a cirurgia estética de embelezamento, [como afirmam os civilistas brasileiros], mas já não a cirurgia estética reconstrutiva, sendo esta geralmente considerada com exemplo cirúrgico de obrigação de meios”.

<sup>65</sup> Cfr. GONÇALVES, Carla, *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*, Vol. 14, Coimbra Editora, 2008, pp. 28-30

<sup>66</sup> Cfr. NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17.ª Edição Revista e Actualizada, Ediforum Edições Jurídicas, Lda Lisboa, 2010, pp.305-306.

<sup>67</sup> Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, «Contratos civis de prestação de serviço médico» in *Direito da Saúde e Bioética*, Edição AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 110-118.

médicos. No entendimento perfilhado pelo Autor, a dicotomia importada do ordenamento francês e apresentada por DEMOGUE para solucionar problemas no âmbito do ónus da prova da culpa na responsabilidade contratual, acaba por gerar mais confusão no nosso ordenamento jurídico do que propriamente solucionar problemas, na medida em que em Portugal não havia contradições a rectificar quanto ao ónus da prova, como sucedia no ordenamento jurídico francês. Aliás, entende que a dicotomia, ao ser introduzida no nosso ordenamento, veio perturbar o sistema, porquanto acabamos por esquecer da presunção de culpa estabelecida no n.º 1 do artigo 799.º do C.C, visto que a obrigação do médico, ao corresponder a uma obrigação de meios, levará a uma injustificada responsabilidade diminuída.

Assevera o Autor que não seria necessário recorrer ao conceito da obrigação de meios para esclarecer que o objecto da obrigação do médico se dirige ao tratamento do paciente e não à cura, visto que inexistente qualquer dúvida de que na maioria dos contratos a prestação principal do médico se dirige a uma obtenção de tratamento. Acrescenta ainda que, no âmbito extracontratual não se pode falar em obrigação, existindo antes um dever de agir de uma determinada forma que, ao ser incumprido, pode dar origem a uma obrigação de indemnizar. Pelo que a dicotomia não trouxe utilidade para o nosso ordenamento jurídico ao invés, deu origem a confusões, devendo por isso renunciar-se à sua aplicação.

MENEZES CORDEIRO<sup>68</sup> e MENEZES LEITÃO<sup>69</sup> manifestam igualmente grande hesitação no emprego da dicotomia de obrigação de meios e obrigação de resultados no nosso ordenamento jurídico.

Parece-nos que a distinção entre obrigação de meios e de resultados deve entender-se como útil e valiosa em matéria de responsabilidade civil médica, quer pelos argumentos acima elencados pelas teorias que entendem que esta dicotomia é proveitosa e que traz vantagens para o nosso sistema jurídico, quer ainda porque se entende que esta distinção desempenha um papel importante no que concerne à delimitação da obrigação e do ónus da prova. Contudo, entende-se que deverá ser através de uma análise do caso concreto, estudando-se as obrigações contratuais acordadas entre o médico e o doente, que se poderá aferir se está em causa uma obrigação de resultados

---

<sup>68</sup> Cfr. CORDEIRO, Menezes António, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Edição AAFDUL, Lisboa, 2001, pp. 358-359.

<sup>69</sup> Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes, ob. cit., pp. 141-142.

ou de meios. Ou seja, deverá ter-se em conta o risco propiciado pela intervenção médica, o carácter aleatório do resultado e a margem de incerteza que implica, para posteriormente se poder concluir se o médico assumiu uma obrigação de resultados ou uma obrigação de meios. Tal escolha pela obrigação assumida deverá ser feita tendo em conta o caso concreto, de acordo com um princípio flexível, e não, como tem acontecido, através de um catálogo taxativo previamente elaborado pela doutrina e pela jurisprudência.

# CAPÍTULO IV – A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL DO MÉDICO

## 1. Conceito e características dos contratos de prestação de serviços médicos

Feita a análise das duas modalidades de responsabilidade civil e a sua inserção em sede de responsabilidade médica, far-se-á de seguida uma análise dos contratos de prestação de serviços médicos.

No âmbito da presente dissertação escolhemos dar mais atenção à responsabilidade contratual do médico em sede da medicina privada, sem prejuízo de reconhecermos a enorme importância que esta temática tem em sede dos estabelecimentos públicos de saúde.

Nesta senda, importa analisar o regime jurídico-privado, considerando as relações em que uma das partes é o médico ou uma unidade privada de saúde, sendo a outra parte o doente, abordando-se a imputação de danos por violação de um contrato.

Primeiramente, há que ter presente o conceito de contratos de prestação de serviço médicos. Com a celebração de um contrato em instituições privadas, estaremos, naturalmente, perante uma relação contratual. É o doente quem escolhe o estabelecimento que pretende que lhe preste os cuidados de saúde, através do profissional de saúde que, em princípio, terá igualmente possibilidade de escolher. O médico presta a consulta ou o tratamento e, conseqüentemente, o doente paga os respectivos honorários à instituição privada onde o médico se encontra a laborar. Configurando-se nestes termos a relação médico-doente, enquadrar-se-á na figura de contrato, que consiste no negócio jurídico constituído por duas ou mais declarações de vontade que convergem no sentido de produzir um determinado resultado<sup>70</sup>.

Os contratos de prestação de serviços médicos caracterizam-se por a sua prestação principal se traduzir na prestação de um acto médico mediante a contrapartida de pagamento de uma quantia pecuniária por parte do paciente. Poderemos ainda qualificar estes contratos como contratos celebrados *intuitu personae*, uma vez que estes

---

<sup>70</sup> Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do direito civil*, 4ª Edição por: António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, pp. 647-648.

terão subjacente uma relação pessoal entre o médico e o paciente, atendendo às especificidades próprias de diagnóstico e perspectivas de intervenções no tratamento deste último. Tratar-se-á, assim, da execução de um contrato por um médico em favor do doente, mediante o pagamento de uma retribuição, à partida pecuniária.

O objecto do contrato consiste, pois, no tratamento ou prestação de cuidados de saúde e o fim do acto médico reside na promoção ou restituição da saúde, suavização dos sofrimentos e salvação ou prolongamento da vida do doente.

## **2. Modalidades de contratos de prestação de serviços médicos**

De acordo com os conceitos *supra* referidos, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA<sup>71</sup> distingue diferentes modalidades contratuais em função da natureza dos contraentes, sendo que, em qualquer das modalidades, o contrato celebrado é um contrato de prestação de serviços ou um contrato misto em que a vertente da prestação de serviço médico se sobrepõe.

Indica o Autor, como primeira modalidade, a relação directa contraída entre o médico e o doente. Ora, o contrato celebrado entre as partes - o médico e o doente - no direito português actual é qualificado como um contrato socialmente típico, que se encontra dentro da categoria dos contratos de prestação de serviços previstos no artigo 1154.º do C.C. Adaptando-se o aludido artigo para a actividade médica, sempre se dirá que a referência a “certo resultado” não consiste na cura, mas sim no tratamento da patologia do doente.

A relação entre médico e doente consiste numa relação complexa, delimitada pelo fim do contrato, que comporta a obtenção da cura do doente, a melhoria do seu estado de saúde ou a atenuação do seu sofrimento. O carácter complexo deriva da existência de uma obrigação igualmente complexa a prestar pelo médico. Este, para cumprir o fim do contrato, tem de primeiramente, descobrir a patologia do doente e, com base nesse problema de saúde que o afecta, terá de escolher a melhor terapia que venha a curar ou atenuar os sofrimentos do paciente. Decorrem do contrato certos deveres, como são, por exemplo, os exames auxiliares de diagnóstico, o próprio exame

---

<sup>71</sup> Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, ob. cit., pp. 85-94.

de diagnóstico, o aconselhamento do doente sobre a melhor terapia e, por conseguinte, aplicação desta terapia. Aparecem, ao lado destas obrigações ditas principais outros deveres acessórios de conduta, nomeadamente o dever de elaboração e conservação da ficha clínica do doente, o dever de informação, o dever de obtenção de consentimento informado e o dever de protecção dos doentes. Estes deveres assumem igualmente importância para a obtenção do fim contratual visado e apelam sempre ao princípio da boa-fé por parte do médico<sup>72</sup>.

Como segunda modalidade, o Autor refere o contrato com base na relação entre a clínica e o doente. O contraente é a própria clínica, uma unidade de prestação de serviços de saúde, que poderá ser um centro de saúde, uma sociedade constituída entre médicos e não médicos, uma clínica de titularidade individual, uma cooperativa, entre outros.

A qualificação destes contratos está dependente dos serviços acordados com a clínica, dividindo-se esta modalidade em três sub-modalidades:

(i) “contrato total”, no qual a clínica assume directa e inteiramente obrigações de prestação de actos médicos e de internamento hospitalar, que será um contrato misto, na medida em que integra características próprias do contrato de prestação de serviços, do contrato de locação (espaço destinado ao internamento) e possivelmente do contrato de compra e venda (se forem fornecidos medicamentos) e de empreitada (confecção de alimentos).

Relativamente à relação entre o médico e a clínica, o primeiro está vinculado à segunda por um contrato de prestação de serviços ou por um contrato de trabalho, dependendo esta qualificação da existência de independência ou de subordinação jurídica por parte do médico.

Pelos actos praticados pelo profissional de saúde que dão origem à responsabilidade civil, será a clínica responsável nos termos do n.º 1 do artigo 800.º do C.C. Ou seja, o médico, na medida em que não é parte no contrato, mas sim um auxiliar ou uma pessoa utilizada pela clínica para o cumprimento da obrigação, não se obriga directamente perante o doente e, por conseguinte, não lhe é imputada responsabilidade contratual pela prática dos seus actos. Todavia, pode vir a responder a título de

---

<sup>72</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 73-83.

responsabilidade extracontratual, caso se encontrem preenchidos os seus pressupostos legais.

(ii) “Contrato dividido”, o qual prevê a existência de obrigações de um contrato de internamento conexo com um contrato de prestação de serviços celebrado directamente com o médico. Este contrato é igualmente misto, na medida em que integra obrigações de um contrato de hospedagem e de prestação de serviços médicos auxiliares.

Neste tipo de contratos, entre o médico e o doente existem relações contratuais directas, pelo que o médico responde pelos seus próprios actos e pelos actos daqueles que utilizar para a prática do acto médico a título de responsabilidade contratual. Contudo, a imputabilidade da clínica e/ou do médico quanto aos actos ou omissões do médico que venham a desencadear a figura da responsabilidade civil tem vindo a suscitar dúvidas, o que levou a jurisprudência e a doutrina a apontar alguns critérios de imputação<sup>73</sup>. Para a resolução desta problemática deve atender-se à relação de dependência, à panóplia de deveres normalmente atribuídos às funções do médico ou da clínica, à influência tida pelo médico ou pela clínica sobre o auxiliar no cumprimento, de forma a determinar qual dos contraentes deve ser chamado à responsabilidade em caso de violação das obrigações contratuais.

(iii) Por último, fala ainda o citado Autor do contrato de prestação de serviços médico executado obrigatoriamente por um ou mais médicos. Comumente, este tipo contratual é realizado numa clínica em regime ambulatorio e consiste na prestação de consultas, exames e tratamento ambulatorio. O contrato é celebrado directamente com o profissional de saúde, a actividade médica é desenvolvida e executada por este, mas a obrigação de prestação de serviços é assumida pela clínica. Portanto, quem responderá pelos actos praticados pelos médicos que violem as obrigações contratuais é a clínica, nos termos do n.º 1 do artigo 800.º C.C, visto que esta é responsável pelos actos praticados pelas pessoas que utilize para o cumprimento das suas obrigações.

---

<sup>73</sup> Cfr. H.FRANZKI/ B.HANSEN, Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhaussträger, NJW, 1990, pp. 737 e ss, apud ALMEIDA, Carlos Ferreira de, ob. cit., pp. 94, nota de rodapé n.º 33.

### **3. O objecto da relação obrigacional**

#### **3.1. Razão de ordem**

Referimos que a relação contraída entre o médico e o doente consiste numa relação complexa, atendendo à peculiaridade do fim do contrato celebrado, que comporta a obtenção da cura, a melhoria do estado de saúde ou a atenuação do sofrimento do doente.

Nesta senda, para a obtenção do fim do contrato, bem como para a preservação dos bens jurídicos em causa, como o são a vida e a integridade física e moral do paciente, recaem sobre o médico deveres a que este se encontra adstrito.

A obrigação principal do médico consiste numa obrigação de tratamento, mas ao lado dessa obrigação surgem outros deveres complementares ou acessórios, nomeadamente o dever de elaboração e conservação da ficha clínica do doente, o dever de informação, o dever de obtenção de consentimento informado e o dever de protecção do doente.

#### **3.2. Obrigação de tratamento**

A principal obrigação inerente aos contratos de prestação de serviços médicos consiste na obrigação de tratamento, que se consubstancia na observação, diagnóstico, terapia e vigilância. A obrigação do médico, em termos genéricos, comporta a prestação ao doente dos melhores cuidados, direccionada para a restituição de saúde, suavização dos sofrimentos ou no salvamento da vida<sup>74</sup>.

Normalmente, nos contratos de prestação de serviços médicos, a obrigação do médico não fica logo definida no momento da celebração do contrato. Assim é porque o doente, quando se dirige ao consultório do médico, limita-se a pedir que este o trate. E por sua vez, o médico, num primeiro contacto com o doente, desconhece que actos irá praticar e quais são os mais adequados, pelo que o contrato é celebrado antes de o

---

<sup>74</sup> Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, ob. cit., pp. 107-114.

médico ter conhecimento da patologia do doente e de saber quais os actos que irá executar para o tratar.

Destarte, inicialmente a obrigação a que o médico se vincula consiste numa obrigação genérica, indeterminada e imprecisa, que corresponde à obrigação de tratamento médico. Só mais tarde, quando tiver um maior contacto com a patologia do doente, é que o médico delimita a sua própria prestação.

Note-se que, no entanto, é pela escolha dessas prestações concretas que o médico responde, visto que se encontra vinculado às prestações por ele escolhidas de acordo com a *legis artis*. O médico tem liberdade para optar por determinados actos médicos que considere idóneos ao tratamento do doente; contudo, esta escolha deve obedecer a critérios de equidade e de razoabilidade e, enquanto titular desta, responde pelos actos médicos, na medida em que os seleccionou.

Todavia, sempre se dirá que o médico somente a isto se pode obrigar: a prestar todos os cuidados exigíveis, não podendo assegurar a obtenção de determinado resultado, ou seja, a cura. Ora, como já foi referido no presente trabalho, a obrigação contratual do médico consiste numa obrigação de meios, pelo que se o médico tratou de forma diligente o seu paciente sem, no entanto, ter conseguido evitar a sua morte, o profissional não responde pelo resultado morte, porquanto cumpriu a sua obrigação.

### **3.3. Obrigações acessórias**

Ao lado da obrigação principal de tratamento a que o médico se encontra vinculado, surgem outros deveres acessórios que se baseiam no princípio da boa-fé. Dentro do vasto leque de deveres acessórios, faremos referência somente a três, devido ao seu papel significativo nesta matéria<sup>75</sup>.

Primeiramente, o médico encontra-se vinculado a um dever de colaboração e conservação da ficha clínica do doente. A ficha clínica consiste num documento que relata a situação clínica do paciente, bem como os actos médicos adoptados de forma continuada e as consequentes reacções do organismo daquele.

---

<sup>75</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 76-82.

Este dever, para além de constituir uma obrigação contratual, tem interferência em sede processual, na medida em que permite esclarecer o encadeamento de acontecimentos ocorridos. Assim, a ficha clínica traduz-se num instrumento probatório útil para a descoberta da verdade, que extravasa uma mera obrigação contratual, pelo que a sua elaboração e conservação deve ser cumprida pelo profissional de saúde.

Em segundo lugar, surge o dever de informação e de obtenção de consentimento informado. O paciente deve encontrar-se, ao longo da sua relação com o profissional de saúde, suficientemente esclarecido sobre a patologia de que padece, dos efeitos da mesma, dos procedimentos médicos idóneos para o seu tratamento e demais informações que sejam úteis. O dever de informação encontra-se relacionado com um outro dever: o de obtenção de consentimento informado, pois o doente deve ter a possibilidade de decidir quanto aos procedimentos médicos a aplicar no seu corpo, à luz do princípio da autonomia da pessoa humana e da autodeterminação. Com o cumprimento do dever está a zelar-se pela obtenção de uma relação de maior paridade entre as partes.

Por fim, atendendo ao bem jurídico em causa - a vida e a integridade física e moral do doente - assoma um dever de protecção do doente. Este dever visa preservar os aludidos valores, de forma a evitar que o profissional de saúde pratique danos que causem prejuízos ao doente. O dever de protecção surge ao lado da obrigação principal (curar, minorar o sofrimento e aumentar a expectativa de vida) e funciona como um acréscimo dos cuidados que o médico deve ter perante os bens pessoais ou patrimoniais do doente. Ganha ainda operacionalidade prática para fazer face a determinadas situações em que o médico deve evitar que o doente cause danos a si próprios ou a terceiros, como ocorre em patologias do foro psiquiátrico.

#### **4. Incumprimento das obrigações contratuais**

Chegou o momento de procedermos à análise do não-cumprimento da prestação de serviços médicos e os respectivos efeitos em matéria de responsabilidade civil.

O conceito de não-cumprimento pode abranger diferentes vertentes, a saber: a falta de cumprimento, que significa que não foi efectuada a prestação a que o

profissional se vinculou; mora na prestação, que consiste no retardamento ou demora na execução da prestação; e, por fim, o cumprimento defeituoso, que significa que o médico prestou um mau cumprimento ou um cumprimento imperfeito e, por conseguinte, violou determinados deveres de conduta.

Em sede de responsabilidade civil médica atendemos à modalidade de cumprimento defeituoso, porquanto as restantes modalidades não assumem relevância prática, pois raros serão os casos em que o médico se compromete a operar e não opera, ou que não opera em tempo acordado. Além disso, tendo em conta que o médico no exercício das suas funções, se encontra vinculado a um elenco de deveres estabelecidos no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, só um médico exacerbadamente negligente deixaria de cumprir a sua prestação médica ou não a cumpriria em tempo útil.

Se houver desconformidade entre as prestações devidas e aquelas que foram escolhidas e realizadas pelo médico, origina-se cumprimento defeituoso, nos termos do n.º 1 do artigo 799.º C.C, recaindo sobre o médico a obrigação de indemnizar os prejuízos sofridos pelo lesado.

O tratamento é defeituoso quando não esteja em consonância com a *legis artis* e pode ter na sua base a deficiente escolha das prestações especificadas pelo médico, como o são os actos médicos inadequados, a omissão de actos médicos adequados, os actos inúteis, a deficiente conexão entre os actos médicos seleccionados e a deficiente execução dos actos médicos seleccionados<sup>76</sup>.

Sublinhe-se que, na hipótese de ocorrência de cumprimento defeituoso da prestação médica, o profissional da saúde vê recair sobre si o encargo de elidir a presunção de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º C.C.

Feita a prova pelo paciente do prejuízo, da desconformidade entre as prestações devidas e as que foram realizadas pelo médico e ainda do nexo de causalidade entre o defeito e o dano, recai sobre o médico ou sobre a clínica a prova de que a desconformidade não provém de culpa sua. Além disso, correspondendo a obrigação do médico a uma obrigação de meios, não é suficiente ao doente provar o cumprimento defeituoso, ou seja, provar a não obtenção do resultado (a cura); ao invés terá de fazer

---

<sup>76</sup> Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, ob. cit., 115-117.

prova de que o médico não aplicou todos os meios ao seu alcance e não praticou todos os actos necessários para a obtenção daquele resultado.

Somente quando for realizada esta prova pelo lesado é que opera a presunção de culpa em desfavor do médico, que este pode elidir demonstrando em juízo que o dano não lhe é imputável, porque não lhe era exigível outro comportamento, e que a produção do dano teve origem em causas externas que não podia controlar<sup>77</sup>.

Para melhor compreender os efeitos do inadimplemento da obrigação médica, importa atentar aos trâmites inerentes ao sistema processual neste campo, nomeadamente ao conceito da prova, ao ónus probatório e, ainda à, aplicabilidade ou não aplicabilidade de uma presunção de culpa em sede de responsabilidade civil médica, atendendo à peculiaridade da actividade médica, aos valores em causa e à possível sobrecarga da posição do médico na lide.

---

<sup>77</sup> MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das obrigações Programa 2010-2011 Apontamentos*, 3ª Edição, AAFDL, Lisboa 2011, pp. 308-309.

# CAPÍTULO V – SISTEMA PROBATÓRIO TRADICIONAL E A SUA APLICAÇÃO NAS ACÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

## 1. Conceito e objecto da prova

A prova consiste na actividade realizada em processo para a demonstração da veracidade dos factos controvertidos alegados pelas partes (artigo 341.º do C.C.), com o intuito de formar a convicção do juiz sobre a realidade desses mesmos factos controvertidos. A função da prova reside assim na formação da convicção do juiz, de forma a esclarecer dúvidas sobre os factos carecidos de prova, para que uma das partes veja atendida a pretensão formulada em juízo<sup>78</sup>.

*“Pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão”<sup>79</sup>.*

Há uma diversidade de conceitos de prova na doutrina. Contudo não constitui objecto desta investigação uma esmiuçada análise de toda a doutrina sobre o conceito de prova. Não obstante, pode-se afirmar, atendendo às caracterizações feitas pela doutrina sobre o respectivo conceito, que a prova consiste na actividade destinada a demonstrar em juízo a veracidade dos factos controvertidos alegados pelas partes, cujo objectivo consiste na formação no espírito do juiz um estado de convicção de que determinado facto terá provavelmente acontecido<sup>80</sup>.

Utiliza-se o termo provavelmente, pois com a demonstração da veracidade de um facto não se pode alcançar uma certeza absoluta, visando-se somente criar no espírito do julgador a certeza relativa da realidade de um facto, na medida em que a verdade de um acontecimento do mundo externo e do mundo psíquico é sempre incerta e depende da forma como é absorvida pelo sujeito que a alega. Assim, a actividade

---

<sup>78</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudo sobre o novo processo civil*, 2ª Edição, Lex Lisboa, 1997, pp. 56-57.

<sup>79</sup> Cfr. MENDES, João de Castro, *Do Conceito de prova em processo civil*, Lisboa, 1961, pp. 741.

<sup>80</sup> Cfr. MARQUES, J.P. Remédio, *A Acção declarativa à luz do código revisto*, 3ª edição, Coimbra Editora, 2011, pp. 559-561.

probatória visa demonstrar a verdade processual, de pendor condicionado, pela forma como as partes equacionam o caso e pela eficiência dos meios de prova que a lei admite. Consiste numa verdade que se apoia numa racionalidade empírica dominada por um juízo de probabilidade, numa certeza relativa, e não numa verdade científica.

Nas palavras de REMÉDIO MARQUES:

*“A prova cuja actividade probatória persuasiva ocorre numa acção, visa apenas demonstrar a verdade processual; ela nunca pode aspirar à verdade fenomenológica, à reconstituição tal e qual dos factos”<sup>81</sup>.*

Porquanto, é neste âmbito que reside a importância do ónus da prova que recai sobre as partes, da distribuição do ónus probatório e da actividade probatória baseada nos princípios da igualdade das partes e do contraditório.

O objecto da prova compreende as realidades que necessitam de ser provadas para que a pretensão deduzida pelo autor venha a ser acolhida. Destarte, o objecto do processo tem por base as afirmações deduzidas pelas partes em juízo sobre os factos pertinentes à causa, que se propõem demonstrar através do uso dos meios de prova legalmente admissíveis.

São as partes que alegam em juízo os factos pertinentes para o acolhimento do seu pedido formulado, sendo que a prova só pode incidir sobre os factos alegados por uma das partes e impugnados pela contraparte (n.º 1 do artigo 574.º do C.P.C. e n.º 1 do artigo 587.º do C.P.C.), bem como sobre os factos necessitados de prova (artigo 410.º do C.P.C.), isto é, sobre os factos controvertidos e que assumem relevância para a decisão da causa, e sobre os factos que apesar de não serem controvertidos, carecem de prova, como o são, os factos previstos no n.º 2 e n.º 4 do artigo 574.º e artigo 568.º do C.P.C. Acresce que, são igualmente objecto de prova os factos instrumentais, na medida em que visam atingir a prova dos factos principais que as partes tenham alegado ou constituam factos acessórios relativamente a esses<sup>82</sup>. Assim, aparecem excluídos do âmbito do tema probatório, por não carecerem de alegação e prova por parte dos litigantes, os factos incontrovertidos (n.º 2 do artigo 574.º do C.P.C.), os factos notórios (n.º 1 do artigo 412.º e alínea c) do n.º 2 do artigo 5.º do C.P.C.), os factos de conhecimento

---

<sup>81</sup> Cfr. MARQUES, J.P. Remédio, ob. cit., pp. 560.

<sup>82</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, *A Acção Declarativa Comum – À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, pp. 206-207.

funcional (n.º 2 do artigo 412.º e alínea c) do n.º 2 do artigo 5.º do C.P.C.) e os factos officiosos<sup>83</sup>.

No âmbito da responsabilidade civil médica, o desenvolvimento da actividade probatória assume particular complexidade e dificuldade, na medida em que os factos alegados pelas partes serão maioritariamente técnicos, e por isso, desconhecidos pelos cidadãos leigos.

Conforme refere RUTE TEIXEIRA PEDRO<sup>84</sup>, a linguagem médica é muito própria, acessível somente ao conhecimento dos profissionais de saúde. Tal questão dificulta a tarefa do jurista em comprovar a violação de um determinado dever médico, visto que é confrontado com uma linguagem distinta e com uma matéria por ele não dominada.

Somente os próprios profissionais de saúde são capazes de afirmar que determinado facto produziu ou não determinado dano, comprovando-se assim a existência da violação de uma regra de ciência médica. A ser assim, torna-se crucial o meio de prova pericial, porquanto os peritos vêm a juízo dotados de conhecimentos na área, conferindo a sua visão ao julgador, desvendando o significado de afirmações proferidas no âmbito médico e a sua interligação com o resultado nefasto originado.

Sucedem, porém, que nem sempre o recurso aos peritos demonstra ser proveitoso; ao invés, por vezes, revela-se até incapaz de oferecer ao julgador uma visão clara dos acontecimentos, devido ao espírito de solidariedade que existe entre a classe, à carência de profissionais disponíveis para a peritagem e, ainda, ao próprio custo do serviço.

Pelo exposto, bem se compreende a complexidade existente na actividade probatória em sede da responsabilidade civil médica. A parte que sai normalmente prejudicada é o doente, aquele que intenta a acção e se vê confrontado com a dificuldade de cumprir o ónus de alegação e o conseqüente ónus da prova dos respectivos factos técnicos alegados.

Urge pois averiguar o instituto jurídico do ónus da prova no âmbito da responsabilidade civil médica, de forma a aferir a quem compete o encargo de provar

---

<sup>83</sup> Cfr. MARQUES, J.P. Remédio, ob. cit., pp. 561-566.

<sup>84</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 152-160.

determinado facto e a consequência da falta de prova para a parte que detinha o ónus probatório.

## **2. Ónus da prova. Ónus da prova objectivo e subjectivo**

O ónus da prova traduz-se para a parte onerada, no encargo de fornecer a prova de um facto, incorrendo nas desvantajosas consequências de se ter como verificado o facto contrário, caso não logre realizar essa prova<sup>85</sup>.

O cumprimento do ónus da prova é do exclusivo interesse da parte onerada, na medida em que só cumprindo esse ónus pode ver a sua pretensão acolhida, ao passo que com o não cumprimento recai sobre essa parte o risco de obter um resultado desfavorável no caso de não formar no julgador a convicção sobre a veracidade de um facto.

As regras do ónus probatório dirigem-se quer ao juiz (ónus da prova objectivo) quer às partes (ónus da prova subjectivo). Destarte, podemos fazer uma distinção entre o ónus da prova objectivo e subjectivo.

No que concerne à primeira vertente do ónus probatório (ónus da prova objectivo), esta prende-se com as consequências que resultam da falta de prova da realidade dos factos. Perante a falta de prova que origine no espírito do julgador uma dúvida insanável sobre a veracidade dos factos, ficciona-se que se encontra provado o facto contrário e emite-se uma decisão desfavorável à parte a quem competia, de acordo com os critérios legais de distribuição do ónus da prova, demonstrar a realidade desses factos.

O nosso sistema processual civil é marcado pelo princípio do inquisitório e do dispositivo na fase da instrução (o sistema é híbrido), na medida em que o tribunal além dos factos alegados pelas partes, pode investigar a ocorrência dos factos instrumentais e tomar em conta todas as provas produzidas que resultem desta actividade probatória (princípio da aquisição processual). Não obstante, apesar destes poderes atribuídos ao

---

<sup>85</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1979, pp. 196-197.

juiz para a descoberta da verdade, pode suceder que o juiz fique com dúvidas insanáveis sobre os factos essenciais<sup>86</sup>.

Nessas situações, o juiz terá que julgar como se tivesse uma convicção segura, ficcionando a prova do facto contrário e decidindo com base nessa ficção e, visto que a decisão terá por base esse facto contrário ficcionado, esta será desfavorável à parte onerada com a prova. Será aqui que intervém a regra do ónus da prova, que consiste numa regra de decisão. E tem o ónus da prova a parte contra a qual, na dúvida o juiz julga, resolvendo dessa forma o *non liquet* num *liquet* desfavorável a essa parte, nos termos do artigo 414.º do C.P.C<sup>87</sup>.

É pelo exposto que o ónus da prova conduz à necessidade de saber a quem compete o encargo probatório. É aqui que intervém a vertente do ónus da prova subjectivo, que, por sua vez, diz respeito à determinação da parte onerada com a prova do facto, ou seja, à distribuição do ónus da prova.

A regra geral para aferir da distribuição do ónus da prova vem enunciada no artigo 342.º do C.C. Assim, é ao autor que em princípio caberá o dever de alegar e provar factos que convençam o julgador das razões que militam a favor da sua pretensão, ao réu incumbirá demonstrar a inexistência desses factos ou a verificação de factos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão formulado pelo autor<sup>88 89</sup>.

Para uma adequada interpretação do referido artigo e ainda do artigo 414.º do C.P.C., faremos referência, por merecer o devido destaque, à construção elaborada por PEDRO FERREIRA MÚRIAS<sup>90</sup>.

O Autor defende a aplicabilidade da teoria das normas criada por ROSENBERG, sem prejuízo de alguns reparos que faz à mesma.

Nos termos da teoria das normas desenvolvida por ROSENBERG, as normas legais encontram-se compartimentadas em normas de base, que constituem as normas

---

<sup>86</sup> Cfr. MARQUES, J.P. Remédio, ob. cit., pp. 590-594.

<sup>87</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, ob. cit., 1979, pp. 196-200.

<sup>88</sup> Cfr. NUNES, Manuel Rosário, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, Almedina, 2ª edição, 2007, pp. 18.

<sup>89</sup> Cfr. LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I (Artigos 1º a 761º), 4.ª Edição Revista e Actualizada, Colaboração de Henrique Mesquita, Coimbra editora, 1987, pp. 305-306.

<sup>90</sup> Cfr. MÚRIAS, Pedro Ferreira, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, 1ª Edição, Editora Lex Lisboa, Lisboa, 2000, pp. 43-60.

constitutivas, e contranormas que consistem nas normas impeditivas, excludentes ou extintivas das primeiras. Esta distinção das normas é efectuada de acordo com a redacção legal, que autonomiza os diversos preceitos.

Para a convicção do tribunal é necessária a demonstração dos elementos da *facti species* da parte que a norma beneficia, caso contrário e perante a incerteza, o juiz decidirá contra essa parte. Nesta perspectiva, entende-se que, a parte que está dependente da aplicabilidade de uma norma jurídica para que a sua pretensão processual tenha sucesso, terá o encargo de provar a verificação dos elementos da *facti species* dessa norma no caso concreto. Cada parte terá de fazer prova dos pressupostos da norma que a favorece na demanda. Ou seja, a repartição do ónus da prova está dependente da “*estrutura sintáctica*” da lei, e não da posição das partes no processo, porquanto, não interessa quem seja o autor ou o réu no processo, mas sim quais as normas cujos pressupostos se concretizaram ou não.

Acrescenta ainda que, perante a falta de prova dos factos, o juiz só pode aplicar uma norma jurídica na circunstância de estar convencido da verificação de todos os pressupostos da norma; caso contrário, não aplica a norma e, conseqüentemente, o ónus da prova reverte em desfavor da parte a quem aproveitaria a aplicação do referido preceito.

Como foi referido, PEDRO FERREIRA MÚRIAS defende a aplicabilidade da teoria das normas como critério a seguir para a distribuição do ónus da prova, contudo, não sem antes, lhe apontar alguns reparos<sup>91</sup>.

Como primeira crítica, alega o Autor que não deverá ser feita uma distinção entre normas constitutivas e normas impeditivas, pois que não existe uma diferença substantiva entre as mesmas. Existe uma equivalência material entre as normas impeditivas e as normas constitutivas quando as mesmas prevejam ocorrências inversas, devendo substituir-se, nessas circunstâncias, o conceito de “*facto impeditivo*” por o de “*norma especial do ónus da prova*”.

De seguida, critica o fundamento adoptado por ROSENBERG no que diz respeito ao ónus da prova. ROSENBERG, conforme *supra* referido, entende que o juiz só pode aplicar uma norma jurídica caso esteja convencido da verificação de todos os

---

<sup>91</sup> Cfr. MÚRIAS, Pedro Ferreira, ob. cit., pp. 43-60.

elementos da previsão legal, pois que, caso contrário, não aplica a norma. Ora, entende o Autor que, no âmbito da repartição do ónus probatório, o conceito de não aplicar certa norma traduz-se na aplicação da norma contrária. Acrescenta que toda a resolução jurídica de um caso concreto, se consubstancia na aplicação de normas, porque, caso contrário, não será jurídica. Toda a solução assente no ónus probatório consiste na aplicação de normas substantivas aplicáveis ao caso.

Por último, contesta a exigência da certeza relativamente a todos os pressupostos da norma para que esta possa ter aplicação. Afirma o Autor que é vicioso o entendimento de que uma decisão tem que assentar somente em factos provados, porquanto a incerteza significa precisamente que não se provou nenhum dos factos contrários (ambos são factos) e o ónus da prova manda julgar de acordo com um desses factos, aplicando sempre a norma.

Pelo exposto, conclui-se que o Autor rejeita dois dos pressupostos resultantes da teoria das normas de ROSENBERG, que são: (i) a autonomia substantiva das normas impeditivas e (ii) o fundamento do ónus da prova no que diz respeito à aplicação de uma norma somente quando o juiz tiver convencido da verificação de todos os seus pressupostos da norma.

Nesta senda, o Autor propõe uma alteração pontual da teoria das normas defendida por ROSENBERG e proclama nesses moldes a sua aplicabilidade, mormente no que diz respeito à distinção entre normas constitutivas, excludentes e extintivas; à atribuição de um papel fulcral à sintaxe dos textos legais; e ainda à indiferença da posição processual das partes para a distribuição do ónus da prova.

ANTUNES VARELA<sup>92</sup> defende igualmente a teoria das normas. Alega este Autor que cada uma das partes terá o ónus de alegar e provar os factos correspondentes à previsão da norma que aproveita à sua pretensão ou à sua excepção. Isto é, o ónus probatório dos factos cabe à parte cuja pretensão processual somente obterá sucesso mediante a aplicação da norma de que eles são pressupostos, tendo cada parte o ónus de provar os factos relativos aos pressupostos das normas que lhe são favoráveis. Portanto, tendo em conta que na lei existe regra e excepção, a parte cuja pretensão se apoia na

---

<sup>92</sup> Cfr. VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel e NORA e Sampaio, *Manual de Processo Civil*, 2ª edição, Revista e Actualizada de acordo com o Dec. – Lei 242/85, Coimbra Editora, 1985, pp. 452-457.

norma-regra tem de provar os factos que constituem a hipótese dessa norma, mas já não a existência dos que constituem a hipótese da norma-excepção.

Os Autores que sufragam a aplicação da teoria das normas, baseando-se numa maior certeza jurídica, alegam ser esta a melhor forma de garantir às partes o conhecimento mais objectivo da distribuição do ónus probatório, permitindo uma previsão sobre o desfecho do litígio<sup>93</sup>.

### **3. O regime do ónus da prova na responsabilidade contratual**

Enunciados os critérios gerais respeitantes ao ónus da prova, importa agora aludir, em especial, por assumir particular relevância na presente investigação, ao ónus da prova nas acções de indemnização por incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação.

Na presença de um inadimplemento de uma obrigação assumida em sede contratual é ao réu que incumbe o ónus de provar a ausência de culpa no não cumprimento da obrigação.

Tal entendimento tem expressa consagração no n.º 1 do artigo 799.º do C.C., preceito que estabelece que “*incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua*”. A imputação do incumprimento ao devedor que vem referido no artigo somente tem relevância a título de culpa e só operará a presente presunção na circunstância de o credor demonstrar os restantes pressupostos da responsabilidade contratual.

A base de sustentação da linha de raciocínio seguida pelo legislador, aquando da construção do referido artigo, consistiu na circunstância de consubstanciar uma tarefa árdua atribuir ao lesado o encargo de provar a culpa do lesante, na medida em que apresentar-se-ia de acrescida dificuldade entrar no estado de consciência, nos conhecimentos e nas intenções deste último. É nessa perspectiva que surge a presunção que dita que na circunstância de se encontrar provado um facto conhecido, ou seja, o

---

<sup>93</sup> Cfr. MÚRIAS, Pedro Ferreira, ob. cit., pp. 43-60 e VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel e NORA e Sampaio, ob. cit., pp. 452-457.

cumprimento defeituoso ou incumprimento da prestação, permite-se presumir a culpa, recaindo sobre o lesante o encargo de afastar esta presunção através de factos que demonstrem que o inadimplemento se ficou a dever a uma causa externa que não podia evitar.

Noutras palavras, feita a prova pelo lesado dos pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente, o facto voluntário (acção ou omissão), a ilicitude (violação produzida na relação obrigacional dentro do leque de deveres que, nos termos do contrato impendiam sobre o lesante), o dano (prejuízo sofrido) e o nexo de causalidade entre o facto e o dano (relação entre o facto voluntário e a violação de um dever compreendido na relação obrigacional), recai sobre o lesante uma presunção de culpa, que pode destruir através de prova do contrário, caso venha a provar a inexistência de culpa e, por conseguinte, que o incumprimento ou o cumprimento defeituoso se ficou a dever a outrem (nomeadamente ao lesado) ou a um facto externo que ele não podia controlar. Portanto, provada a falta ou deficiência da prestação realizada, a lei presume que estas derivaram de uma atitude censurável do devedor, eximindo dessa forma, o credor de provar o comportamento concreto e culposos que originou esse incumprimento ou essa deficiência na prestação realizada.

Pelo exposto, retira-se do enunciado que, na responsabilidade civil obrigacional, a culpa presume-se nos termos do n.º 1 do artigo 799.º do C.C., cabendo, por isso, ao lesado provar os requisitos que fundamentam a responsabilidade civil (à excepção da culpa), nos termos da regra geral do artigo 342.º do C.C, ao passo que ao lesante caberá provar a inexistência de culpa<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Cfr. RAMOS, José Luís Bonifácio, «O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor» in *Revista Jurídica AAFDL*, 22, 1998, pp. 427-429.

# **CAPÍTULO VI- ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE O ÓNUS DA PROVA EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

## **1. Considerações iniciais**

Atentos os tópicos gerais relativos à matéria da prova *supra* mencionados, examinaremos agora o sistema probatório na acção de responsabilidade civil contratual médica no nosso ordenamento jurídico.

Veremos se o sistema tradicional no que respeita à prova, com particular incidência no ónus da prova da culpa, se mostra idóneo e suficientemente capaz para fazer face aos problemas que têm surgido à volta destas particulares acções.

Destarte, importa atender, para o efeito, aos vários entendimentos da doutrina relativamente à questão do ónus da prova nesta matéria.

## **2. A questão da prova da culpa abordada pela doutrina portuguesa**

### **2.1. Primeira teoria<sup>95</sup> – a não aplicabilidade da presunção de culpa**

Esta corrente entende que, não obstante a responsabilidade civil médica assumir por regra, natureza contratual e levar à aplicação do n.º 1 do artigo 799.º C.C., a presunção de culpa ínsita no mesmo artigo não deve ser aplicada em matéria de responsabilidade civil médica, pois o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual.

No entendimento perfilhado por MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA<sup>96</sup>, a aplicação da presunção legal de culpa presente no n.º 1 do artigo 799.º C.C. significaria presumir que os deveres médicos foram incumpridos, o que se consubstancia numa agravacção escusada da posição do médico perante o doente, pelo que a ser assim,

---

<sup>95</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., pp. 136-144, e, NUNES, Manuel Rosário, ob. cit., pp. 48-56.

<sup>96</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., pp. 136-144.

qualquer dano ou lesão seria imputável a um acto médico negligente do médico. O profissional de saúde, para elidir a presunção legal de culpa, teria então que fazer prova de que cumpriu todos os seus deveres ou demonstrar que os danos produzidos foram originados por circunstâncias imprevisíveis que saíram do controlo do médico, o que corresponderia a um difícil tarefa probatória.

Acrescenta ainda que a celebração de um contrato entre as partes não vem acrescentar nenhum dever específico aos deveres gerais a que o médico se encontra adstrito, motivo pelo qual, a existência do contrato não deverá ter relevância para o ónus da prova.

Com base nesta linha de argumentação, defende que a presunção de culpa não deve ser aplicada em sede de responsabilidade civil médica, não sendo justo agravar a posição processual do médico com a demonstração de resultados que não garantiu, devendo por isso, o ónus da prova ser determinado exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual.

Devido à incerteza e imprecisão subjacente à ciência médica, o profissional, em princípio, não assume uma obrigação de resultados e, por conseguinte, é ao doente ou aos seus familiares que cabe o encargo de provar a culpa do médico e os demais pressupostos da responsabilidade civil enquanto factos constitutivos do direito à indemnização, nos termos do n.º 1 do artigo 342.º do C.C. Portanto, não cabe ao médico elidir a presunção de culpa, visto que, em regra este não se vincula a uma obrigação de resultados, mas sim a uma obrigação de meios, o que origina apenas a obrigação de adoptar um comportamento que conduza a um resultado. Nessa perspectiva, o ónus da prova nesta matéria é determinado exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual, ou seja, é ao doente que cabe provar todos os factos constitutivos da violação do dever do profissional de saúde<sup>97</sup>.

Destarte, caso o doente não prove o pressuposto da culpa e demais pressupostos legais, a acção será julgada improcedente formando-se *non liquet*, julgando o tribunal contra a parte a quem incumbia a prova, ou seja, contra o doente. O médico nada tem que provar, enquanto tal prova não vier a ser realizada pelo lesado, porquanto o encargo cabe a este último.

---

<sup>97</sup> Cfr. NUNES, Manuel Rosário, ob. cit., pp. 48-56.

Atentas as dificuldades probatórias do doente, que os apologistas desta corrente reconhecem, é apresentado um mecanismo para salvaguarda dos interesses do lesado, denominado de prova de primeira aparência, que adiante se analisará.

## **2.2. Segunda teoria<sup>98</sup> – a aplicabilidade da presunção de culpa**

A presente corrente entende que deve operar a presunção de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C., quer a obrigação seja de meios ou de resultados, cabendo ao médico, caso queira eximir-se da responsabilidade, provar que agiu com a diligência exigível pelas boas práticas e que por isso, a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não adveio de culpa sua, mas sim de outras causas externas que não lhe poderão ser imputáveis.

No seguimento, os defensores desta tese alegam que, caso o doente tenha feito a prova da existência da relação contratual contraída entre as partes, bem como a demonstração dos factos que consubstanciam o cumprimento defeituoso, recai sobre o médico o ónus probatório da sua diligência. A prova a ser realizada pelo médico não é impossível, porquanto o médico tem ao seu dispor os meios de prova no seu arquivo, ou seja, as fichas clínicas, o processo descritivo da patologia do doente e, para além disso, dispõe de todos os conhecimentos técnicos que tem na área. Pelo que, por um lado, a posição processual do médico não é sobrecarregada, e, por outro lado, não se dificulta a posição processual do doente, que por si só já é débil, visto que não tem ao seu dispor os meios de prova necessários, nem muito provavelmente, a colaboração de outros médicos e, pior, não dispõe de quaisquer conhecimento técnicos na matéria em causa para conseguir demonstrar a culpa do médico<sup>99</sup>.

A obrigação assumida pelo médico deve ser qualificada como uma obrigação de meios e não deve constituir um entrave à aplicação do encargo do ónus da prova da culpa sobre o médico. O n.º 1 do artigo 799.º do C.C. estabelece uma presunção de culpa do devedor, sem fazer a distinção entre obrigação de meios e de resultados, pelo que, independentemente da obrigação que esteja em causa, aplica-se o citado preceito.

---

<sup>98</sup> Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, ob. cit., pp.473-480; DIAS, Figueiredo e MONTEIRO, Sinde, ob. cit., pp. 45-46; RODRIGUES, Álvaro Da Cunha Gomes, ob. cit., pp. 208-210; PEREIRA, André Gonçalo Dias, ob. cit., pp. 199-200 e GASPAR, António Silva Henriques, ob. cit., pp. 343-345.

<sup>99</sup> Cfr. RODRIGUES, Álvaro Da Cunha Gomes, ob. cit., pp. 209.

Ademais, sempre se dirá que a presunção de culpa do devedor foi estabelecida, porque é este quem domina o modo de execução do contrato, encontrando-se por isso em melhor posição para demonstrar se realizou bem ou mal o seu dever. Tal domínio por parte do médico existe, quer a obrigação seja de meios ou de resultados, pelo que é justo que seja este a suportar o risco da má prática médica<sup>100</sup>.

Destarte, a natureza da obrigação é relevante sim, mas somente para efeitos da prova do incumprimento do contrato ou cumprimento defeituoso, ou seja, o doente tem de fazer prova de que não lhe foram prestados os melhores cuidados, caso a obrigação do médico seja de meios. Esta tarefa já apresenta um elevado grau de dificuldade, mas não uma impossibilidade, como seria se se entendesse que o doente teria de provar que o médico, nas circunstâncias em que actuou, devia ter agido de maneira diferente. Nesta senda, é justo o entendimento perfilhado de que recai sobre o médico o ónus de provar que actuou sem culpa, nomeadamente demonstrando que o dano decorreu da existência de uma causa estranha, não controlável por si.

Pelo exposto, dá-se a inversão do ónus da prova, que faz incidir sobre o médico o encargo de realizar a prova do contrário do facto presumido, provando a inexistência de culpa no caso concreto ou que o dano proveio de qualquer outra causa que não lhe deva ser imputável.

Desta forma, mais facilmente terão as acções de responsabilidade civil médica hipóteses de ser declaradas procedentes, visto que não cai sobre o doente a incumbência processual de demonstrar factos que caracterizam a culpa do médico.

### **2.3. Terceira teoria<sup>101</sup> – na obrigação de meios não se presume a culpa, na obrigação de resultados presume-se**

A terceira corrente centra-se na dicotomia existente entre obrigação de meios e obrigação de resultados para fazer operar ou não a presunção de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C. Ao contrário da anterior teoria exposta, aqui a qualificação da

---

<sup>100</sup> Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, ob. cit., pp. 480.

<sup>101</sup> Cfr. ALMEIDA, J.C. Moitinho De, ob. cit., pp. 336-338; DIAS, João Álvaro, ob. cit., pp. 225-226 e FARIA, Jorge Leite Ribeiro de, *Estudo de Direito das obrigações e discursos académicos*, 1ª Edição, Porto, 2009, pp. 268-284.

obrigação do médico como de meios ou de resultados interfere na distribuição do ónus da prova.

O ónus da prova da culpa opera de forma diversa consoante o tipo de obrigação a que o médico se vinculou. Na hipótese de a obrigação ser de meios, incumbe ao doente provar que a conduta do médico não foi conforme com a *legis artis* direccionada no sentido de alcançar a produção do resultado pretendido, ao passo que, se a obrigação for de resultados, basta ao doente demonstrar que o resultado não foi alcançado para se presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do médico (prova do incumprimento).

Destarte, nos casos em que o dano decorreu da falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso de uma obrigação de meios, não haverá inversão do ónus da prova e incumbe ao doente a prova da culpa. Entende-se que fazer impender sobre o médico o encargo de provar que a sua actuação não foi desconforme com a *legis artis* e foi propícia à obtenção de um determinado resultado, como a cura, corresponderia a uma tarefa quase impossível, visto que a prova incidiria sobre uma afirmação negativa indefinida<sup>102</sup>.

Todavia, se o dano proveio da falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso de uma obrigação de resultados, já haverá inversão do ónus da prova e a culpa do médico presume-se. Incumbe, nestes termos, ao médico a prova dos factos susceptíveis de demonstrar que o resultado danoso ocorreu por factos estranhos que não lhe deverão ser imputáveis. A título de exemplo, um médico obstetra com quem é acordada a tarefa de extrair o feto de um parto deve ser responsável se o objectivo contratual não vier a ser alcançado, atento o seu conhecimento técnico – científico especializado, que constituiu o pressuposto da contratação do seu serviço.

Pelo que, para os seguidores desta corrente, o que assume relevância para a distribuição do ónus probatório é aferir aquilo que foi objecto de contratação entre o médico e o doente de forma a se saber qual a obrigação que foi assumida pelo médico no caso concreto, obrigação de meios ou de resultados, visto que as consequências de uma e de outra obrigação em sede processual e para efeitos da aplicação da presunção de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C. são diversas.

---

<sup>102</sup> Cfr. DIAS, João Álvaro, ob. cit., pp. 225.

A pedra angular desta corrente reside na dicotomia entre obrigação de meios e de resultados, onde se entende que é justo que um profissional de saúde que assuma a obtenção de um determinado resultado, venha a ser confrontado com o encargo probatório da não obtenção do resultado cabendo-lhe por isso provar a inexistência de culpa para a produção do resultado danoso.

Na hipótese de estarmos perante uma obrigação de meios, o entendimento é diverso, pois o médico vinculou-se somente a prestar os melhores cuidados de acordo com a *legis artis* e não garantiu a obtenção de um certo resultado, pelo que, perante a situação de falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso, o doente teria de provar a culpa do médico, não operando a inversão do ónus da prova.

Em conformidade, RIBEIRO DE FARIA<sup>103</sup> justifica a não aplicação da presunção de culpa nas obrigação de meios, afirmando que o nosso legislador quando formulou o quadro legal dedicado ao não cumprimento fê-lo a pensar somente na obrigação de resultados, justificando-se assim, que perante uma obrigação de resultados, o nosso direito auxilie o credor, estabelecendo-se uma presunção de culpa. Já na obrigação de meios, o raciocínio deve ser outro, não se enquadrando no quadro contratual que o legislador desenhou propositadamente para as obrigações de resultados. Neste tipo de obrigações o que está em causa é a violação de um dever de diligência que se consubstancia num critério de ilicitude (que por sua vez coincide com o conceito de culpa) pelo que se encaixa nos pressupostos da responsabilidade civil que terão que ser provados pelo doente.

Nesta perspectiva, o referido Autor alega que, na responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação de resultados, presume-se a culpa e incumbe ao doente provar a ilicitude e demais pressupostos, ao passo que, na responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação de meios, o doente, para além de ter que provar a ilicitude e demais pressupostos tem de provar a culpa visto que a ilicitude e a culpa coincidem entre si.

---

<sup>103</sup> Cfr. FARIA, Jorge Leite Ribeiro de, ob. cit., pp. 268-284.

## **2.4. Quarta teoria<sup>104</sup> – na obrigação de resultados presume-se a culpa, ilicitude e o nexo de causalidade, na obrigação de meios presume-se a culpa**

Nos termos desta corrente doutrinária em sede de responsabilidade civil contratual, deve operar a presunção de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C., invertendo-se o encargo probatório do pressuposto de culpa, que passa a incumbir ao profissional da saúde. Contudo, acrescenta-se que a natureza da obrigação assumida pelo médico influencia a repartição do ónus da prova, especialmente em relação ao pressuposto da ilicitude.

Ou seja, aqui tem igualmente relevo a dicotomia obrigação de meios e de resultados, atribuindo-se diferentes consequências probatórias consoante o tipo de obrigação em causa. O que é distinto é o que se tem que provar em caso de cumprimento defeituoso, sendo no momento da discussão da prova que interfere a natureza da obrigação do médico no caso concreto.

Ora, na obrigação de resultados o lesado tem de demonstrar que a obrigação se constituiu através da prova do facto de onde a respectiva obrigação proveio, bem como tem de demonstrar os prejuízos sofridos. Feita esta prova, o ónus transfere-se integralmente para o lesante. O mesmo é dizer que, na obrigação de resultados, a presunção de culpa tem aplicabilidade e abrange quer a ilicitude, que por sua vez, é entendida como a desconformidade objectiva entre o que deveria ter sido feito e o que efectivamente se fez, quer o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano sofrido.

O médico tem sempre a possibilidade de elidir a presunção através da demonstração de que a obrigação veio a ser cumprida, que o cumprimento não é ilícito ou que, mesmo tendo sido ilícito, não procede de culpa sua, ou, ainda, que não existe um nexo causal entre o incumprimento ilícito e culposo e os prejuízos sofridos pelo doente.

De forma diversa opera o ónus probatório se a obrigação assumida pelo médico for de meios. Nessa circunstância, é o lesado que tem de provar a ilicitude, que tem um significado diferente daquele que foi referenciado para a obrigação de resultados. Aqui o conceito de ilicitude integra elementos próprios da culpa. Não obstante, os

---

<sup>104</sup> Cfr. RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Obrigações de meio e obrigações de resultado*, Editora Coimbra, 2010, pp. 118-131 e 168-169.

pressupostos mantêm-se autónomos e individualizáveis: a violação de um dever objectivo de cuidado constitui um elemento próprio da ilicitude, ao passo que a atitude pessoal interior de descuido perante uma norma de comportamento comporta um elemento da culpa negligente.

Ou seja, para se ver realizada a prova da ilicitude, tem o doente de demonstrar que o médico violou um dever objectivo de cuidado que sobre ele impendia. A prova dos demais pressupostos, com excepção da culpa, ficam igualmente a cargo do paciente.

O doente não tem que provar a culpa, pois no que a esta diz respeito dá-se uma inversão do ónus da prova por força do n.º 1 do artigo 799.º do C.C. Recai assim, sobre o médico a prova de que não actuou com culpa, isto é, que não assumiu uma atitude interior de descuido perante uma norma de comportamento.

Nesta senda, para este segmento da doutrina, a distinção entre o tipo de obrigação assumida pelo médico é essencial e tem consequências a nível do ónus da prova. Na obrigação de meios, a presunção de culpa tem um alcance mais restrito, reduzindo-se a presunção ao juízo de censurabilidade pessoal da conduta do médico e, por conseguinte, o encargo do médico é menor, visto que somente terá que elidir a presunção de culpa. Já na obrigação de resultados, a presunção de culpa tem um alcance mais abrangente, visto que abarca também a ilicitude e o nexo de causalidade entre o facto ilícito praticado e o dano produzido e, em consequência, o encargo do médico é maior, na medida em que terá de elidir a presunção da culpa que, por sua vez, abrange a ilicitude e o nexo de causalidade.

No reverso da moeda, o doente, nas obrigações de meios, tem de alegar e comprovar a ilicitude que comporta elementos próprios da culpa, e ainda o nexo de causalidade, ao passo que, nas obrigações de resultado, tem somente de fazer prova do facto praticado pelo médico e do dano sofrido.

## **CAPÍTULO VII – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O ÔNUS DA PROVA EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

### **1. Tipologia dos critérios jurisprudenciais na questão do ônus da prova**

No presente capítulo será feita uma análise de alguns acórdãos, de forma a compreender a incidência da responsabilidade civil médica a nível prático e os critérios seguidos pelos nossos tribunais no que concerne ao ônus da prova nesta matéria.

Para a escolha dos vários acórdãos teve-se em consideração a problemática do ônus probatório nas quatro correntes doutrinárias *supra* elencadas, de forma a conseguir discernir as correntes jurisprudenciais que apoiam umas e outras teorias.

Destarte, os critérios seguidos pelos nossos tribunais serão aqui individualizados conforme o diferente entendimento perfilhado sobre o ônus da prova, para que se possa vislumbrar a divergência existente nas decisões jurisprudenciais.

Nalguns acórdãos observados foi celebrado um contrato de prestação de serviços médicos nos termos do artigo 1154.º do C.C., e, por isso, a matéria é tratada no âmbito da responsabilidade civil contratual. Outros, pela circunstância de ter ocorrido uma violação de um direito absoluto ou de uma norma de protecção no âmbito de uma relação contratual contraída entre as partes, tratam do concurso das duas modalidades de responsabilidade civil. Encontram-se, desta forma, excluídos da presente investigação feita à jurisprudência dos nossos tribunais superiores os casos em que a conduta censurável praticada pelo médico ocorre estritamente em sede de uma Instituição Pública de Saúde, o que conduziria, em princípio, à aplicabilidade do regime da responsabilidade extracontratual.

O cerne da questão reside em aferir se os tribunais têm vindo a aplicar ou não a presunção legal de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C. e quais as consequências que daí advêm para a decisão do caso concreto.

## 1.1. Primeira teoria<sup>105</sup>

Esta corrente minoritária, ao contrário das demais reveste a particularidade de rejeitar a aplicação da presunção legal de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C. num quadro contratual. Ao invés, sufraga o entendimento de que se deve aplicar nos casos em que exista um contrato celebrado entre doente e médico o regime da responsabilidade civil aquiliana, que, por sua vez, não prevê uma inversão do ónus da prova, recaindo o encargo probatório dos pressupostos da responsabilidade civil sobre o doente. Como alternativa à aplicação da aludida presunção legal apresenta um outro critério decisório, que consiste na prova de primeira aparência.

A celebração de um contrato, em caso de produção de danos, dá origem a uma responsabilidade contratual, cujo objecto contratual assumido pelo profissional de saúde consiste numa obrigação de meios em que este somente se vincula a empregar uma determinada diligência direccionada à obtenção da cura, mas já não à produção de um resultado. E, conseqüentemente, considera-se que não cabe ao médico elidir qualquer presunção legal de incumprimento, visto que o regime do ónus da prova em matéria de responsabilidade civil médica deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual. A ser assim, cabe ao doente provar todos os factos constitutivos da violação do dever do médico, que correspondem aos pressupostos da responsabilidade civil.

Nesta perspectiva, bem se compreende a dificuldade probatória com o qual o doente se vê confrontado. Atentas tais dificuldades, sempre se deverá salvaguardar a posição do lesado, apresentando-se, como solução alternativa à inversão do ónus da prova, a prova de primeira aparência, que virá compensar a repartição legal do ónus da prova imposta pelo artigo 342.º do C.C., através de uma livre apreciação da prova por parte do julgador.

Este mecanismo assume notória relevância nos pressupostos da culpa e do nexó de causalidade, uma vez que se considera que, caso seja produzido um dano na saúde do doente em momento posterior à prática de um determinado acto médico, presume-se que aquele acto médico foi adequado à produção da lesão. E ainda, na circunstância de

---

<sup>105</sup> Cfr. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa: Apelação 10328/2006-1, de 24.04.2007, Relator Rui Vouga e Apelação 4018/2006-1, de 22.05.2007, Relatora Isoleta Almeida e Costa. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

estarmos na presença de um erro grosseiro, que corresponde a uma violação indubitável de um diagnóstico ou tratamento, ao recorrer-se a uma prova *prima facie* consegue-se indiciar a negligência do médico, sendo-lhe o dano imputável, segundo a normalidade das coisas.

Trata-se, portanto, de uma técnica dedutiva, baseada na experiência comum e normalidade das coisas, que tem vindo a ser usada nos nossos tribunais e que permite concluir que houve uma prática negligente por parte do médico.

Assim sendo, recorre-se a este mecanismo para indiciar a negligência do médico, segundo a normalidade das coisas, e este, por sua vez, terá sempre a possibilidade de provar que não houve qualquer nexo de causalidade entre o dano produzido e um erro de diagnóstico/tratamento ou que a lesão produzida se deve a um nexo causal que não lhe deverá ser imputável. Caso o profissional de saúde não prove a inexistência de qualquer nexo de causalidade entre o dano e o erro de tratamento por ele cometido, fica constituído na obrigação de indemnizar os danos, devido a uma actuação profissional tida de forma negligente.

### **1.1.1. Críticas aos critérios jurisprudenciais da primeira teoria**

Importa agora atentar aos critérios de decisão proclamados pelo sector jurisprudencial que converge com os ditames da primeira corrente doutrinária e tecer algumas considerações.

No que diz respeito à repartição do ónus probatório, a corrente jurisprudencial considera que o doente tem de provar todos os pressupostos da responsabilidade civil, pois que, declina a aplicação da presunção legal de culpa, com o fundamento de evitar sobrecarregar a posição do médico.

Pois bem, não se compreende a *ratio* desta fundamentação, uma vez que, como se constatou ao longo da análise de um conjunto de acórdãos dos nossos tribunais superiores, a grande maioria das decisões tomadas em sede de responsabilidade civil médica são de improcedência, devido a uma insuficiência de prova por parte do doente.

A questão da aplicabilidade da presunção da culpa em desfavor do médico só funciona caso o doente tenha provado os demais pressupostos da responsabilidade civil, como o são o facto voluntário, a ilicitude, o dano e o nexo causal entre o facto e o dano.

Tal tarefa probatória tem-se revelado árdua para o paciente, na medida em que, muitas vezes, este não consegue demonstrar em juízo a desconformidade entre os actos médicos e a *legis artis*, ou, por outras palavras, o incumprimento objectivo dos deveres do médico, a inadequação ou má execução do acto médico. Em regra, a natureza da obrigação assumida pelo médico consiste numa obrigação de meios, pelo que não é suficiente a prova de que o resultado almejado não veio a ocorrer. Ao invés, a prova é mais exigente, tendo o lesado de demonstrar, conforme foi referido, a desconformidade entre a conduta adoptada pelo médico e o conjunto de regras gerais da ciência médica.

Portanto, a questão da elisão da culpa por parte do médico, na maioria dos casos, não se coloca, porque o doente não chega sequer a conseguir fazer prova dos restantes pressupostos da responsabilidade civil, o que situa o médico numa posição confortável de inércia até ser cumprido do ónus probatório por parte do lesado.

Pelo exposto, desconfia-se da afirmação de que a presunção presente no n.º 1 do artigo 799.º do C.C. sobrecarrega a posição processual do médico, que aliás, sempre dispõe dos meios de prova necessários para elidir a presunção de culpa e será o único em juízo a deter um acervo de conhecimentos técnicos necessário para esclarecer a situação controvertida.

Ademais, a presunção de culpa no âmbito da responsabilidade contratual está expressamente prevista na lei pelo que, contraria-la, para além de originar uma violação à confiança e certeza do direito, representaria uma ofensa ao princípio da igualdade de armas, visto que iria complicar ainda mais a posição processual do doente, que já por si só é débil e precária.

## 1.2. Segunda teoria<sup>106</sup>

Actualmente, a presente corrente consiste na posição que tem sido seguida maioritariamente pelos nossos Tribunais.

Assevera-se que a natureza contratual da obrigação de indemnizar tem influência na repartição do ónus da prova da culpa, na medida em que, existindo um incumprimento dos deveres contratuais a que o médico se vinculou aquando da celebração do contrato, se aplica o regime da responsabilidade contratual prevista nos artigos 798.º e seguintes do C.C.

Destarte, em sede da responsabilidade contratual procede-se à aplicação do n.º 1 do artigo 799.º do C.C., onde um dos pressupostos da responsabilidade civil, a culpa, se presume. Dos cinco pressupostos necessários à obtenção de uma indemnização, o doente não necessita de fazer prova da culpa, visto que esta encontra-se presumida, por força do aludido artigo a favor do doente, podendo vir a ser elidida pelo médico mediante prova do contrário, nos termos do n.º 2 do artigo 350.º do C.C.

Entende-se que se deve atribuir o ónus da prova a quem se encontra numa melhor posição, sendo por isso justo atribuir ao médico o ónus de demonstrar que não teve culpa, que não houve erro técnico-profissional e que recorreu às leis da arte e meios da ciência médica.

Note-se que, se presume a culpa, mas já não os demais pressupostos da responsabilidade civil. A prova da existência do vínculo contratual e a demonstração dos factos que indiciem o incumprimento ou o cumprimento defeituoso do médico está a cargo do doente. É sobre este que impende o ónus de demonstrar o facto ilícito, que corresponde aos factos que integram o não cumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação, o dano, que consiste nos prejuízos que sofreu com a conduta tida pelo profissional de saúde, e o nexo de causalidade entre o ilícito contratual e os danos produzidos.

---

<sup>106</sup> Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 4057/02, de 17.02.2002, Relator Afonso de Melo; Recurso de Revista 07A2334, de 18.09.2007, Relator Alves Velho; Recurso de Revista 2443/02, de 09.05.2002, Recurso de Revista 08A183, de 04.03.2008, Relator Fonseca Ramos; Relator Neves Ribeiro; Recurso de Revista 3800/07, de 22.11.2007, Relator Rui Maurício; Recurso de Revista 08B1800, de 15.10.2009, Relator Rodrigues dos Santos; Recurso de Revista 674/2001.P.L.S1, de 22.09.2011, Relator Bettencourt de Faria. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa: Recurso de Apelação 1360/2007-7, de 11.07.2007, Relatora Rosa Ribeiro Coelho e Recurso de Apelação 5239/07.5TVLSB.L1-2, de 07.04.2011, Relator Jorge Leal. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

O incumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação é um facto constitutivo do direito à indemnização, pelo que é o doente quem tem de provar o incumprimento. Sobre o médico recai a prova do ónus da prova do cumprimento da obrigação, pois que tal representa um facto extintivo do direito invocado, nos termos do n.º 1 do artigo 342.º do C.C.

Tem sido entendido comumente pela nossa jurisprudência que a prática de um acto médico implica para o profissional uma obrigação de meios, visto que este somente se obriga a desenvolver uma actividade diligente direccionada para a obtenção do resultado, como o é a cura, sem garantir a produção do mesmo. E, a ser assim, no âmbito de uma obrigação de meios, não é suficiente demonstrar a não obtenção de um determinado resultado para que exista incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação médica. Ao invés, o doente tem de fazer prova da desconformidade entre os actos praticados e a *legis artis*. Tem de alegar e provar o incumprimento objectivo dos deveres do médico, a inadequação ou má execução do acto médico, obtendo desta forma a prova do pressuposto ilicitude, que é crucial para a procedência do pedido de indemnização.

Sem a realização da aludida prova, com excepção das situações escassas em que o médico se vincula a determinado resultado, os tribunais têm vindo a julgar improcedentes as acções de responsabilidade civil médica.

Não obstante, considera-se que a dicotomia entre obrigação de meios e de resultados somente tem relevância na determinação do que deverá ser provado pelo paciente, e já não na repartição do ónus da prova, pois entende-se que quer esteja em causa uma obrigação de meios ou de resultados, incide sobre o médico a presunção do n.º 1 do artigo 799.º do C.C., visto que a facilidade de prova está do seu lado.

Considera-se que, não demonstrados os pressupostos da responsabilidade civil que o doente tem de provar, a questão da elisão da culpa pelo médico já não se coloca, ou seja, a presunção da culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C. só tem operacionalidade prática caso o doente tenha cumprido o seu ónus probatório.

Noutras palavras, o médico só tem de provar a sua diligência contratual caso o doente tenha provado a existência do vínculo contratual e os factos demonstrativos do

seu incumprimento ou cumprimento defeituoso, pois que, se tal prova não vier a ser realizada, o pedido de indemnização, em princípio, será julgado improcedente<sup>107</sup>.

### 1.2.1. Críticas aos critérios jurisprudenciais da segunda teoria

Chegados a este ponto, importa tecer algumas considerações sobre aquele que tem sido o critério maioritariamente adoptado pela nossa jurisprudência aquando da resolução de casos sobre responsabilidade civil médica. Antes do mais, defendemos que os critérios jurisprudenciais elencados, nomeadamente a aplicabilidade da presunção de culpa em desfavor do médico independentemente da natureza da obrigação assumida pelo médico no contrato, são os que correspondem a uma solução justa para a salvaguarda dos interesses do lesado.

Não obstante, com a investigação do vasto número de acórdãos que convergem com o entendimento sufragado pela segunda corrente doutrinária, encontrámos algumas debilidades, mormente aquando da avaliação da prova do pressuposto da ilicitude pelos nossos tribunais. Ora vejamos.

Em regra, entende-se que o médico somente se encontra vinculado a uma obrigação de meios, o que, no âmbito da prova dos pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente da ilicitude, tem influência. Isto porque, na presença de uma obrigação de meios, ao doente incumbe a prova da desconformidade entre os actos médicos praticados e a *legis artis* e que o médico não efectuou os actos em que normalmente se traduziria uma diligente assistência médica. Não é, pois, suficiente que o doente demonstre a não obtenção de um determinado resultado para se considerar provado o cumprimento defeituoso, ou seja, não é suficiente provar a morte ou a perda de acção.

---

<sup>107</sup> Outros critérios usuais perfilhados neste sector jurisprudencial consistem nos seguintes: (i) - O esquecimento de uma compressa ou de instrumentos utilizados na cirurgia dentro do corpo do doente comporta uma omissão de um dever de diligência, que o médico terá a possibilidade de elidir, in Recurso de Revista 3800/07, de 22.11.2007, Relator Rui Maurício. (ii) - Na presença de um erro na análise de um diagnóstico considera-se que há culpa grave do médico pois que só um manifesto erro pode estar na base de tal conduta. O grau de incerteza é praticamente nula sendo a obrigação do analista de resultados, in Recurso de Apelação 1360/2007-7, de 11.07.2007, Relatora Rosa Ribeiro Coelho. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ademais, incumbe ao doente provar o nexo de causalidade entre o acto ilícito e o dano provocado. O doente terá de demonstrar que um diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omissa ou mal executado e que, por isso, deu origem a um dano, e que, na circunstância de ter sido praticado um outro acto médico, este teria levado à cura ou atenuado a doença.

Ora, dos pressupostos da responsabilidade civil que ficam a cargo do doente, a ilicitude e o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano sofrido são os que representam uma maior dificuldade probatória. Aliás, tal dificuldade probatória encontra-se presente nos acórdãos referidos, uma vez que, maioritariamente, o doente vê-se impossibilitado de ser ressarcido através de uma prestação pecuniária pedida a título de indemnização, porque o tribunal entende que existe insuficiência de prova.

O nível de exigência que tem vindo a ser praticado pelos nossos tribunais, no que concerne à prova dos pressupostos que ficam a encargo do doente quando está em causa uma obrigação de meios, tem-se revelado ser mais do que aquilo que o doente consegue muitas vezes demonstrar, com especial ênfase na ilicitude. No entendimento da nossa jurisprudência, não basta ao doente demonstrar a ocorrência de uma hemorragia ou paragem cardíaca em momento imediatamente posterior a uma intervenção cirúrgica; ao invés, tem que ficar apurado qual o erro médico, o que lhe deu origem e quais os factos que demonstram que a execução do acto médico violou a *legis artis*. Só assim, realizada esta prova, se coloca a questão da elisão da presunção de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C., porque, caso contrário, o médico não necessitará de demonstrar a inexistência de culpa e a acção será julgada improcedente.

Não obstante, reconhece-se que a inversão do ónus da prova da culpa tem a vantagem de auxiliar o paciente na sua tarefa probatória, que se vê livre da prova da negligência do médico, cabendo antes a este, demonstrar a inexistência de culpa, quando feita a prova dos demais pressupostos pelo doente.

### 1.3. Terceira teoria<sup>108</sup>

De acordo com o entendimento sufragado por este sector jurisprudencial, a distribuição do ónus da prova está condicionada à distinção da natureza da obrigação assumida pelo médico no contrato celebrado. Ou seja, é dado um tratamento diferenciado ao ónus probatório consoante a obrigação do médico, no caso concreto, seja de meios ou de resultados.

Em regra, a obrigação assumida pelo médico no contrato é de meios. Neste tipo de obrigações incumbe ao doente demonstrar que a conduta do médico não foi conforme com as regras de actuação susceptíveis de virem a proporcionar a produção do resultado.

Não se aplica, em sede destas obrigações, a presunção de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C. e, por conseguinte, o encargo probatório no que ao pressuposto da culpa diz respeito cabe ao doente, que terá que provar que o médico agiu negligentemente.

Na circunstância de a obrigação do médico ser de resultados, aplica-se a presunção de culpa prevista no aludido artigo. Em conformidade, terá o médico que provar a inexistência da culpa, elidindo a presunção legal que sobre ele incide, ao passo que ao doente incumbe demonstrar que o resultado a que o médico se vinculou não veio a ser alcançado, ou seja, a prova do incumprimento da obrigação assumida.

Pelo exposto, retira-se que o âmago da teoria concerne na influência que a dicotomia entre obrigação de meios e de resultados tem sobre a presunção de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C. A presunção só terá aplicabilidade se a obrigação assumida pelo profissional de saúde for uma obrigação de resultados. Nessa hipótese, ao lesante incumbe o ónus de contrariar a presunção, através de prova do contrário e ao doente pertence a prova dos restantes pressupostos da responsabilidade civil. De forma diferente se processa o quadro probatório na presença de uma obrigação de meios. Nestas obrigações, a presunção de culpa já não será operacional pelo que

---

<sup>108</sup> Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 1364/05.5TBCL.G1, de 07.10.2010, 6ª secção, Relator Ferreira de Almeida. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa: Apelação 4450/2008-2, de 26.06.2008, Relator Ezagy Martins. Fonte: www.dgsi.pt.

incumbe ao lesado carrear para a demanda os factos constitutivos que demonstrem a verificação de todos os pressupostos da responsabilidade civil.

### **1.3.1. Críticas aos critérios jurisprudenciais da terceira teoria**

Far-se-ão novamente algumas apreciações.

Como critérios que norteiam esta corrente jurisprudencial tem-se que, em sede contratual, a obrigação assumida pelo médico não só influencia aquilo que tem que se provar, como sucede com as outras correntes enunciadas, como interfere na distribuição do ónus probatório.

Caso a obrigação seja de meios, não se aplica a presunção da culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C. e, por conseguinte, não se inverte o ónus da prova. Assim, incumbe ao doente a demonstração de que o médico não agiu de forma diligente e que actuou em desconformidade com o que seria devido. Na hipótese de a obrigação ser de resultados, então já se justificaria uma inversão do ónus de prova da culpa, pelo que bastaria ao doente demonstrar que não veio a ser alcançado o devido resultado (prova do incumprimento) e ao médico, por sua vez, pertenceria a prova da inexistência de culpa.

Note-se que a obrigação a que o médico se vincula quando celebra um contrato de prestação de serviços médicos consiste, em regra, numa obrigação de meios. Pelo que, à luz da presente corrente, a aplicabilidade da presunção de culpa seria muito diminuta. A presunção de culpa legalmente prevista só estaria presente para um limitado grupo de situações, que seriam os casos excepcionais em que o médico assume uma obrigação de resultados.

Ademais, dúvidas não restam de que, nestes moldes, a parte lesada, ao ver-se confrontada também com a prova da culpa, teria uma maior onerosidade em termos probatórios, de forma a fazer valer a sua pretensão em juízo.

Consideramos que, mesmo que a obrigação em causa seja de meios, é o médico que detém o domínio sobre o modo de realização da prestação, e, por isso, não deve ser dado um tratamento diferenciado à distribuição do ónus probatório da culpa consoante a natureza da obrigação em causa, de forma a auxiliar a tarefa probatória do profissional

de saúde. A dicotomia entre obrigação de meios e de resultados tem influência sim, mas somente na definição daquilo que cada parte terá que provar, pelo que sempre se justificará a aplicação da presunção de culpa, mesmo que a obrigação seja de meios.

Assim, deve ser o médico que se vinculou a cumprir devidamente um diagnóstico, um exame, uma cirurgia, a provar que actuou sem culpa e que, por isso, o acto defeituoso se ficou a dever a uma causa externa que não lhe deve ser imputável. Os critérios da repartição do ónus da prova, mesmo quando está em causa um cumprimento defeituoso de uma obrigação de meios, devem ser os critérios gerais de distribuição do ónus do cumprimento defeituoso de obrigações de prestação de facto.

Por fim, acrescente-se que o Código Civil não reconhece a dicotomia entre obrigações de meios e de resultados, que consiste na pedra angular desta corrente. A própria definição do tipo de obrigação em causa representa uma difícil tarefa, estando antes dependente de um subjectivismo e arbitrariedade no momento da sua qualificação no caso concreto. Pois que a actividade médica desenvolvida por um determinado especialista pode ser tida como obrigação de meios ou de resultados, consoante a apreciação do respectivo julgador.

Por essas razões, a teoria sustentada não teve grande aceitação doutrinária e jurisprudencial em Portugal.

#### **1.4. Quarta teoria<sup>109</sup>**

Para este sector jurisprudencial minoritário, aplica-se a presunção de culpa do médico nos termos do n.º 1 do artigo 799.º do C.C. Consequentemente, é o médico que terá que demonstrar que o acto praticado não corresponde a qualquer conduta censurável por si cometida e que qualquer profissional de saúde com igual especialidade, colocado na sua situação, teria agido de igual forma. Isto é, incumbe ao médico a tarefa de alegar factos que impeçam a demonstração de que a obrigação foi defeituosamente cumprida ou que apontem no sentido de que o cumprimento defeituoso da obrigação não lhe é censurável.

---

<sup>109</sup> Cfr. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa: Recurso de Apelação 5485/09.7TVLSB.L1-2, de 15.12.2011, Relator Pedro Martins. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

A presunção de culpa aplica-se quer a obrigação assumida seja de meios ou de resultados. Todavia, diverge o que se tem de provar relativamente ao cumprimento defeituoso da obrigação. Na obrigação de resultados, a presunção de culpa tem um alcance maior, porque abrange também a ilicitude e o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano provocado. Na presença de uma obrigação de meios, a presunção de culpa reduz-se à censurabilidade pessoal da conduta do médico, ou seja, a culpa presume-se, embora com um alcance mais restrito quando comparado com o da obrigação de resultados.

Portanto, a presunção legal de culpa tem aqui plena aplicação, independentemente da obrigação assumida pelo profissional de saúde no contrato ser de meios ou de resultados. Não obstante, o teor e o *quantum* da prova do cumprimento defeituoso variam consoante a diferente natureza da obrigação presente no caso concreto.

Olhando para a prova na perspectiva do doente, na circunstância de a obrigação ser de meios, este terá que provar a ilicitude, que abrange elementos de negligência, isto é, tem que demonstrar que o médico violou um dever objectivo de cuidado, e, ainda, o nexo de causalidade, o dano e o facto. Se a obrigação for de resultados, então a prova incidirá somente sobre a demonstração da prática do facto e a produção do dano<sup>110</sup>.

#### **1.4.1. Críticas aos critérios jurisprudenciais da quarta teoria**

Expostos os critérios jurisprudenciais que pautam as decisões dos julgadores que seguem o entendimento supra mencionado, faremos alguns comentários.

Em primeiro lugar, convém ter presente que a lei é clara no que concerne à descrição da presunção legal prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C: “*Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação*

---

<sup>110</sup> Um outro critério normalmente seguido por esta corrente jurisprudencial comporta o entendimento de que, o erro de diagnóstico será imputável ao médico a título de culpa quando descurou com as mais elementares regras profissionais. O estado actual da ciência médica, com recurso a exames e testes científicos permitem ao profissional da saúde obter um diagnóstico seguro, o que reduz a margem de erro e por conseguinte aumenta a responsabilidade do médico em interpretar o resultado desses exames, no sentido de diagnosticar correctamente a patologia de que o doente padece. Assim, tem-se que um erro de um diagnóstico corresponde a um erro médico, in Recurso de Apelação 5485/09.7TVLSB.L1-2, de 15.12.2011, Relator Pedro Martins. Fonte: www.dgsi.pt.

*não procede de culpa sua*”. Ora, é justo e adequado que esta presunção legal de culpa tenha plena aplicação no âmbito da responsabilidade civil médica, como, aliás, é propugnado por esta corrente. Contudo, a aplicação da presunção deve respeitar os moldes legais e o modo como foi construída pelo nosso legislador.

De todos os pressupostos da responsabilidade civil, o aludido artigo prevê a presunção de um pressuposto, que é a culpa, e não dos demais. Em conformidade, o devedor terá que provar que foi diligente, que usou das cautelas necessárias para o cumprimento da prestação, ou *a contrario*, deverá demonstrar que não foi negligente, que não se absteve de tais cautelas. Ao credor, por sua vez, cabe o ónus da alegação e o ónus da prova do contrato celebrado entre os contraentes e das obrigações dele resultante, nomeadamente das que foram incumpridas pelo devedor.

Exposto de forma breve, esta será uma possível interpretação que se pode fazer do artigo onde se prevê a presunção de culpa e a possibilidade de elisão de culpa, e não de outros pressupostos da responsabilidade civil. Não há motivo para contrariar a *ratio* do artigo em sede de responsabilidade civil médica pois que, para além disso, alterar o regime da responsabilidade civil representaria uma violação da confiança e certeza do direito.

Acrescente-se, por fim, que o entendimento perfilhado por esta corrente dá origem a um desequilíbrio da distribuição do ónus da prova, atendendo à carga probatória numa e noutra obrigação. Sendo obrigação de resultados, ao doente bastará fazer prova do facto praticado e do dano sofrido, recaindo sobre o médico o encargo de elidir a culpa, a ilicitude e o nexo de causalidade. Tal solução em termos pragmáticos apresenta-se de difícil execução e a consequência que daí derivaria seria, inevitavelmente, a condenação do médico.

## **2. Conclusões finais**

Do exposto ao longo dos Capítulos dedicados ao ónus da prova, considera-se que a segunda teoria doutrinária e jurisprudencial poderá revelar-se um método idóneo e eficiente para disciplinar o sistema probatório nas acções de responsabilidade civil médica, nomeadamente no que concerne à distribuição do ónus da prova.

O acolhimento desta teoria pelos nossos tribunais conduziria a um equilíbrio da posição processual dos litigantes e a uma maior segurança no direito, pois as partes, ao intentar a acção, já saberiam com o que poderiam contar relativamente à questão da distribuição do ónus da prova e, assim, poderiam ponderar a melhor estratégia processual para o caso concreto.

Não obstante considerar-se que a segunda corrente consubstancia uma solução eficaz para a questão do ónus da prova, a generalidade da doutrina<sup>111</sup> perfilha o entendimento de que a presunção de culpa do devedor, estabelecida no n.º 1 do artigo 799.º do C.C, não deverá ter lugar no domínio da responsabilidade civil médica, uma vez que o médico, em regra, apenas assume uma obrigação de meios, pelo que o ónus probatório deverá ser determinado exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual.

Por esta razão, a doutrina e a jurisprudência criaram institutos jurídicos destinados a atenuar o rigor da difícil tarefa probatória presente nas acções de responsabilidade civil médica.

Tais institutos correspondem a mecanismos alternativos que tiveram origem jurisprudencial, corroborados e esquematizados pela doutrina. Far-se-á neste trabalho referência aos mecanismos com maior distinção, que consistem (i) na prova de primeira aparência, (ii) na teoria da esfera dos risco, (iii) na teoria da perda de uma chance, e, por fim, (iv) na inversão do ónus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor.

Posto isto, cumpre agora fazer uma análise destes mecanismos construídos para solucionar o maior problema de que padece a responsabilidade civil médica, a difícil tarefa probatória e todas as consequências que daí advêm para as partes no processo, especialmente para o doente.

---

<sup>111</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit.; SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit.; FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit.; NUNES, Manuel Rosário, ob. cit.; ALMEIDA, J.C. Moitinho De, ob. cit.; DIAS, João Álvaro, ob. cit..

## **CAPÍTULO VIII – MECANISMOS ALTERNATIVOS DOCTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS QUE VISAM SIMPLIFICAR A ACTIVIDADE PROBATÓRIA NAS ACÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.**

### **1. Considerações iniciais**

O presente capítulo destina-se a elencar um conjunto de meios alternativos doutrinários e jurisprudenciais que actuam sobre as regras de distribuição do ónus da prova, de forma a facilitar a tarefa probatória do doente que, com uma posição processual de inferioridade, apresenta grandes dificuldades em promover a execução dessa tarefa. Em dois mecanismos que serão *infra* enunciados - a teoria da esfera dos riscos e a teoria da inversão do ónus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor - opera uma inversão do ónus da prova. Nos restantes, repudia-se tal inversão do ónus probatório e, ao invés, a prova continua a caber à parte inicialmente onerada, recorrendo-se a uma actividade lógico-dedutiva que tem por base os factos relevantes trazidos para a lide, de forma a atenuar-se os níveis de exigência probatória.

Para um pleno funcionamento destes mecanismos é necessário que se desenvolva uma actividade probatória suficiente que permita a operacionalidade das inferências judiciais por parte do julgador. O jogo de inferências por parte do julgador, característico das presunções judiciais, permite atenuar as consequências probatórias que resultam de uma aplicação rígida dos critérios legais de repartição do ónus da prova. Consegue-se, assim, por um lado, uma correcção do desequilíbrio relacional das partes, salvaguardando os interesses da parte que se encontra num plano de inferioridade e, por outro lado, sanciona-se a parte que produziu o prejuízo sofrido pelo doente e fez com que o mesmo se visse confrontado com as dificuldades probatórias que aqui referimos<sup>112</sup>.

Nesta senda, possibilita-se ao doente provar determinados pressupostos da responsabilidade civil de carácter probatório mais difícil, caso consiga carrear para o processo factos de demonstração mais fácil que convençam o julgador à luz de um raciocínio dedutivo baseado em regras da experiência comum e de normalidade. O

---

<sup>112</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 327-336.

juiz vem em auxílio do doente de modo a simplificar a sua tarefa probatória, caso se verifique uma exacerbada dificuldade de prova de um determinado erro médico.

Vejamos agora o *modus operandi* de cada um destes mecanismos simplificadores da actividade probatória.

## **2. Prova de primeira aparência**

### **2.1. Conceito, caracterização e fundamento**

O primeiro mecanismo alternativo que será analisado tem aplicação nas acções de responsabilidade civil médica e uma notável relevância prática para a solução do litígio. Este mecanismo tem vindo a conhecer várias denominações, a saber: prova *prima facie*, teoria do dano desproporcional, prova por presunção, culpa virtual, teoria da circunstância evidente ou *res ipsa loquitur*.

O instituto apela à prova por uma presunção judicial que possibilita extrair de um facto conhecido (relacionado com a ocorrência do dano) um facto desconhecido (a produção do mesmo dano). Os juizes, ao apreciar factos de acordo com regras de experiência de vida, presumem a verificação de outros factos cuja demonstração não foi evidente. Assim, os critérios seguidos pelo juiz na análise da actividade probatória desenvolvida consistem em regras de experiência e probabilidade<sup>113</sup>.

O que se pretende alcançar é um equilíbrio probatório entre as partes em conflito, devido à clara superioridade processual do profissional de saúde relativamente ao doente, que não domina a ciência médica e que por isso, não possui os conhecimentos técnicos inerentes à actividade médica, necessários para fazer uma prova cabal.

Atenta a dificuldade de prova que os factos essenciais apresentam, entenderam os defensores deste mecanismo que, em determinados casos, seria útil, em termos pragmáticos, recorrer-se nas acções de responsabilidade civil médica às presunções judiciais.

---

<sup>113</sup> Cfr. SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Prova por presunção no direito civil*, Almedina, 2012, pp. 57.

Dessa forma, sempre se poderia presumir a culpa médica quando a actividade exercida pelo profissional de saúde originasse um mau resultado, cujas circunstâncias e experiência comum apontassem no sentido de que tal resultado não teria ocorrido se não fosse a culpa do profissional.

Nesta perspectiva, o que se encontra subjacente às presunções é um raciocínio lógico-dedutivo, partindo-se da demonstração de um facto certo e conhecido de forma a chegar a um facto desconhecido. A relação causal que existe entre os factos permite inferir que, se o primeiro existir, então o segundo também existirá<sup>114</sup>.

A prova por presunção judicial é igualmente conhecida como prova *prima facie*. Esta figura tem em conta a produção frequente de eventos típicos que, ao serem analisados através de máximas de experiência, possibilitam que se extraia daí conclusões relativamente a um determinado facto específico que necessita de ser provado. O exercício feito pelo julgador consiste em atender a um resultado produzido e considerar verificado o curso normal típico que a ele conduz, baseando-se num conceito de verosimilhança e probabilidade.

Nas palavras de FERNÁNDEZ HIERRO:

*“Se entiende que en la medicina, aunque el resultado buscado y propuesto no pueda garantizarse de modo absoluto, cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado”*<sup>115</sup>.

Assim, atendendo à impossibilidade de prova directa por parte do autor de um de diversos factores relevantes para a procedência da sua pretensão, pode suceder que, através de máximas de experiência, a prova dos demais factores sirva de prova indiciária do facto que o autor se vê impossibilitado de provar<sup>116</sup>.

No que aos pressupostos da culpa e nexo de causalidade diz respeito, este mecanismo ganha uma especial relevância. Isto porque, para a prova do pressuposto da

---

<sup>114</sup> Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª edição, Editora Almedina, 2006, pp. 225-229.

<sup>115</sup> Cfr. HIERRO, José Manuel Fernández, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 5ª Ed., 2007, pp. 125.

<sup>116</sup> Cfr. MENDES, Castro, *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, 1961, pp. 669, apud. SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit., pp. 57, nota de rodapé n.º 102.

culpa, é suficiente demonstrar a violação de um dever ou irregularidade para que se possa concluir que só uma omissão de diligência possa ter originado o dano sofrido. Já para a prova do nexo causal, basta demonstrar uma tal coincidência exterior de factos, que possibilitem inferir que entre esses mesmos factos existe uma relação de causa-efeito. Destarte, a prova *prima facie* produz sobre a mente do julgador um grau de probabilidade bastante e não a plena convicção.

Realizada essa prova, incumbe à parte contrária provar factos que demonstrem a inexistência de culpa, a ocorrência de um facto diverso que não lhe pode ser imputável, a demonstração de que o acto praticado foi estranho à sua vontade ou que não foi decisivo para o desencadeamento do facto ilícito; isto é, cabe à parte contrária efectuar a contraprova do que foi presumido através da prova de primeira aparência. Para destruir a inferência da prova *prima facie*, ao profissional basta mostrar circunstâncias de que resulte a possibilidade séria desse cumprimento ou a possibilidade séria de um decurso atípico dos acontecimentos (artigo 346.º do C.C.). O mesmo vale dizer que é suficiente que o médico se oponha à inferência da negligência *prima facie* através de contraprova, em ordem a tornar duvidosa, no espírito do julgador, a existência desse pressuposto da sua responsabilidade<sup>117</sup>.

Caso venha o lesante afastar a prova *prima facie* que funciona em seu desfavor, ocorre uma transferência probatória para o lesado, na medida em que este terá de provar plenamente a culpa. Isto é, feita a contraprova, recai sobre o lesado o ónus da prova em pleno<sup>118</sup>.

Note-se que esta figura funciona como mecanismo de aligeiramento do ónus da prova, visto que baixa o grau de prova normalmente exigido para a prova de um facto, mas não origina a inversão do ónus da prova. Ou seja, trata-se de um instituto que actua ao nível da valoração da prova, mas já não na repartição do ónus probatório.

Faremos agora referência a alguns exemplos dados por LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA<sup>119</sup> que elucidam o que têm vindo a ser enunciado:

---

<sup>117</sup> Cfr. SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, 1990, pp. 387-394.

<sup>118</sup> Cfr. SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit., pp. 58-59.

<sup>119</sup> Cfr. SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit., pp. 59.

(i) - Se após uma radiografia o doente apresentar uma queimadura de terceiro grau, infere-se pela prova *prima facie* que foi ministrada uma dose demasiado elevada de raio-X;

(ii) - Se o doente descobrir que, após uma intervenção cirúrgica, ficou contaminado com HIV, presume-se que foi a intervenção que despoletou tal contágio;

(iii) - Se um sujeito contrair uma doença contagiosa em momento posterior a ter estabelecido contacto com um portador de tal doença, presume-se que esse contacto foi a causa da doença;

Nos três exemplos mencionados, ao ser feita a prova pelo lesado de factos que, à luz dos princípios da experiência geral, tornem plausíveis a culpa e o nexo de causal, será o médico que terá que provar a inexistência de culpa e do nexo causal entre o dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento, através de factos que tornem verosímil a produção do dano sem culpa sua.

Bastante próxima da prova *prima facie* encontra-se a teoria *res ipsa loquitur*. De acordo com esta figura, perante a verificação de um determinado resultado tem-se em conta a normalidade dos acontecimentos à luz de regras de experiência comum e infere-se a negligência, pois, sem a mesma, o resultado não se produziria por não ser habitual<sup>120</sup>.

Ora, presume-se a culpa do profissional de saúde na circunstância de, em momento posterior à prática de um acto médico, o doente vier a sofrer um dano que é de tal modo desproporcionado que só poderá ter como causa uma violação da *legis artis*. Se um determinado facto apresentar um carácter excepcional à luz da normalidade dos acontecimentos e das regras de experiência, de tal modo que seja certo que o que veio a desencadear o dano foi a falta de diligência do médico, então nessa circunstância presume-se a culpa deste<sup>121</sup>.

A aplicação desta figura pressupõe uma avaliação de cada caso concreto, não devendo fazer-se generalizações. RUTE TEIXEIRA PEDRO<sup>122</sup> menciona alguns exemplos de situações nas quais a figura tem vindo a ser empregue: (i) objectos deixados no interior do doente após a realização de uma intervenção cirúrgica, (ii) lesão

<sup>120</sup> Cfr. SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit., pp. 61.

<sup>121</sup> Cfr. SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit., pp. 61-63.

<sup>122</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 347.

de outras áreas do corpo mais ou menos próximas daquela que está a ser objecto de tratamento, (iii) extracção de uma parte do organismo que não devia ser extraída, (iv) queda de dentes pelo tubo digestivo, (v) infecções derivadas da não esterilização dos instrumentos utilizados, (vi) omissão da realização de radiografias em casos em que indicem a existência de fracturas, (vii) a ocorrência de uma hepatite como consequência de uma operação de apendicite, e (viii) a ocorrência de uma infecção geral como consequência do tratamento de amigdalite.

Verificados esses factos, incumbe ao médico, para afastar a culpa e o nexo de causalidade, demonstrar que o facto foi imprevisível ou inevitável, que a causa do dano estava fora da sua esfera de actuação e, por isso, não lhe pode ser imputável qualquer actuação negligente<sup>123</sup>

Através da teoria *res ipsa loquitur*, para além de se obter uma certeza fáctica através de presunções, consegue-se uma atenuação do ónus da prova que incumbe ao lesado dado que este vê operar a seu favor uma probabilidade de culpa, cabendo ao médico o ónus da contraprova<sup>124</sup>.

## 2.2. Defensores da aplicação da figura

A figura mencionada tem sido, ainda que minoritariamente, seguida pela doutrina<sup>125</sup> e pela jurisprudência<sup>126</sup>.

Faremos referência, por merecer o devido destaque, às doutrinas de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA<sup>127</sup> e de JORGE RIBEIRO DE FARIA<sup>128</sup>.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA rejeita a aplicação da presunção de culpa na área de responsabilidade civil médica, porquanto a celebração de um contrato entre as

---

<sup>123</sup> Cfr. FACHAL NOGUER, Nuria, “Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas”, in *Objecto y carga de la prueba civil*, Bosch Procesal, 2007, p.208. apud. SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit., pp. 62, nota de rodapé 119.

<sup>124</sup> Cfr. SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit., pp. 62-63.

<sup>125</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., pp. 121 – 144 e FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 288-289.

<sup>126</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de justiça: Revista 08B1800, de 15.10.2009, Relator Rodrigues dos Santos. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa: Apelação 4450/2008-2, de 26.06.2008, Relator Ezaguy Martins; Apelação 1360/2007-7, de 11-09-2007, Relatora Rosa Ribeiro Coelho e Apelação 10328/2006-1, de 24-04-2007, Relator Rui Vouga. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>127</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., pp. 121-144.

<sup>128</sup> Cfr. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 288-289.

partes não vem acrescentar nenhum dever específico aos deveres gerais que cabem ao médico. Em conformidade, alega que o regime aplicável ao ónus da prova será sempre o da responsabilidade extracontratual e, por conseguinte, será o lesado a provar todos os pressupostos da responsabilidade civil.

Todavia, reconhecendo as dificuldades inerentes a essa tarefa probatória, especialmente em relação à culpa do profissional e ao nexo causal entre a conduta praticada pelo médico e o dano provocado, o Autor, devido ao facto de perfilhar o entendimento de que não é possível, no nosso sistema jurídico, alterar ou inverter o ónus da prova devido à falta de preparação técnica da parte onerada ou com base na especial dificuldade de prova, apresenta, numa tentativa de superação de tais dificuldades, a figura da prova *prima facie*<sup>129</sup>.

De acordo com essa figura, compete ao tribunal, no momento da avaliação da prova, atender às dificuldades probatórias do doente e julgar suficiente uma prova que, noutra situação, não seria bastante para que se pudesse dar um facto como provado. Diminui-se o nível de exigência da prova produzida pelo paciente de forma a equilibrar a posição processual dos litigantes.

A base de sustentação da figura consiste nas presunções judiciais que, por sua vez, se baseiam numa relação de probabilidade típica, de acordo com máximas de experiência comum ou regras técnicas, entre um facto e a sua causa<sup>130</sup>.

No que diz respeito à prova dos pressupostos da culpa e do nexo causal, o citado Autor<sup>131</sup> aponta como critério de apreciação uma relação de probabilidade. Isto é, no que concerne à culpa, entende-se que, quanto maior for a probabilidade de a produção do dano ter resultado de uma situação fortuita ou imprevisível, menor é a probabilidade de o médico ter agido de forma negligente. Relativamente ao nexo causal, este só se estabelece quanto a danos que o doente provavelmente não teria sofrido se não fosse o comportamento negligente do médico, nos termos do artigo 563.º do C.C.

Nesta perspectiva, na presença de um erro grosseiro originado indubitavelmente por uma violação da *legis artis*, pode-se inferir, através da prova *prima facie*, a negligência do médico, pois dificilmente se poderá conceber que a lesão sofrida pelo

---

<sup>129</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., pp. 136-144.

<sup>130</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., pp. 141.

<sup>131</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., pp. 142-143.

doente não tenha tido origem naquele erro. De qualquer forma, essa demonstração caberá ao médico.

De igual forma, JORGE RIBEIRO DE FARIA<sup>132</sup> sufraga a ideia de que o juiz, no momento da apreciação da prova, poderá fazer uso da prova *prima facie* para fundamentar a sua decisão, à luz de critérios de probabilidade e de regras de experiência, orientadas no sentido de formar uma livre convicção e permitir julgar o caso no âmbito da culpabilidade e da causalidade.

Trata-se de fazer intervir uma máxima de experiência sobre um erro grosseiro abstractamente idóneo para produzir um determinado resultado. O tribunal serve-se do curso típico de acontecimentos, do curso natural das coisas, para inferir que aquele erro grosseiro em princípio se verificou.

Contra tal presunção de experiência, pode a contraparte oferecer provas que demonstrem que um outro curso ou desenrolar dos factos deve ser considerado, de forma a destruir a credibilidade da prova de aparência que se formou.

Os dois Autores aqui referenciados pugnam pela aplicação da prova *prima facie* de forma a compensar o formalismo da distribuição do ónus da prova prevista na nossa lei, o que, por sua vez, tem como justificação facilitar o encargo probatório que recai sobre o paciente, manifestamente a parte mais débil da relação contraída entre as partes. Proclamam tal ideia sem recorrer a uma inversão do ónus da prova, pois entendem que esta não deverá ser aplicável no nosso ordenamento jurídico.

### **2.3. Críticas à teoria da prova de primeira aparência**

Feita a exposição do conceito, funcionamento e requisitos deste mecanismo, importa averiguar a sua operacionalidade prática e, ainda, se o mesmo constitui uma solução idónea para a questão do ónus da prova em sede de responsabilidade civil médica.

Uma primeira questão que se coloca tem que ver com a insegurança jurídica que acarretará a aplicação da teoria. Assente em conceitos de probabilidade, verosimilhança,

---

<sup>132</sup> Cfr. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 288-289.

aparência e indícios, o instituto não contém um valor de certeza da prova que o direito necessita, pois um facto poderá ser tido como provado com a criação da mera aparência do mesmo. Além do mais, no campo responsabilidade civil médica, a insegurança aumenta devido à imprecisão e aleatoriedade inerente à ciência médica, o que faz com que o uso da presunção judicial seja ainda mais periclitante<sup>133</sup>.

Para além disso, através da análise que se fez ao instituto e dos exemplos enunciados, é possível constatar que a sua aplicação ocorre somente em casos extremos, notoriamente desproporcionais, em que a conduta médica revela um grau intenso de culpa e onde facilmente se permite inferir a desproporcionalidade entre o dano sofrido e o tratamento a que o doente foi submetido, por consubstanciar um resultado concreto danoso, manifestamente contrário às consequências normais esperadas para aquela situação.

Assim sendo, o jogo de inferências baseado nas regras de experiência e de normalidade somente será utilizado na circunstância de o dano ocasionado ser desproporcional, anormal e resultar de uma evidente negligência médica. Se não revestir estas características, e diante de alguma dúvida, o julgador não presumirá a culpa do médico, uma vez que a actividade médica em regra é de meios e, por isso, o profissional não se vincula à obtenção de um resultado, como o é a cura.

Logo, o âmbito de incidência do mecanismo é restrito, assim como a sua aplicação prática. Nas situações que ocorrem com maior frequência, em que o dano não é evidentemente imputável à prática de um acto médico fruto de uma má execução de diagnóstico ou de tratamento e não resulte de uma clara omissão de diligência, este mecanismo não será aplicável, pois, na dúvida, o julgador não arriscará presumir a culpabilidade do profissional de saúde.

Nesta senda, este mecanismo de simplificação de prova somente prevê a solução para determinados casos específicos e concretos e não, de uma forma geral, para toda e qualquer demanda que envolva um erro médico.

Consideramos, portanto, que este mecanismo, para determinadas situações configura um método idóneo para fazer face às dificuldades probatórias do doente, na medida em que aligeira o encargo probatório do mesmo, através da presunção judicial

---

<sup>133</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 336-337.

de culpa baseada em regras de experiência comum. Contudo, conforme foi exposto, o âmbito da aplicação da teoria é limitado e só abrange um restrito grupo de casos.

Corroborando o que tem vindo a ser dito, o entendimento perfilhado por um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que rejeitou a aplicação da prova *prima facie* com o seguinte fundamento:

*“ (...) para lá de casos que se assumam como verdadeiramente anómalos e chocantes, por isso mesmo de excepção e pontuais, não se nos afigura ser tal orientação a mais ajustada em tese geral pelo dano considerável que importaria à confiança e à certeza do direito numa área de intervenção de elevada contingência.”<sup>134</sup>.*

Pelo que afigura-se-nos que o presente mecanismo não constitui um critério matriz a ser adoptado pelos julgadores para solucionar a questão do ónus da prova no campo da responsabilidade civil médica.

### **3. Teoria da esfera dos riscos**

#### **3.1. Conceito, caracterização e fundamento**

A génese desta figura repercute-se ao ano de 1966, e foi seguida em termos jurisprudenciais pelo Tribunal Federal Alemão (BGH)<sup>135 136</sup> e corroborada pela doutrina de PRÖLSS<sup>137</sup>.

Defendeu PRÖLSS que o que releva para a distribuição do ónus da prova reside em verificar *“qual das partes em função das circunstâncias está mais perto delas para suportar por isso mesmo as consequências da falta de prova”*<sup>138</sup>.

---

<sup>134</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 209/06.3TVPR.T.P1.S1, de 15.12.2011, Relator Gregório Silva Jesus. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>135</sup> Cfr. FÁRIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 208-231.

<sup>136</sup> *“A jurisprudência alemã, no caso de um erro médico grosseiro de que resultou um dano que tipicamente lhe está ligado, aceita uma verdadeira inversão do ónus da prova do nexo causal”* in MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, Almedina, 1989, pp. 296-297.

<sup>137</sup> Cfr. FÁRIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 246-255.

Assim, PRÖLSS pugnou pela adopção da inversão do ónus da prova com a fundamentação de que, em primeiro lugar, é o causador do dano (o profissional de saúde) que está em melhores condições de prestar esclarecimentos sobre o facto que foi praticado, na medida em que foi este quem o desenvolveu no âmbito de uma acção que domina. Em segundo lugar, se é o causador do dano que detém o domínio sobre os factos, então terá igualmente a possibilidade de adoptar as medidas necessárias para evitar a prática de factos ilícitos que possam vir a causar danos sobre outrem. Se actua no âmbito da zona ou círculo de perigo que domina, está em melhores condições para fazer prova sobre os factos e, por isso, opera uma inversão do ónus da prova no âmbito da causalidade, suportando os efeitos derivados de carência de prova.

Após uma observação da doutrina de PRÖLSS, JORGE RIBEIRO DE FARIA<sup>139</sup> transportou a teoria da esfera dos riscos para o nosso ordenamento jurídico.

Em conformidade com a doutrina de PRÖLSS, entende o Autor que, na teoria da esfera dos riscos, a repartição do ónus da prova deverá ser feita de acordo com as zonas ou círculos de perigo.

A base de sustentação da figura reside na ideia de que, se alguém originar, de forma culposa, uma situação que configure uma fonte de perigo para terceiros, e se algum destes vier a sofrer um prejuízo normalmente ocasionado por aquela fonte de perigo, então quem originou a situação deverá ser responsabilizado pelo dano causado.

A parte que beneficia com a aplicação deste mecanismo sempre terá de provar o erro grosseiro praticado pelo profissional de saúde, bem como demonstrar que o prejuízo sofrido com a prática desse erro cabe no leque de danos que aquele acto negligente poderia originar. A partir daí firma-se judicialmente uma inferência causal entre o facto e o efeito lesivo na saúde do doente.

Noutras palavras, a teoria sufraga o entendimento de que, na presença de casos em que o apuramento do nexos causal assume particular complexidade, a demonstração pelo lesado do desrespeito de um dever a que o lesante estava obrigado e a consequente criação do risco da ocorrência de um dano e da efectiva verificação do mesmo, constituem, por si só, tarefa probatória suficiente para que se possa considerar cumprido

---

<sup>138</sup> Cfr. Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, 1966, pp. 172, apud. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 247.

<sup>139</sup> Cfr. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 268-284.

o encargo probatório do lesado. Assim, o lesado fica dispensado de fazer prova do nexo causal entre o incumprimento do dever e a verificação do dano, cabendo antes essa prova ao lesante, que foi a parte que criou a fonte potencial de danos.

Desta forma, feita a prova que veio a permitir a dita inferência causal, transfere-se o encargo probatório para o demandado, que sempre poderá destruir a presunção de causalidade que se formou, sob pena de se considerar verificado o nexo causal.

Nesta perspectiva, ocorrendo uma inversão do ónus da prova sobre a causalidade do acto praticado pelo médico, dispensa-se o doente da prova de causalidade do profissional de saúde e estabelece-se um equilíbrio da posição processual das partes<sup>140</sup>.

O critério seguido parte da premissa de que, quando é difícil ou mesmo impossível ao doente demonstrar que a causa do dano resulta de um espaço gerido pelo médico, visto não conhecer bem a zona de riscos de onde provém o dano, deve ser o profissional de saúde a suportar o encargo de esclarecer os factos e de assumir o risco de uma prova insuficiente. Assim, a fundamentação para a aplicação da teoria da esfera dos riscos reside nas dificuldades de prova do paciente por não deter os conhecimentos técnicos necessários, na gravidade forte da ilicitude e ainda no facto de o paciente não deter o domínio da situação, já que esse domínio pertence ao médico<sup>141</sup>.

Note-se que, em conformidade com a doutrina do citado Autor, a aplicabilidade desta teoria encontra-se circunscrita a um determinado grupo de casos. Ora, na matéria da responsabilidade civil médica, a inversão do ónus da prova sobre a causalidade do acto médico somente ocorre na circunstância de estarmos, quer na presença de um erro grosseiro cometido pelo médico, quer na presença de um dano originado por uma actividade situada dentro dos círculos de efeitos da norma ofendida.

Ou seja, a inversão do ónus da prova da causalidade apenas ocorre perante uma situação de erro grosseiro originado pela violação grave de um dever cometido pelo profissional de saúde. A prova da existência desse erro, bem como a demonstração de que o dano sofrido se enquadra dentro do leque de consequências que poderiam derivar da prática do comportamento negligente, terá que ser realizada pelo doente. Feita essa prova, far-se-á uso de uma regra de probabilidade para inferir a existência de uma relação de causa-efeito entre o acto praticado pelo médico e o dano provocado.

---

<sup>140</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 356-360.

<sup>141</sup> Cfr. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp.272.

Posteriormente, quem tem que carrear os factos necessários para formar a convicção do julgador é o médico, através da demonstração da não causalidade, na medida em que o seu comportamento originou, à luz de regras de probabilidade, um determinado resultado que veio a produzir um dano.

Em jeito de conclusão, assevera-se que opera uma presunção de causalidade e que se inverte o ónus da prova, incumbindo ao médico provar que o dano procede de um encadeamento causal que ele não podia controlar, ou que o dano teria ocorrido mesmo que tivesse adoptado uma conduta diligente e, por causa disso, o resultado danoso era inevitável<sup>142</sup>.

Assim é, porque se reconhece que o médico é a parte que detém os conhecimentos técnicos dos factos e porque foi ele quem originou a situação que não permite revelar com certeza suficiente qual teria sido o desenrolar da patologia, caso o tratamento tivesse sido idoneamente realizado<sup>143</sup>.

### **3.2. Defensores da aplicação da figura**

Em Portugal, no âmbito da responsabilidade civil médica, esta figura é defendida por JORGE RIBEIRO DE FARIA<sup>144</sup>.

É fundamental compreender qual a base de fundamentação do Autor para introduzir a teoria da esfera dos riscos (que, na sua génese, foi defendida pela jurisprudência e doutrina alemã<sup>145</sup>), no nosso sistema jurídico, uma vez que não existe um dispositivo legal específico que a preveja.

O Autor sufraga a existência de um princípio geral subjacente no nosso sistema jurídico, cujas manifestações se encontram a nível contratual, no artigo 807.º do C.C. e a nível extracontratual, nos artigos 491.º, 492.º, 493.º e 494.º do C.C. segundo o qual, perante uma ilicitude notoriamente grave acompanhada por uma dificuldade de prova por parte do lesado, leva à atribuição do risco do resultado ao lesante e faz impender, com base nesse raciocínio, uma presunção de causalidade em desfavor deste. Em

---

<sup>142</sup> Cfr. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 277-278.

<sup>143</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 359-360.

<sup>144</sup> Cfr. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp.268-295.

<sup>145</sup> Cfr. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 208- 226.

conformidade, com a existência de tal princípio possibilita-se o acolhimento da teoria da esfera dos riscos no nosso ordenamento jurídico.

Ora, entende o Autor que, em sede de responsabilidade contratual, o artigo 807.º do C.C.<sup>146</sup> prevê uma presunção de causalidade em caso de mora do devedor, uma vez que se dispensa o credor da prova de causalidade. A interpretação que oferece do artigo consiste na ideia de que é o devedor em mora que é responsável pelo dano, porque presume-se que, caso tivesse existido um cumprimento tempestivo, esse dano não teria ocorrido. Opera a presunção de causalidade, pois entende-se que o devedor está em melhores condições de provar a não causalidade (visto que o acto provém da sua esfera de riscos) do que o credor provar a existência de causalidade. A presunção prevista no artigo funciona no sentido de ter sido a mora a causa do resultado, o que, perante tal inferência, sempre se permite ao devedor provar que o resultado teria sucedido mesmo que não tivesse havido mora ou que o resultado teria sido causado por um facto fortuito ou por um facto imputável ao credor ou a terceiro<sup>147</sup>.

Já em sede de responsabilidade extracontratual, o Autor faz referência aos artigos 491.º, 492.º, 493.º e 494.º do C.C.<sup>148</sup> como elementos correctores das possíveis consequências negativas resultantes da inversão do ónus da prova da causalidade. Entende que mesmo que o aludido artigo se encontre previsto para o regime da responsabilidade extracontratual, tem aplicação para os casos em que exista um incumprimento de um contrato de prestação de serviços médicos, por força da analogia, na medida em que o que está em causa consiste numa violação contratual positiva, onde o dano é originado pela desobediência de um dever de protecção<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> Número 1 e 2 do artigo 807.º do C.C: n.º 1 – “*Pelo facto de estar em mora, o devedor torna-se responsável pelo prejuízo que o credor tiver em consequência da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar, mesmo que estes factos lhe não sejam imputáveis.*” N.º 2 – “*Fica, porém, salva ao devedor a possibilidade de provar que o credor teria sofrido igualmente os danos se a obrigação tivesse sido cumprida em tempo.*”

<sup>147</sup> Cfr. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit. pp. 277-278.

<sup>148</sup> Artigo 494.º do C.C. – “*Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.*”

<sup>149</sup> Cfr. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 283-284.

Não obstante o exposto, é com base no n.º 2 do artigo 344.º do C.C.<sup>150</sup> que o Autor sustenta a aplicação da teoria da esfera dos riscos no nosso sistema jurídico.

A questão fulcral reside em saber se o aludido preceito permitirá no seu espírito uma interpretação mais ampla, de forma a abranger as hipóteses de impossibilidade ou dificuldade de prova que tiveram origem na prática de actos ou omissões negligentes pelo profissional de saúde integrados na actividade médica desenvolvida, mas que não desempenham directamente uma função probatória.

Antes de dar uma resposta a tal questão, importa averiguar primeiramente o caminho trilhado pelo Autor para chegar a uma conclusão.

Estabelece o referido artigo que “ *há inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova do onerado (...)* ”.

Da interpretação do artigo o Autor entende que a sua aplicação deverá estender-se a todas as situações que, pela prática de um comportamento negligente, deram origem a uma impossibilidade de prova por parte do onerado. Desta forma, o âmbito de aplicação do dispositivo legal, para além de sancionar quem, perante o dever de conservar as provas, as tenha inutilizado ou tornado impossível o seu uso, passaria igualmente a prever todas as situações em que se estivesse perante uma impossibilidade de prova derivada da actuação culposa da outra parte.

Tal inovação proposta pelo Autor foi igualmente equacionada por VAZ SERRA<sup>151</sup> nos trabalhos preparatórios do Código Civil. Previu-se para o artigo uma dupla interpretação: em primeiro lugar, acautelava as situações em que havia destruição e frustração da prova que o credor era obrigado a conservar; em segundo lugar, dava resposta às situações em que a impossibilidade de realizar a prova resultava do exercício culposos da actividade médica.

Sucedem, porém, que a segunda situação não veio a ser regulamentada no texto definitivo do Código Civil.

---

<sup>150</sup> Número 2.º do Artigo 344.º do Código Civil – “*Há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova do onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.*”

<sup>151</sup> Cfr. SERRA, Vaz, «Provas (Direito Probatório Material)», in BMJ 110, 1961, pp. 160, apud. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 292, nota de rodapé n.º 154.

Não obstante, JORGE RIBEIRO DE FARIA<sup>152</sup> entende que subsistem razões justificativas para que se possa retirar do referido preceito legal, tal qual como se encontra formulado, uma inversão do ónus da prova da causalidade em desfavor do lesante que tenha praticado um erro grosseiro e, por conseguinte, tenha causado os danos sofridos pelo paciente.

Assim sendo, em resposta à questão inicialmente formulada, o Autor entende que o n.º 2 do artigo 344.º do C.C. possibilita no seu espírito fazer uma interpretação mais alargada, de forma a abranger as situações em que a impossibilidade de prova resulta da própria actividade médica.

Este entendimento é o ponto de partida para que a nossa jurisprudência aceite a teoria da esfera dos riscos e, por conseguinte, a inversão do ónus da prova quanto à causalidade, na circunstância de estarmos na presença de um erro grosseiro que em si mesmo seja, em termos abstractos, idóneo a causar o dano apresentado pelo paciente. Desta forma, nos termos expostos, o Autor defende a aplicação da teoria da esfera dos riscos que, por prever uma inversão do ónus probatório da causalidade, consiste, indubitavelmente, num mecanismo de facilitação do encargo probatório do doente, na medida em que este não tem de fazer prova do nexó causal, uma vez que se infere a existência desse pressuposto, por força de uma presunção.

### **3.3. Críticas à teoria da esfera dos riscos**

Após a exposição deste mecanismo simplificador da tarefa probatória do lesado, há que aferir se o mesmo consubstancia um critério a ser usado pelos julgadores nas demandas da responsabilidade civil médica.

Em primeiro lugar, consideramos que a presente teoria padece de semelhantes críticas àquelas que foram apontadas *supra* à teoria da prova *prima facie*.

Isto porque o seu âmbito de aplicação prática encontra-se delimitado a um grupo específico de casos. A teoria só se torna operacional se estivermos na presença de um erro grosseiro praticado pelo profissional de saúde que, por sua vez, venha a originar um dano causado por aquela conduta culposa. Assim sendo, a aplicação do instituto surge

---

<sup>152</sup> Cfr. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 290-295.

(tal qual como na teoria da prova *prima facie*) somente para fazer face a situações extremas e notoriamente gravosas, desencadeadas pela prática de um erro grosseiro, onde o comportamento do médico assume um nível intenso de culpa que permite facilmente inferir que esse foi a causa do dano sofrido pelo doente, por o resultado final danoso caber dentro do quadro de resultados possíveis.

Consequentemente, a presunção de causalidade entre o erro grosseiro e os danos provocados, baseada nas regras de experiência e de normalidade, somente será utilizada na circunstância de se verificar a existência de tal erro que veio a produzir um dano que se enquadra dentro do leque de consequências que poderiam derivar da prática do comportamento negligentemente realizado. Se não revestir estas características e perante alguma dúvida pelo julgador, não se presume o nexo de causalidade em desfavor do médico.

Consideramos, portanto, que o seu âmbito de aplicação é diminuto, limitando-se aos casos acima especificados. As situações que se verificam maioritariamente, isto é, nas quais ocorre um erro médico sem a particularidade de ser grosseiro, o presente mecanismo não será aplicável.

Por outro lado, na hipótese de se estar na presença dos casos em que esta teoria teria aplicabilidade, feita a prova pelo paciente da existência do erro grosseiro praticado pelo profissional de saúde, bem como a prova de que o dano se encaixa nos efeitos daquela conduta censurável (este encargo probatório que incumbe ao doente é de fácil demonstração), a decisão do julgador seria, provavelmente, uma decisão de condenação do médico. Isto porque, realizada essa prova, caberia ao médico o encargo de destruir a presunção de causalidade através da demonstração de que o dano procede de um encadeamento causal que ele não podia controlar ou de que o dano teria ocorrido mesmo que tivesse adoptado uma conduta diligente e, portanto, o resultado danoso era inevitável. Portanto, perante o quadro processual apresentado, o médico teria avultadas dificuldades em cumprir a tarefa probatória que impende sobre ele.

Face à presunção de causalidade que esta teoria propugna, bem como atendendo à facilitação probatória do lesado em demonstrar o erro grosseiro e o encaixe do dano produzido na conduta culposa do médico, bem se compreende que o profissional de saúde ficaria numa situação de paralisia processual, atendendo à difícil tarefa probatória

que teria que suportar. Consequentemente, o desfecho destas situações seria, possivelmente, a condenação do médico.

Em jeito de conclusão, verifica-se que a teoria somente tem aplicação para situações específicas que, por sua vez, sobrecarregam excessivamente a tarefa probatória do médico. Fora dos casos específicos enunciados a teoria não apresenta qualquer solução.

Pelo que, consideramos que a teoria da esfera dos riscos não constitui um método adequado a ser adoptado para fazer face à problemática da repartição do ónus da prova, nem idóneo a aligeirar as dificuldades probatórias em todas as acções de responsabilidade civil médica.

#### **4. Teoria da perda de uma chance**

##### **4.1. Conceito, caracterização e fundamento<sup>153</sup>**

A teoria da perda de uma chance<sup>154</sup> propunha a ideia de que recai sobre o lesante uma obrigação de indemnizar caso o doente demonstre, em juízo, que foram definitivamente perdidas probabilidades sérias e reais de obter uma vantagem, ou de evitar um prejuízo.

Antes do mais, para que se possa compreender integralmente a teoria da perda de uma chance, faremos uma breve alusão ao conceito de chance e de dano, nos moldes definidos por esta figura.

A chance, para que possa ser atendível pelo direito e, consequentemente, vir a ser ressarcida, tem que possuir determinadas características. Ou seja, tem que consistir numa realidade autónoma, real, susceptível de avaliação económica e diversa da utilidade final que potencia. Assume natureza aleatória, na medida em que, a par da certeza da real existência de uma possibilidade de obtenção do resultado almejado e da

---

<sup>153</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit. 179-455.

<sup>154</sup> A teoria da perda de uma chance teve origem em França e remonta o Século XIX. A primeira aplicação da teoria da perda de uma chance no campo da responsabilidade civil médica verificou-se numa decisão da Cour d' Appelle de Grenoble de 24 de Outubro de 1962, confirmada posteriormente, pela Cour de Cassation em 14 de Dezembro de 1965. In PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 192-193 e 240-243.

certeza da perda de tal chance, existe sempre uma parte significativa de incerteza relativamente ao curso dos acontecimentos, caso não tivesse sido praticado o acto ilícito. Tem igualmente que possuir a característica de seriedade, sendo que para tal basta que a chance seja superior a zero<sup>155</sup>.

Relativamente ao dano derivado da frustração de uma chance, este apresenta igualmente algumas particularidades. O dano é autónomo, porque resulta da frustração da chance e, assim sendo, é distinto do dano que resulta da perda do resultado final pretendido. Tal distinção tem consequências a nível processual, visto que é distinta a causa de pedir e o pedido no dano da perda de uma chance e no dano pela não obtenção de um resultado final. O dano da perda de uma chance tem igualmente que ser presente, na medida em que tal chance perde-se no exacto instante em que é praticado o facto ilícito e, por isso, num momento antes à sua apreciação em juízo. Possuindo um conteúdo económico o dano é tido por emergente, determinado pela existência de uma possibilidade maior ou menor de ser alcançada a pretensão final. E, por último, o dano é certo porque a não verificação da chance assume carácter definitivo<sup>156</sup>.

Assentes os conceitos de chance e de dano, presentes nesta teoria, que fizemos questão de explicar devido, por um lado, à complexidade dos conceitos e, por outro, ao diferente modo de funcionamento desta figura quando comparada com os demais mecanismos apresentados, continuaremos com sua caracterização e respectivo funcionamento.

O presente mecanismo pretende fazer face aos casos em que o lesado se encontra numa situação de desigualdade de armas relativamente ao lesante, porque carece de conhecimentos e meios para demonstrar a existência de causalidade. Isto é, trata-se de uma técnica a que se recorre para ultrapassar as dificuldades de prova do nexa causal com que o lesado se vê confrontado na demanda.

A problemática suscitada pela figura abarca as situações em que existe a possibilidade de alguém obter um determinado resultado favorável e devido a um comportamento de um terceiro, essa possibilidade veio a ser perdida. O pedido indemnizatório aparece assim, ligado à imputação e quantificação do dano pela perda de uma chance.

---

<sup>155</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 208-221.

<sup>156</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 221-227.

Nessa perspectiva é relevante ter em linha de conta que os danos da perda de uma chance somente serão ressarcíveis caso esteja preenchido um conjunto de pressupostos a que RUTE TEIXEIRA PEDRO faz referência<sup>157</sup>.

Em primeiro lugar terá de existir um determinado resultado positivo futuro, consubstanciado na obtenção de uma vantagem ou na não concretização de uma desvantagem que pode ou não vir a verificar-se. Em segundo lugar o sujeito terá que reunir as condições necessárias para que possa obter o resultado pretendido, isto é, terá que estar investido de uma chance real de realização da pretensão esperada. Para que este segundo requisito esteja preenchido será suficiente carrear factos que permitam demonstrar a obtenção da vantagem almejada ou o afastamento da desvantagem indesejada. Por último, é ainda necessário que exista um comportamento de terceiro que elimine de forma definitiva as possibilidades de produção do resultado.

Desta forma, o que se pretende ver ressarcido é uma esperança irreversivelmente perdida de obter uma vantagem ou a possibilidade malograda de evitar um prejuízo. Altera-se o *modus operandi* e têm-se aqui uma diferente questão a ser apreciada; ao invés da não obtenção do resultado final, como se verifica nas demais teorias, o que aqui releva são as possibilidades existentes de vir a obter tal resultado.

Nesta senda, pode concluir-se que existem diferenças substanciais entre a apreciação da questão da perda de uma chance (de sobrevivência ou de cura) e da não obtenção do resultado final pretendido (morte ou invalidez). Em primeiro lugar a perda de uma chance de sobrevivência ou de cura surge como um dano autónomo, distinto do dano morte ou invalidez (que diz respeito à não obtenção do resultado final). Em segundo lugar os dois prejuízos decorrem da lesão de bens jurídicos diversos. No que concerne ao prejuízo derivado do desaparecimento de uma chance, este vem a ser desencadeado por uma actuação negligente do médico que, por sua vez, fez com que o doente perdesse as maiores possibilidades de sobrevivência que detinha no momento da realização do primeiro exame ou que, por não ter sido submetido a um tratamento adequado, gerou a frustração das chances existentes de se curar. Em terceiro lugar os dois prejuízos assumem uma diferenciação no que diz respeito à obrigação assumida pelo médico. Isto é, perante a obtenção do resultado final, como o é a obtenção da cura,

---

<sup>157</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 198-202.

devido ao seu carácter aleatório, o médico assume uma obrigação de meios. Já no que diz respeito à frustração de chances, o médico obriga-se a não destruir tais chances, pelo que, a obrigação que assume é de resultados. Por fim, com o reconhecimento da efectiva existência desta perda de uma chance, opera-se uma nova distinção relacionada com a apreciação da causalidade. Partindo-se do reconhecimento de culpa médica no caso concreto, aferem-se duas relações causais. Uma delas diz respeito à frustração de uma chance e a outra à morte ou invalidez. O primeiro nexos causal (relativo à perda de uma chance) apura-se com certeza partindo-se do raciocínio de que, se não tivesse sido praticado o erro médico, então as possibilidades de sobrevivência ou de cura teriam uma determinada percentagem. No que concerne ao segundo nexos (relativo ao dano morte ou invalidez), este será incerto, na medida em que se desconhece o decurso que os acontecimentos apresentariam na ausência daquele erro, ou seja, se o doente teria sobrevivido ou curado.

Destarte, mantém-se a exigência da prova do nexos causal, ainda que de forma mais ligeira, e conclui-se que não existe para esta doutrina, uma alteração ao esquema tradicional da responsabilidade civil, mas sim a identificação de um dano de uma outra espécie.

Nessa perspectiva, exige-se ao lesado a prova da verificação de todos os pressupostos gerais da responsabilidade civil, como o são, o facto ilícito praticado pelo médico, a culpa deste, o dano derivado da frustração de uma possibilidade, e o nexos causal entre o facto ilícito e a destruição definitiva das suas chances. Na falta de demonstração de um pressuposto, a pretensão indemnizatória fundamentada no desaparecimento de chances, é declarada improcedente.

Para além da efectivação da verificação *in casu* dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, é ainda necessário que exista e seja demonstrada em juízo uma chance real, ou seja, uma verdadeira possibilidade de obtenção do resultado almejado, que corresponde à cura ou à sobrevivência. Perante a falta de demonstração de uma real chance de melhoria do estado de saúde, o pedido indemnizatório, em princípio, será rejeitado<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> Atenta-se a um exemplo para melhor se compreender o conceito. No caso *Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* de 8 de Novembro de 1968, o paciente Barnett, após ingerir arsénico sentiu-se indisposto e foi levado para o hospital. O médico depois de tomar conhecimento dos sintomas do doente, que ainda persistiam, mandou-o para casa, sem efectuar

Pelo exposto, assume-se que as condições de ressarcibilidade do dano da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil médica, consistem na comprovação em juízo da existência de uma chance real e séria da obtenção do resultado final pretendido, bem como na prova de todos os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil.

No que concerne aos pressupostos da responsabilidade civil, importa tecer mais algumas considerações sobre o nexo de causalidade, pois representa a questão central desta teoria. O nexo causal, enquanto pressuposto do instituto da responsabilidade civil funciona nos mesmos moldes que nos termos gerais. A diferença que se prevê para o referido pressuposto, quando usado pela teoria da perda de uma chance, reside na variação do conteúdo do dano, pois, em vez da doença, exige-se a possibilidade de cura, e em vez da morte, requer-se a chance de sobrevivência. Consequentemente, não se dispensa a aplicação do nexo causal, uma vez, que, o doente sempre terá que provar que detinha determinadas possibilidades de obter o resultado final e que a actuação ilícita praticada pelo profissional de saúde veio originar o desaparecimento a título definitivo das referidas possibilidades, cabendo depois ao julgador apreciar a existência das chances demonstradas e os respectivos danos produzidos, para que possa inferir se se ficaram a dever ao acto ilícito e culposo do médico.

O mesmo vale dizer que, na circunstância de o julgador verificar a existência de um comportamento ilícito e culposo e de um dano efectivamente produzido, mas fique com dúvidas quanto à existência de um nexo causal, poderá presumir tal pressuposto e admitir que a conduta do médico teve uma relação de causa-efeito com o dano provocado (que consiste na perda da possibilidade de sobreviver ou melhorar o estado de saúde do doente)<sup>159</sup>.

O médico, por sua vez, se se quiser eximir da responsabilidade, tem que destruir a presunção de causalidade e demonstrar factos que consubstanciam uma situação de força maior, um caso fortuito ou a prova da efectiva origem causal do dano.

---

qualquer observação ou exames. O doente acabou por falecer devido ao envenenamento por ingestão de arsénico. No caso, o pedido ressarcitório, veio a ser rejeitado, apesar de provada a negligência do médico, pois não foi demonstrada a existência de uma chance real, e o juiz considerou que mesmo que o paciente tivesse sido diligentemente tratado, teria falecido na mesma, porquanto não havia possibilidades, na época da ocorrência dos factos, que o único antídoto eficiente tivesse sido administrado antes da morte do paciente. Considerou-se, nestes termos, que não existiam quaisquer chances de sobrevivência. In PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 295, nota de rodapé n.º 785.

<sup>159</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 397-409.

Assim, esta figura, ao diminuir o nível de exigência de prova do nexo causal, vem facilitar a tarefa probatória do doente. Perante a verificação de um comportamento culposo praticado pelo médico, mesmo que não venha a comprovar-se efectivamente o nexo causal entre o facto censurável praticado pelo médico e o dano sofrido pelo doente, possibilita-se que este venha a ser indemnizado pelo desaparecimento da possibilidade de obter um resultado positivo. Assim é, porque, a presente teoria entende que perante a prova de um facto ilícito e culposo praticado pelo médico deve ser ele a suportar a dificuldade de demonstração do efectivo encadeamento causal, ou seja, é sobre o profissional de saúde que recai o risco do *non liquet* ao nível causal.

Nesta senda, a teoria da perda de uma chance aparece como um mecanismo corrector do desajustamento da regra tradicional do ónus da prova e, por conseguinte, corrige igualmente a dificuldade probatória do lesado, na medida em que atenua a rigidez inerente à prova do nexo de causalidade, sem sobrecarregar demasiado a posição processual do médico.

#### **4.2. Defensores da teoria**

A teoria da perda de uma chance foi seguida e desenvolvida por RUTE TEIXEIRA PEDRO<sup>160</sup> que se mostra favorável ao acolhimento da mesma no nosso sistema jurídico, na medida em considera que esta constitui uma solução adequada para os casos em que se verifica uma dificuldade ou impossibilidade de prova por parte do lesado e, em consequência, um desequilíbrio processual das partes.

Eis os fundamentos que a citada Autora apresenta, para sustentar a aplicação da teoria no nosso sistema jurídico.

Nos termos da figura, a possibilidade perdida merece a tutela do direito, pois, à data da lesão, integra o património jurídico do lesado (património económico e património moral), sendo por isso passível de uma avaliação económica e jurídica. Assim, a frustração da chance é ressarcível por consubstanciar a lesão da integridade daquele património que, por sua vez, corresponde à soma de todos os valores juridicamente protegidos.

---

<sup>160</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 179-455.

Ademais, a possibilidade que veio a ser malograda corresponde a um valor conexo a um outro bem jurídico do lesado, que consiste no direito à vida, à saúde e à integridade pessoal, pelo que deve entender-se que a norma que tutela o segundo bem jurídico deve ser estendida para a tutela da chance perdida. O conceito de chance não corresponde, assim, a uma mera expectativa de facto, ao invés constitui uma das manifestações de outro bem jurídico com o qual se encontra conexa.

Desta forma, ao considerar-se a chance frustrada como um valor conexo a um bem jurídico do lesado, esta não terá que ser accionada em juízo, bastando que diga respeito a um direito susceptível de se fazer valer judicialmente.

Acrescenta ainda a aludida Autora que a perda de uma possibilidade encontra-se fundamentada no direito da personalidade, nos termos do n.º 1 do artigo 70 do C.C.<sup>161</sup>, e na dignidade da pessoa humana, de acordo com o n.º 1 do artigo 26 da C.R.P.<sup>162</sup>. Pelo que não existirão quaisquer dificuldades em subsumir a teoria da perda de uma chance no contexto dos pressupostos normativos elencados no artigo 483.º do C.C.

No que concerne à responsabilidade contratual, assumirá relevância jurídica a violação das chances que formam o objecto sobre o qual incide a prestação devida assumida pelo profissional de saúde, porquanto este, ao celebrar o contrato com o paciente, vincula-se a não destruir de forma culposa as suas possibilidades de obter um resultado favorável<sup>163</sup>.

No que diz respeito à indemnização do dano da perda de uma chance como dano autónomo, o nosso sistema jurídico, através do artigo 566.º do C.C.<sup>164</sup>, dá guarida a esta situação, na medida em que remete para uma apreciação equitativa do tribunal caso seja impossível determinar “o valor exacto dos danos”<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> Número 1 do artigo 70.º do C.C – “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

<sup>162</sup> Número 1 do artigo 26.º da C.R.P. – “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

<sup>163</sup> PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 377-386.

<sup>164</sup> Número 3.º do artigo 566.º do Código Civil – “Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados”.

<sup>165</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit. pp. 431-433.

Por fim, no que concerne à construção efectuada pela figura em volta do nexo de causalidade, sempre se dirá que o nexo causal entre o facto e o dano é afirmado. Na realidade, o dano que se indemniza não é o dano final, mas o dano produzido pelo desaparecimento de uma chance. Este dano é certo, na medida em que a chance foi definitivamente afastada devido à prática de um acto ilícito. Desta forma, não existe uma violação das regras gerais da responsabilidade civil que vigoram no nosso ordenamento jurídico.

Pelo exposto, a Autora assevera que a teoria poderá ser aceite no nosso sistema jurídico devido ao acolhimento da mesma através das disposições mencionadas e, ainda, atendendo ao respeito pelo esquema tradicional de responsabilidade civil. Seria assim benéfico a adopção deste mecanismo em sede de responsabilidade civil médica, uma vez que vem facilitar a tarefa probatória do doente, de forma a conseguir obter a reparação do dano sofrido, alcançando-se ainda um equilíbrio entre a situação de integral imunidade e uma responsabilização certa do profissional.

### **4.3. Críticas à teoria da perda de uma chance**

Feita a análise do conceito, dos requisitos e dos fundamentos que sustentam a aplicação da teoria da perda de uma chance, atentaremos a algumas debilidades da figura que poderão ser mencionadas.

A primeira crítica apontada diz respeito à transmutação da obrigação de meios numa obrigação de resultados a que o médico se encontra vinculado, com a celebração do contrato de prestação de serviços médicos. Ao profissional de saúde é imputada a responsabilidade perante a prática de um dano, que tem em conta a diferença entre a situação clínica em que o doente se encontra e aquela em que estaria caso não tivesse sido praticado um comportamento censurável pelo médico. Nesta perspectiva, o médico para além de ser responsável pelos danos sofridos devido a uma violação do dever objectivo de cuidado, falando-se aqui num inadimplemento da obrigação de meios, seria também responsável pelo incumprimento de uma obrigação de resultados por ter causado o desaparecimento de chances. Nestes termos, estaria vinculado a uma

obrigação de resultados e, conseqüentemente, teria que indemnizar o doente pela não obtenção desse resultado<sup>166</sup>.

Uma outra dificuldade que é apontada à figura consiste na determinação do *quantum* da indemnização resultante da perda de uma chance. RUTE TEIXEIRA PEDRO<sup>167</sup> reconhece a complexidade resultante da operação em estabelecer o *quantum* que repare a lesão verificada, alegando que a dificuldade agrava-se perante a carência de dados estatísticos, sobre a patologia de que o doente padece e sobre as conseqüências de um comportamento da natureza do adoptado pelo médico.

Em conformidade, faremos um breve resumo da operação apresentada pela referida Autora, para que se possa compreender a sua complexidade. Primeiramente é efectuada uma avaliação do prejuízo originado pela perda de uma vantagem ou produção de uma desvantagem, de forma a apurar todos os danos sofridos pelo paciente no caso concreto. De seguida, aprecia-se a consistência da chance, que se traduzirá num valor percentual consubstanciado nas probabilidades de alcançar o resultado que lhe era favorável. Por fim, aplica-se essa percentagem ao valor encontrado na primeira avaliação feita, ou seja, ao montante global apurado por referência ao dano final. Desta forma obtém-se um valor correspondente ao dano da perda de uma chance que deverá ser indemnizado<sup>168</sup>.

Ora, bem se compreende que tal operação suscite vastíssimas dificuldades de aplicabilidade prática, principalmente no que concerne à conversão num determinado valor percentual, a quantidade de possibilidades que o paciente detinha em obter o resultado almejado.

No que diz respeito ao encargo probatório, mantém-se o esquema tradicional de responsabilidade, cabendo ao doente provar os factos constitutivos e ao médico os factos extintivos, impeditivos e modificativos à pretensão do doente, conforme o artigo 342.º do C.C. Nestes termos, incumbe ao paciente a prova do acto praticado pelo médico, a ilicitude da sua conduta à luz da *legis artis*, a culpa subjacente na conduta ilícita levada a cabo pelo médico, o dano derivado da perda de uma chance e ainda o nexo de causalidade entre o comportamento censurável do médico e o dano resultante

---

<sup>166</sup> Cfr. FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit., pp. 287.

<sup>167</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 431.

<sup>168</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 230-231.

da perda de uma chance. Cabendo ao médico carrear factos que afastem o pedido baseado na perda de chances de cura ou de sobrevivência, formulado pelo paciente.

Assim sendo, mantém-se o rigorismo inerente à tarefa probatória do paciente, não se prevendo qualquer atenuação, pois este tem de provar todos os pressupostos da responsabilidade civil. A título de exemplo, o doente tem de demonstrar que, caso não tivesse ocorrido um atraso no diagnóstico, as suas chances de cura seriam superiores a uma certa percentagem. Ora, tal demonstração requer sempre um conhecimento técnico na área da medicina para a consecução da prova dos pressupostos, que o paciente, em geral, não detém.

Ademais, propugna a teoria que não é necessário que se encontre estabelecido formalmente um nexos causal cientificamente comprovado. Ora, não se pode conceber que a incerteza na verificação do pressuposto fulcral da responsabilidade civil, como o é o nexos de causalidade, origine sem mais a procedência da acção. O julgador, na presença de um facto ilícito e culposo do médico, estabelece uma verdade repleta de incertezas e de dúvidas, baseada numa causalidade aleatória. Serve-se de uma invenção jurídica sem qualquer previsão legal.

Nessa perspectiva, de forma a não rejeitar uma tutela ressarcitória do doente, baseia-se na prática de um comportamento ilícito e culposo do médico, apesar de subsistirem inultrapassáveis dúvidas ao nível da afirmação do nexos causal e, não tem sequer em linha de conta as particularidades inerentes à ciência médica e os complexos factores reaccionais do paciente<sup>169</sup>.

Acresce que o nexos causal não é estabelecido entre o facto praticado pelo médico e o dano final produzido; ao invés, baseia-se na hipotética causa entre o comportamento censurável e o dano da perda de uma chance. Em consequência, estaríamos aqui perante uma responsabilidade virtual, produzida por uma causalidade aleatória, que levaria a uma sistemática responsabilização do médico, na medida em que seria suficiente a demonstração da incerteza ao nível do nexos causal por parte do

---

<sup>169</sup> “Pois o que se pretende é que, quando subsistam dúvidas quanto à causalidade, seja excluída a indemnização; e o que pode bem acontecer é que, em vez da mera indemnização pela chance perdue, os tribunais, apesar da incerteza, considerem mais facilmente provado o nexos causal, o que conduzirá a uma indemnização integral (...)” in ver. trim. dr. civ. 547-549 (anot.), 548, apud. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, ob. cit., 1989, pp. 299-300.

paciente, permitindo-se ao julgador proferir uma decisão condenatória, apesar de subsistirem dúvidas insanáveis<sup>170</sup>.

Nesta perspectiva, deve se entender que a mera possibilidade, situada dentro de um conjunto de outras possibilidades, de que o acto ilícito e culposo praticado pelo profissional de saúde tenha originado o dano, não deve permitir a procedência de uma pretensão indemnizatória a favor do lesado, pois a isso obsta a incerteza do nexu causal.

Por fim, acrescente-se que foi o próprio legislador quem excluiu da previsão do nosso sistema jurídico, a presente figura. Ora, se admitíssemos a teoria da perda de uma chance estaríamos a atentar contra as regras de causalidade consagradas na nossa lei, mais especificamente no artigo 563.º do C.C. A lei consagra a teoria da causalidade adequada, como já foi referido no presente trabalho e, por isso, pressupõe o respeito pela regra da *conditio sine qua non*. Ou seja, esta regra obsta ao acolhimento da teoria da perda de uma chance, pois não podemos ter a certeza se o dano não teria ocorrido sem a acção do terceiro.

Citando as palavras de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: “ (...) entendemos que a perda de chance em sentido jurídico não releva, no caso em apreciação, por contrariar o princípio da certeza dos danos e as regras da causalidade adequada”<sup>171</sup>.

Pelo exposto, conclui-se que a figura da perda de uma chance não é ainda capaz de solucionar de forma cabal a questão do ónus probatório nas acções de responsabilidade civil médica.

Os nossos Tribunais não têm vindo a acolher esta figura<sup>172</sup>.

## **5. Teoria da inversão do ónus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor.**

---

<sup>170</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 410.

<sup>171</sup> Acórdão Supremo Tribunal de Justiça: Revista 1410/04.OTVLSB.L1.S1, de 26.10.2010, Relator Azevedo Ramos. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>172</sup> Vide Jurisprudência do Supremo Tribunal de justiça que rejeita a aplicação da teoria da perda de uma chance: Revista 1410/04.OTVLSB.L1:S1, de 26.10.2010, Relator Conselheiro Azevedo Ramos; Revista 2622/07.OTBPNF.P1.S1, de 29.04.2010, Relator Conselheiro Sebastião Póvoas e Revista 8972/06.5TBBRG.G1.S1, de 29.05.2012, Relator Conselheiro João Camilo. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## 5.1. Conceito, caracterização e fundamento.

A questão que se coloca reside na circunstância de saber se é ou não possível caracterizar a relação existente entre o profissional de saúde e o paciente como uma relação de consumo, aplicando-se conseqüentemente a legislação legal prevista para a defesa dos consumidores - Lei 24/96, de 31 de Julho, actualizada pela Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro.

Vejamos, esta Lei, no n.º 1 do artigo 2.º estipula que: *“Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”*.

Da interpretação do artigo retira-se que para que, um sujeito possa ser considerado consumidor, terá que lhe ter sido fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos direitos, com carácter profissional e com o intuito de obter uma vantagem económica, e, este (o consumidor) não poderá retirar daqueles qualquer utilidade profissional. Ora, de uma forma genérica, sempre se poderia concluir que todos os requisitos referidos no artigo se encontram patentes no contrato de prestação de serviços médicos. Corrobora ainda, para esse efeito, a alínea b) do artigo 3.º, que indica que o consumidor tem direito *“à protecção da saúde e da segurança física”*.

Todavia, o artigo 23.º da citada Lei refere expressamente que *“o regime de responsabilidade por serviços prestados por profissionais liberais será regulado em leis próprias”*.

Ademais, prevê o artigo 5.º:

*“É proibido o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, incluindo a duração, impliquem riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de protecção da saúde e da segurança física das pessoas”*.

Pelo que, parece que o nosso legislador aquando da formação do Código de Defesa do Consumidor optou por não o aplicar à responsabilidade civil médica.

No entanto, são vários os ordenamentos jurídicos a aplicar os diplomas legais previstos para reger as relações de consumo às prestações de serviços médicos, nomeadamente, o ordenamento espanhol e brasileiro.

No ordenamento espanhol encontra-se consagrado um regime jurídico que admite a responsabilidade objectiva no âmbito da prestação de serviços médicos, nos termos dos artigos 26.º e 28.º da Lei 26/1984, de 19 de Julho. Tais dispositivos estabelecem que pelos danos causados aos consumidores serão responsáveis os que produzam, importem ou administrem os produtos ou serviços, excepto se conseguirem demonstrar o respeito pelos requisitos regulamentares, bem como os cuidados e diligências que exigem a natureza do produto, serviço ou actividade<sup>173</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro<sup>174</sup> o acto médico consubstancia uma relação de consumo, aplicando-se por isso o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 1990). A base de sustentação para a sua aplicação reside na ideia de que, sendo o médico um prestador de serviços e o paciente um destinatário final, então a relação jurídica que se estabelece entre ambos é de consumo. Nesta perspectiva, quando o paciente (enquanto consumidor) celebra um contrato de prestação de serviços com o médico ou instituição hospitalar beneficia do regime do aludido Código.

No que concerne à questão da prova, o Código prevê, no parágrafo VIII do artigo 6.º, como direitos do consumidor, um acesso aos órgãos judiciais e administrativos, com vista à prevenção ou reparação de danos e, ainda, a simplificação da defesa dos seus direitos, incluindo nesse âmbito uma inversão do ónus probatório a seu favor quando, de acordo com o julgador e à luz de regras de experiência, estivermos na presença da verosimilhança da alegação ou hipossuficiência técnico-económica.

Nessas circunstâncias, joga a favor do lesado uma inversão do ónus da prova e, por isso, o paciente não tem a seu encargo o ónus de provar a culpa do médico visto que esta se presume. Caberá nestes termos ao médico demonstrar que não agiu com culpa, ou que o prejuízo sofrido ficou a dever-se a uma causa estranha que não lhe deverá ser imputável.

---

<sup>173</sup> Cfr. NUNES, Manuel Rosário, ob. cit., pp. 85-88.

<sup>174</sup> Cfr. RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso, *Regime diferenciado da prova na acção de responsabilidade civil por culpa do médico com ênfase na distribuição do seu ónus*, Relatório de Mestrado Académico, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 77-82.

Portanto, no sistema jurídico brasileiro, com a utilização do Código de Defesa do Consumidor nas demandas de responsabilidade civil médica, obtém-se uma facilitação do encargo probatório do doente através da referida inversão do ónus da prova da culpa<sup>175</sup>.

No nosso sistema jurídico, como *supra* referido, o Código de Defesa do Consumidor não tem aplicabilidade no campo da responsabilidade civil médica, nem prevê qualquer inversão do ónus da prova por força de um dispositivo legal, como sucede no ordenamento espanhol e brasileiro.

Aliás, o sistema de inversão do ónus da prova encontra-se circunscrito às situações legalmente estabelecidas. Esta figura surge quando não recai sobre a parte normalmente onerada (de acordo com as regras de distribuição do ónus da prova previstas no artigo 342.º do C.C) com a prova o ónus de demonstrar um facto, ao invés caberá à contraparte a incumbência de provar o facto contrário<sup>176</sup>. Por outras palavras, na circunstância de ocorrer a inversão do ónus da prova, presume-se a verificação do facto que a parte que beneficia com a inversão teria que demonstrar. Logo, esta parte fica dispensada do encargo probatório, cabendo antes à parte contrária o encargo de provar o facto contrário.

Nesta perspectiva, ao operar a inversão do ónus probatório da culpa, o lesado fica dispensado de provar a culpa do lesante, e caberá a este fazer a prova do contrário, demonstrando por qualquer meio que não teve culpa (artigo 347.º do C.C). Assim, ao contrário da prova *prima facie*, em que a prova continua a caber ao lesado segundo as regras gerais, a inversão do *onus probandi* dispensa totalmente a prova da culpa. Ademais, na presente figura o profissional de saúde não poderá desculpar-se com a simples demonstração da possibilidade de inexistência de culpa sua (por simples contraprova), como sucede na prova *prima facie*, ao invés, terá que fazer prova do contrário, isto é, de que efectivamente não agiu com culpa na prática do acto médico. A prova do contrário é mais rigorosa e severa<sup>177 178</sup>.

---

<sup>175</sup> Cfr. NUNES, Manuel Rosário, ob. cit., pp. 89-91.

<sup>176</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, 1995, ob. cit., pp. 31-34.

<sup>177</sup> Cfr. SILVA, João Calvão da, ob. cit., pp. 394-400.

<sup>178</sup> “Não se deve confundir contraprova com a prova do facto contrário. A contraprova consiste em criar no espírito do tribunal a dúvida ou incerteza acerca do facto questionado; a prova do facto contrário tem por fim a demonstração de que certo facto, já provado, não é verdadeiro” – in NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17.ª Edição Revista e Actualizada, Ediforum Edições Jurídicas, Lda Lisboa, 2010, pp. 302.

A inversão do ónus da prova somente se verifica num grupo limitado de casos legalmente estabelecidos. As hipóteses em que opera tal inversão do ónus da prova estão expressamente elencadas no artigo 344.º do C.C e correspondem às situações onde se verifica uma presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, convenção válida entre as partes (à luz do artigo 345.º do C.C), disposição legal que o preveja, ou ainda, na circunstância de a parte ter culposamente tornado impossível a prova ao onerado.

Assim, a inversão do ónus probatório está condicionada à verificação destes casos previstos pela lei, não correspondendo por isso a uma medida a ser utilizada, discricionariamente pelo julgador e em qualquer situação que ache justificável.

## **5.2. Defensores da teoria**

MANUEL ROSÁRIO NUNES<sup>179</sup> defende que as dificuldades probatórias do paciente são motivo suficiente para operar a inversão do ónus da prova na responsabilidade civil médica.

Fundamenta a inversão do ónus probatório com base na Proposta de Directiva Comunitária apresentada pela Comissão em 9 de Novembro de 1990, dedicada ao regime da responsabilidade do prestador de serviços, que não chegou a ser aprovada.

Conforme aquela Proposta, a dificuldade ou impossibilidade em reconhecer determinados actos de negligência do fabricante durante o processo produtivo, levou o legislador comunitário a consagrar um regime de responsabilidade objectiva relativamente aos danos causados pelos produtos defeituosos. Assim, entende o Autor que com maior facilidade se encontraria uma solução legislativa que, fundada num regime de responsabilidade subjectiva, salvaguardasse os interesses dos intervenientes perante serviços especializados em certas áreas (como a Saúde), desenvolvidas por profissionais com conhecimentos técnico-científicos com um grau elevado de complexidade.

Ademais, o artigo 1.º da Proposta consagrava uma inversão do ónus da prova da culpa a favor do paciente, fazendo incidir sobre o prestador de serviços de saúde o ónus

---

<sup>179</sup> Cfr. NUNES, Manuel Rosário, ob. cit. pp. 61-84

da prova da ausência de culpa, atendendo aos seus conhecimentos técnicos e específicos. O Autor, ao comparar a actividade desenvolvida pelo médico com a actividade do produtor, entende que é mais difícil provar a negligência ocorrida dentro de uma sala de cirurgia.

Nesta perspectiva proclama a necessidade da inversão do ónus da prova do pressuposto da culpa, atentas as dificuldades probatórias do lesado, incumbindo ao hospital ou ao médico demonstrarem a inexistência de culpa através de factos que evidenciem que foram tomadas todas as medidas exigíveis ao caso, à luz da *legis artis*, de forma a evitar a prática do resultado danoso<sup>180</sup>.

Por fim, entende que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) deverá ter aplicação nas relações contraídas entre médicos e pacientes ou entre instituições de saúde e pacientes, visto que estão em causa relações jurídicas de consumo que maioritariamente assumem natureza contratual<sup>181</sup>. O Autor sufraga tal aplicabilidade no substrato de o paciente/utente, quando atendido por um consultório particular/hospital Público, dever ser considerado um consumidor, atento o conceito de consumidor definido na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (o consumidor consiste no sujeito que adquire, possui ou utiliza um bem ou um serviço para uso privado). Alega ainda que a ideia crucial que se encontra subjacente ao conceito de consumidor consiste na circunstância de este se apresentar como a parte débil economicamente e sem conhecimentos técnicos na área. Assim, facilmente se enquadram aqui as relações estabelecidas entre paciente e médico/hospital Público.

Nesta senda, defende a aplicabilidade da inversão do ónus da prova da culpa em favor do doente, atendendo às suas dificuldades probatórias, baseando-se no exposto pela Proposta de Directiva Comunitária. Entende ainda que o regime jurídico previsto no Código de Defesa do Consumidor deverá ser aplicável à relação médico-doente, de forma a proteger os interesses do doente enquanto consumidor.

### **5.3. Críticas à teoria da inversão do ónus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor**

---

<sup>180</sup> Cfr. NUNES, Manuel Rosário, ob. cit. pp. 61-84.

<sup>181</sup> Cfr. NUNES, Manuel Rosário, ob. cit. pp. 91-92.

Já se fez uma breve alusão ao nosso entendimento no sentido da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação contraída entre médico e doente.

O Código de Defesa do Consumidor não foi pensado para as relações que se estabelecem entre médico e paciente. Não se concebe a ideia de que a relação contraída entre estes dois sujeitos se consubstancie numa relação de consumo. Uma relação de consumo pressupõe a obtenção de lucros, regendo-se toda a actividade em volta de questões meramente económicas. Ao invés, na relação médico-doente a prestação médica está, primeiramente, direccionada na cura ou tratamento do doente, e não na obtenção de lucros. Os bens jurídicos inerentes a uma prestação médica consistem no direito à vida, à integridade física e moral do doente, e não a meros bens jurídicos de carácter patrimonial. Pelo que o exercício da medicina não se confunde com a prestação económica presente numa relação de consumo que o Código prevê. Equalizar-se estes diferentes conceitos atentaria contra a deontologia da própria profissão médica que seria reduzida a uma mera actividade mercantil.

Ademais, como *supra* referido, os artigos 5.º e 23.º da Lei de Defesa do Consumidor excluem do seu âmbito de aplicação a prestação de serviços médicos. O presente diploma, para além de não ter sido pensado para as relações médico-doente, invalida, inclusivamente, a sua aplicação no campo da responsabilidade civil médica.

No que concerne à inversão do ónus da prova motivada pela dificuldade probatória do doente, entendemos que tal não se pode igualmente conceber.

Como *supra* referido, os casos em que opera uma inversão do ónus da prova estão legalmente estabelecidos no artigo 344.º do C.C. Ou seja, a inversão do ónus probatório encontra-se condicionada à verificação de um grupo limitado de hipóteses legalmente consagradas, não correspondendo por isso a uma medida a ser utilizada discricionariamente pelo julgador.

Conferir a possibilidade ao julgador de manusear as regras positivamente consagradas, ainda que com o fundamento louvável de socorrer o lesado perante uma dificuldade de prova, não teria a seu favor a promoção do valor da certeza que o direito deve servir e que as inversões legais proporcionam.

Pelo que, concorda-se com o entendimento seguido maioritariamente pela doutrina, isto é, a dificuldade de prova por parte do onerado não deve constituir

fundamento para a inversão do *onus probandi* por imposição do julgador<sup>182</sup>. Em termos jurisprudenciais desconhecem-se decisões que tenham acolhido a inversão do ónus da prova em caso de dificuldades probatórias.

## 6. Considerações finais

Os mecanismos apresentados pela doutrina e pela jurisprudência que têm como objectivo obstar a que a retribuição do ónus da prova, que faz incidir sobre o paciente uma tarefa demasiado pesada originando uma desprotecção injusta sobre o mesmo, revelam-se ineficientes. As falhas e debilidades inerentes a cada um dos institutos, não permite acolhê-los de forma a constituírem uma solução adequada ou um critério matriz para disciplinar a distribuição do ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica.

De forma a ilustrar o que tem vindo a ser as preocupações demonstradas ao longo do trabalho quanto à matéria da responsabilidade civil médica, iremos fazer uma breve referência a uma notícia recente, datada de 27 de Janeiro de 2014<sup>183</sup>.

O título apresentado pela notícia consistiu no seguinte: “*Queixas de negligência médica quintuplicaram desde 2001*”.

Complementando o título, surge uma espécie de um subtítulo que refere que “*Instituto de Medicina Legal recebe cada vez mais pedidos de pareceres técnicos em casos de alegadas más práticas profissionais. Falta de jurisprudência leva tribunais a tomar decisões díspares*”.

Ora, o título e o subtítulo referido são suficientes para aferir a alarmante situação com que os nossos tribunais se têm confrontado perante as acções de responsabilidade médica.

---

<sup>182</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., 1996, pp. 140-141.

<sup>183</sup> CAMPOS, Alexandra, in *Público*, 27 de Janeiro de 2014, disponível em <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/queixas-de-negligencia-medicaquintuplicaram-desde-2001-1621197>.

O número de casos frutos de más práticas dos profissionais de saúde têm vindo a aumentar significativamente (a notícia refere que o aumento começou a verificar-se em 2001 e quase que quintuplicou), e a máquina judicial revela-se inábil para solucionar os problemas inerentes a esta matéria. Tais problemas resultam, por um lado, do facto de os julgadores, perante situações complexas e graves, carecerem de conhecimentos técnicos suficientes, o que faz com que tenham necessidade de recorrer aos pareceres de peritos (a notícia menciona que desde aquela data os pedidos aumentaram de 33 processos analisados para 184 no ano passado), que, por sua vez, devido à solidariedade existente entre os médicos, obstaculizam o alcance da verdade material. Por outro lado, devido à inexistência de um critério matriz na nossa jurisprudência no campo da responsabilidade civil médica, permite-se aos julgadores tomarem decisões consoante a tese que proclamam, principalmente no que concerne à questão da distribuição do ónus da prova e ao mecanismo de simplicidade do encargo probatório do lesado, o que, originará a tomada de decisões distintas, dominadas por subjectivismo e arbitrariedade.

A notícia estreia-se com três exemplos de má prática profissional:

*“Uma pinça com 18 centímetros esquecida no interior do abdómen de uma doente durante uma cirurgia, uma criança a quem os médicos não diagnosticaram uma apendicite e que acabou por morrer, um homem com suspeita de enfarte agudo que foi transferido de um hospital central para um distrital e também não sobreviveu”.*

Note-se que estes são só alguns exemplos resultantes da má prática médica, de entre dezenas de outros que ocorrem frequentemente, cujo desfecho é maioritariamente o mesmo, e usando as palavras da notícia, *“grande parte acaba arquivada e as condenações são a excepção”*. Destarte, não se pode conceber que estes casos passem impunes pelo facto de o nosso sistema judicial não se encontrar suficientemente preparado para solucioná-los, de forma a salvaguardar os interesses do lesado na demanda.

Ademais, a notícia expõe ainda uma breve crítica à morosidade presente nos tribunais portugueses para a apreciação deste tipo de processos, mencionando que em média o seu desfecho demora cerca de oito anos, e ilustrando esta demora dos tribunais através da descrição de um caso no qual os familiares de uma criança, a quem não foi atempadamente diagnosticada uma apendicite, só tomaram conhecimento da decisão de

absolvição dos dois médicos envolvidos nove anos após a sua morte. Essa decisão foi tomada em Primeira Instância, pelo que resta saber quanto mais tempo terão que aguardar os familiares pela decisão do Tribunal da Relação, e se essa decisão virá a ser-lhes favorável ou não. Nestes termos, a morosidade é prejudicial para ambas as partes. Para o médico, na medida em que o mesmo, ao permanecer frequentemente envolvido em processos com enorme durabilidade, começa a ter receio e adopta uma medicina mais defensiva; e para o doente, visto que, a ser ressarcido, situação que raramente sucede, só o será após longos anos.

A notícia termina com a menção de que *“Na medicina legal há tabelas, mas nesta matéria ainda não existe jurisprudência. A responsabilidade profissional em saúde é recente”* (citação de Gonçalo Castanheira).

O teor deste parágrafo final da notícia não poderá significar o *terminus* da procura de uma solução para os casos de responsabilidade médica com o fundamento de que a mesma é recente e, por isso, a jurisprudência ainda não teve o tempo necessário para encontrar um critério de decisão cabal e consolidado. Ao invés, é premente a necessidade de obter uma fórmula única a usar pelos nossos tribunais no momento de decisão das acções de responsabilidade civil médica.

Pelo exposto, bem se compreende a necessidade da procura de um instituto idóneo e eficiente a ser usado pelos julgadores para fazer face às problemáticas inerentes à responsabilidade civil médica. Em conformidade, e tendo em conta esse propósito iremos apresentar a nossa posição adoptada quanto a esta matéria, que acreditamos ser apropriada para disciplinar a retribuição do ónus da prova dos litigantes.

# CAPÍTULO IX – POSIÇÃO ADOPTADA PARA A QUESTÃO DO ÓNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

## 1. Considerações iniciais

Ao longo do último capítulo equacionámos a aplicabilidade dos diferentes mecanismos criados pela jurisprudência e desenvolvidos pela doutrina, de forma a disciplinar a repartição do ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica, tendo em vista o fim de facilitar a tarefa probatória do doente, que se apresenta como a parte que não detém conhecimentos técnicos da *legis artis* e que por isso, terá uma significativa dificuldade em demonstrar em juízo factos que subjazem aos requisitos da responsabilidade civil do médico, mormente a existência de culpa deste.

Os distintos mecanismos simplificadores do encargo probatório, isto é, as teorias da prova de primeira aparência, da esfera dos riscos, da perda de chance e da inversão do ónus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor, padecem de falhas pontuais que obstam ao respectivo acolhimento como critério cabal a ser usado pelos nossos tribunais nas acções de responsabilidade civil médica. Tais falhas resultam, por um lado, do ineficiente funcionamento prático de alguns mecanismos em resolverem de forma geral e perante todas as acções de responsabilidade médica a questão da difícil execução da prova por parte do doente, o que conduzirá à improcedência da acção, e por outro lado, do excessivo encargo que determinados mecanismos atribuem ao médico, o que terá como desfecho a sua condenação. Quer se atente a um ou outro problema, sempre se dirá que os mecanismos se revelam ineficazes para consubstanciar um regime processual que seja considerado uma base probatória neste tipo de acções.

A criação dos aludidos mecanismos resultou da circunstância de a generalidade da doutrina<sup>184</sup> rejeitar a aplicação da presunção legal de culpa em sede de responsabilidade civil médica, visto que não recai sobre o profissional de saúde, em regra, uma obrigação de resultados e, assim, o ónus da prova é determinado exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual.

---

<sup>184</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit.; SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit.; FARIA, Jorge Ribeiro de, ob. cit.; NUNES, Manuel Rosário, ob. cit.; ALMEIDA, J.C. Moitinho De, ob. cit. e DIAS, João Álvaro, ob. cit..

Sucedem porém, que não partilhamos de tal entendimento. Não havia necessidade da criação de tais mecanismos, na medida em que o nosso regime legal, ao estabelecer uma presunção legal de culpa em favor do doente, aligeira a sua posição processual, dispensando-o de provar que houve culpa na actuação médica. A aplicação da presunção legal prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C vem salvaguardar os interesses do lesado, operando uma inversão do ónus da prova no que concerne ao pressuposto da culpa, e por causa disto incumbe ao lesante a prova do contrário, nomeadamente através de factos que revelem que não actuou com culpa ou que a produção do dano ficou a dever-se a uma causa externa que não lhe pode ser imputável. Ou seja, a presunção legal de culpa expressamente consagrada no nosso sistema jurídico satisfaz os objectivos que os mecanismos alternativos se propuseram alcançar – o aligeiramento da difícil tarefa probatória que incumbe ao lesado.

Desta forma, concordamos com a segunda corrente doutrinária e jurisprudencial *supra* enunciada, que, por sua vez, constitui a teoria que tem vindo a ser maioritariamente acolhida pelos nossos tribunais<sup>185</sup>.

## **2. Caracterização, fundamento e funcionamento da teoria adoptada**

O contrato de prestação de serviços médicos enquadra-se no artigo 1154.º do C.C., e o seu objecto contratual traduz-se na prestação de cuidados de saúde e tratamentos visto que, em regra, o médico, com a celebração do contrato, assume uma obrigação de meios, mediante a contrapartida de pagamento de uma quantia pecuniária pelo paciente. O contrato celebrado entre médico e paciente insere-se na figura de contrato, que por sua vez consiste no negócio jurídico constituído por duas ou mais declarações de vontade que convergem no sentido de produzir um determinado resultado e, por isso, será regido pelo regime da responsabilidade civil contratual nos termos do artigo 798.º e seguintes do C.C.

---

<sup>185</sup> Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 4057/02, de 17.02.2002, Relator Afonso de Melo; Recurso de Revista 07A2334, de 18.09.2007, Relator Alves Velho; Recurso de Revista 2443/02, de 09.05.2002, Recurso de Revista 08A183, de 04.03.2008, Relator Fonseca Ramos; Relator Neves Ribeiro; Recurso de Revista 3800/07, de 22.11.2007, Relator Rui Maurício; Recurso de Revista 08B1800, de 15.10.2009, Relator Rodrigues dos Santos; Recurso de Revista 674/2001.P.L.S1, de 22.09.2011, Relator Bettencourt de Faria. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa: Recurso de Apelação 1360/2007-7, de 11.07.2007, Relatora Rosa Ribeiro Coelho e Recurso de Apelação 5239/07.5TVLSB.L1-2, de 07.04.2011, Relator Jorge Leal. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Com a celebração deste contrato de prestação de serviços médicos, à luz do regime da responsabilidade contratual, em caso de incumprimento opera uma inversão do ónus da prova da culpa, de modo que incide sobre o médico uma presunção legal de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C. O disposto tem aplicabilidade, quer a obrigação seja de meios, quer seja de resultados, pois tal dicotomia apenas assume relevância para determinar o *quantum* da prova, mas já não para a distribuição do ónus probatório. Faz sentido que assim o seja, na medida em que mesmo que estejamos na presença de uma obrigação de meios, o médico sempre se encontra vinculado a uma obrigação contratual, que consiste no emprego da diligência e perícia devidas sobre determinado tratamento. Ou seja, se o médico apenas se comprometeu a desenvolver prudente e diligentemente um acto médico em ordem a obter a cura (esta obrigação de tratamento consiste no resultado do trabalho intelectual e material do médico), sem se vincular à obtenção da mesma, então só virá a ser responsável caso venha a adoptar comportamentos que evidenciem que não agiu de forma diligente e prudente. Assim, a vinculação pela adopção de tais condutas diligentes e prudentes, constitui uma obrigação contratual, pela qual o médico deverá responder em caso de incumprimento, aplicando-se consequentemente os artigos 798.º e seguintes do C.C.

Corroboram o entendimento perfilhado a doutrina de PEDRO ROMANO MARTINEZ<sup>186 187</sup>:

*“Do exposto decorre que da distinção entre obrigação de meios e de resultado não se pode entender de modo diverso quanto à presunção de culpa. O devedor, mesmo que a obrigação se possa qualificar como de meios, tem um resultado a atingir e deve actuar de boa fé. Deste modo, a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do CC não deve ter dois entendimentos; ou seja, ainda que a obrigação seja de meios, o devedor é que tem o domínio sobre o modo de realização da prestação, devendo aplicar-se a presunção de culpa.”*

O citado Autor acrescenta ainda um crucial argumento para sustentar a aplicabilidade da presunção legal de culpa, independentemente da natureza da obrigação

---

<sup>186</sup> Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, ob. cit., pp. 479.

<sup>187</sup> Defendem igualmente a aplicabilidade da presunção legal de culpa independentemente da natureza da obrigação em causa os seguintes Autores: RODRIGUES, Álvaro Da Cunha Gomes, ob. cit., pp. 208-210, DIAS, Figueiredo e MONTEIRO, Sínde, ob. cit., pp. 45-46, e GASPAR, António Silva Henriques, ob. cit., pp. 343-345.

a que o médico se vinculou: o n.º 1 do artigo 799.º do C.C. estabelece uma presunção de culpa, sem distinguir entre obrigação de meios e de resultados. Assim, a aplicação da presunção de culpa aplica-se quer a obrigação seja de resultados ou de meios.

A base de sustentação da aplicação da presunção de culpa no campo da responsabilidade civil médica reside, por um lado, na circunstância de que é o médico quem domina o *modus operandi* da prestação realizada, pelo que sempre poderá evitar o inadimplemento de tal prestação ou, caso venha a incumpri-la, visto que detém um especial conhecimento do modo como a prestação se realiza, encontra-se em condições para fazer a prova negativa através da demonstração da existência de uma causa externa, facto de terceiro ou do lesado<sup>188</sup>. Por outro lado, o profissional de saúde detém uma posição de vantagem perante o paciente, que se traduz no domínio dos conhecimentos técnicos adequados, podendo utilizar o historial clínico, os exames efectuados, entre outros meios de prova essenciais para o esclarecimento dos factos controvertidos, bem como poderá recorrer à prova pericial que assume crucial relevância neste tipo de acções, para demonstrar que não houve culpa na produção do dano. Ao invés, o paciente encontra-se numa posição processual mais debilitada, pois não dispõe dos conhecimentos adequados, nem dos meios de prova que o médico detém, isto é, os registos clínicos necessários e a colaboração de peritos (pois existirá, maioritariamente, uma significativa desculpabilização do colega de profissão) para conseguir demonstrar a existência de culpa<sup>189</sup>. Pelo que, retira-se que o médico está em melhores condições para provar a inexistência de culpa no caso concreto, sendo por isso justo atribuir-lhe esse ónus<sup>190</sup>.

Assim, encontra-se justificada a aplicabilidade da presunção de culpa no âmbito da responsabilidade civil médica, que tem a benesse de atenuar a tarefa probatória do paciente, sem que isso implique uma sobrecarga da posição processual do médico, que disporá dos meios de prova idóneos e os conhecimentos técnicos necessários para elidir a presunção que recai em seu desfavor.

O modo de funcionamento da presunção legal de culpa opera de acordo com os termos gerais do regime da responsabilidade contratual, ou seja, para que a presunção

---

<sup>188</sup> Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, ob. cit., pp. 473.

<sup>189</sup> Cfr. RODRIGUES, Álvaro Da Cunha Gomes, ob. cit., pp. 209.

<sup>190</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo e MONTEIRO, Sinde, ob. cit., pp. 46.

venha a incidir sobre o profissional de saúde, terá o paciente que provar os demais pressupostos da responsabilidade civil contratual.

Desta forma, o doente terá que alegar e provar o vínculo contratual contraído entre as partes, o cumprimento defeituoso da prestação praticada pelo médico, o prejuízo sofrido e ainda o nexo de causalidade entre o ilícito contratual e os danos produzidos. Somente não terá que oferecer prova do pressuposto da culpa, pois este presume-se.

Além disso, como *supra* referido, a dicotomia entre obrigação de meios e de resultados tem relevância na determinação do que deverá ser provado pelo paciente. Nesta senda, e uma vez que em regra a obrigação assumida pelo médico consiste numa obrigação de meios, não será suficiente para a prova do pressuposto ilicitude - que se traduz no cumprimento defeituoso da prestação - a demonstração da não obtenção do resultado previsto (a cura). Será necessário provar que o profissional de saúde não empregou todos os meios e assim não praticou todos os actos considerados geralmente aptos para a obtenção do resultado<sup>191</sup>. Noutras palavras, terá que demonstrar a verificação de um incumprimento objectivo dos deveres do médico e uma inadequação ou má execução do acto médico que se traduzam numa efectiva desconformidade entre os actos praticados e a *legis artis*.

Na circunstância de o doente conseguir fazer prova dos pressupostos da responsabilidade civil que estão a seu encargo, opera a presunção de culpa, e cabe ao médico, caso queira eximir-se da responsabilidade, elidir tal presunção mediante a prova do contrário (nos termos do n.º 2 do artigo 350.º do C.C.); isto é, terá que carrear para o processo factos que demonstrem que agiu com a diligência exigível pelas boas práticas e, por isso, o cumprimento defeituoso não adveio de culpa sua, mas sim de outras causas externas que não lhe poderão ser imputáveis.

Contudo, se o doente não lograr provar os pressupostos da responsabilidade civil sobre o qual incidia o seu ónus probatório, o pedido de indemnização será julgado improcedente (na dúvida, o juiz julgará contra a parte onerada com a prova e que não logrou realizar a mesma nos termos do artigo 414.º do C.P.C) e a questão da elisão da culpa pelo médico já não se coloca, ou seja, a presunção da culpa prevista no n.º 1 do

---

<sup>191</sup> Cfr. GASPAR, António Silva Henriques, ob. cit., pp. 345.

artigo 799.º do C.C. só tem operacionalidade prática caso o doente tiver cumprido o seu ónus probatório.

Caso a obrigação assumida pelo médico aquando da celebração do contrato seja de resultados, basta ao doente demonstrar que o resultado não foi alcançado para que se possa presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do médico (prova do incumprimento).

Posto isto, conclui-se que, quer esteja em causa uma obrigação de meios ou de resultados, sobre o médico incide a presunção de culpa do n.º 1 do artigo 799.º do C.C., visto que a facilidade de prova está do seu lado, cabendo ao paciente provar os demais pressupostos da responsabilidade civil.

### **3. Aplicabilidade prática**

O fundamento legal para o acolhimento desta teoria, que proclama a aplicabilidade da presunção de culpa prevista no n.º 1 do artigo 799.º do C.C independentemente da natureza da obrigação presente no caso concreto e sempre que exista uma relação contratual entre as partes, reside no citado artigo. Foi o nosso legislador quem previu uma presunção de culpa na circunstância de ter havido um incumprimento dum prestação por parte do devedor, pois entendeu que atribuir ao lesado a incumbência de provar a culpa do lesante traduzir-se-ia numa difícil tarefa, já que este teria que entrar no estado de consciência, nos conhecimentos e intenções do lesante.

Desta forma, a segunda teoria doutrinária e jurisprudencial por nós subscrita detém a seu favor um dispositivo legal que prescreve expressamente a aplicação da presunção de culpa no âmbito contratual e, como já se referiu, deverá ser aplicável no campo da responsabilidade civil médica, uma vez que *“efectivamente, entende-se hoje que a relação médico-paciente reveste a forma de um contrato”*<sup>192</sup>.

Note-se que a citada presunção somente prevê a inversão do ónus da prova da culpa, e não dos demais pressupostos, pelo que a prova dos requisitos necessários à

---

<sup>192</sup> Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, ob. cit., pp.31.

obrigação de indemnizar, com excepção da culpa, cabe ao doente nos termos do n.º 1 do artigo 342.º do C.C.

A prova do facto, ou seja, do vínculo contratual, bem como do dano sofrido, é de fácil demonstração. Contudo, já não se pode dizer o mesmo relativamente ao pressuposto ilicitude e nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano provocado.

Ora, na presença de uma obrigação de meios, que constitui a regra geral, para demonstrar o pressuposto ilicitude incumbe ao doente a prova da desconformidade entre os actos médicos praticados e a *legis artis*, ou seja, que o médico não efectuou os actos em que normalmente se traduziria uma diligente assistência médica. Não basta, pois, demonstrar a não obtenção de um determinado resultado para se considerar provado o cumprimento defeituoso. Traduzindo isto para uma linguagem técnica, significa o seguinte: não será suficiente ao doente demonstrar, por exemplo, a ocorrência de uma paragem cardíaca em momento imediatamente posterior a uma intervenção cirúrgica; ao invés, tem que ficar apurado qual o erro médico, o que lhe deu origem, se o erro médico efectivamente existiu, e todos os demais factos que evidenciem que a execução do acto médico violou a *legis artis*.

Para além disso, caberá ao doente provar o nexo de causalidade entre o acto ilícito e o dano produzido, isto é, terá que demonstrar que um determinado diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omissa ou mal executado e, por isso, originou um prejuízo na sua saúde. Mais, terá que provar que, na circunstância de ter sido praticado um outro acto médico, este teria levado à cura ou atenuado a doença.

Estes dois pressupostos, a ilicitude e o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano sofrido, são os que representam uma maior dificuldade probatória para o doente. Aliás, tal dificuldade poderá significar um obstáculo à procedência das acções de responsabilidade civil médica, pois os julgadores entendem frequentemente que existe insuficiência de prova desses pressupostos.

Nesta senda, vejamos alguns exemplos presentes nas decisões dos nossos tribunais superiores, que sufragam a aplicação da presunção de culpa<sup>193</sup>:

---

<sup>193</sup> Vide. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: Revista 07A233, de 18.09.2007, Relator Alves Velho. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) – “Damos, pois, por assente, que a responsabilidade é de natureza contratual e sobre o R., médico, incide a presunção de culpa a que alude o dito art. 799º-1”.

(i) “ (...) *indemonstrado o incumprimento objectivo dos deveres do médico – a ilicitude -, a questão da prova, por este, da utilização das técnicas adequadas, ou da impossibilidade de as utilizar, em sede de ilisão de culpa, já nem sequer se coloca.*”<sup>194</sup>.

(ii) “ *Ora, singularmente, o que sucede é que não só os AA não lograram fazer prova da violação das regras da arte e da conexão causal entre a conduta médica e o dano morte, como os próprios Réus provaram a diligência com que actuaram.*”<sup>195</sup>.

(iii) “ (...) *a A. não lograra demonstrar que a hemorragia que determinara a necessidade da segunda intervenção seria imputável a um incumprimento de regras de arte cirúrgicas pela Recorrida.*”<sup>196</sup>.

Atendendo aos exemplos mencionados, podemos constatar que o nível de exigência de prova dos pressupostos ilicitude e nexos de causalidade requerido pelos nossos tribunais, na presença de uma obrigação de meios, tem-se revelado excessivamente oneroso para o doente. Pelo que, mesmo operando uma inversão do ónus da prova da culpa em favor do doente, este poderá não vir a ser ressarcido de uma importância pecuniária, na circunstância de não conseguir demonstrar em juízo a existência de ilicitude e do nexo causal. Consequentemente, perante a impossibilidade probatória destes pressupostos por parte do doente, não se coloca a questão da elisão da presunção de culpa em desfavor do médico, não necessitando este de demonstrar a inexistência de culpa, pois a acção será julgada improcedente.

Não obstante, reconhece-se que a aplicação do n.º 1 do artigo 799.º do C.C e a consequente inversão do ónus da prova da culpa vem equilibrar a posição processual das partes na lide, na medida em que auxilia o paciente na sua tarefa probatória, vendendo este livre da prova da culpa, cabendo antes ao médico carrear factos que evidenciem a inexistência de culpa sua, para a produção do dano.

---

<sup>194</sup> Vide. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: Revista 07A233, de 18.09.2007, Relator Alves Velho. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>195</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: Revista 08B1800, de 15.10.2009, Relator Rodrigues dos Santos. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>196</sup> Vide. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa: Apelação 5239/07.5TVLSB.L1-2, de 07.04.2011, Relator Jorge Leal. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

### 3.1. Vantagens

Passemos agora à abordagem das vantagens de aplicação da presente teoria nas acções de responsabilidade civil médica.

Antes do mais, a presunção de culpa encontra-se expressamente prevista na lei, o que transmite segurança jurídica para a respectiva aplicação no âmbito da responsabilidade civil médica.

De seguida, caso a presente teoria consubstanciasse um critério único a ser usado pelos nossos tribunais, para além de se obter decisões objectivas e unânimes (ao contrário do que sucede actualmente, em que as decisões variam consoante o diferente entendimento que os julgadores sufragam quanto à questão do ónus da prova), as partes sempre saberiam com o que poderiam contar em termos probatórios, ou seja, possibilitar-se-ia às partes acautelarem previamente a melhor estratégia processual, pois conheceriam os moldes em que seria distribuído o ónus da prova.

Ademais, com a aplicação do aludido artigo operaria uma inversão do ónus da prova da culpa, cuja demonstração da inexistência teria que ser efectuada por prova do contrário. Isto é, o médico, através de factos que evidenciassem uma situação que o justificasse, teria que demonstrar que a desconformidade entre o comportamento devido e o realizado não lhe era imputável a título de culpa. Joga-se aqui com conceitos de rigorosidade e certeza jurídica perante esta prova que incumbe ao profissional de saúde, ao invés de meros conceitos de probabilidade e verosimilhança, como já se tentou noutros mecanismos analisados nesta exposição, o que obsta ao subjectivismo e discricionariedade por parte do julgador.

Para além disso, a distribuição do ónus da prova definida nos moldes do regime da responsabilidade contratual permitiria obter um equilíbrio da posição processual e uma igualdade de armas das partes na demanda. Ao operar a presunção de culpa em desfavor do médico, o doente ficaria dispensado de provar a existência de culpa no comportamento censurável adoptado por aquele e, conseqüentemente, veria atenuada a sua tarefa probatória. Por outra banda, o médico não ficaria paralisado na realização da prova, pois detém um leque de meios idóneos aptos a demonstrar a inexistência de culpa, como o são os conhecimentos técnicos necessários, os registos clínicos e os pareceres dos peritos.

### 3.2. Desvantagens

Atenderemos agora às críticas que poderão ser apontadas face ao acolhimento da presente teoria.

A ciência médica é imprecisa e dependente da verificação de factores externos que não estão sob o controle do médico. Presumir-se a culpa em toda e qualquer situação, desde que verificado um dano proveniente da actividade profissional do médico, pode vir a ser injusto, na medida em que este, na grande maioria das vezes, não se encontra vinculado à obtenção da cura em si mesma, e poderá originar uma opressão da sua situação processual.

Ademais, originar-se-ia um fenómeno de incentivo à judicialização crescente de acções de condenação por suposto erro médico, que levaria a que a medicina passasse a ser mais defensiva, prejudicando desta forma a evolução da ciência médica, visto que os profissionais de saúde deixariam de praticar determinados riscos sobre o paciente, necessários para essa evolução.

Já rebatemos parcialmente este argumento, quando alegámos que a presunção de culpa só assume operacionalidade prática na circunstância de o doente cumprir com o seu ónus probatório dos pressupostos da responsabilidade civil (excepto a culpa), que reveste particulares dificuldades. Além disso, o médico dispõe de importantes meios probatórios capazes de o auxiliar na prova de inexistência de culpa, nomeadamente o acervo de conhecimentos técnicos, o processo individual do paciente e o auxílio dos peritos. Pelo que não se pode considerar que a situação processual do médico na demanda seja desfavorável ou oprimida devido à aplicação da presunção legal de culpa.

Além do mais, a presunção de culpa vem tornar uma impossibilidade probatória por parte do paciente numa mais acessível tarefa probatória, embora permanecendo de difícil consecução, pois o doente sempre terá que demonstrar a ilicitude da conduta do profissional de saúde e o nexo de causalidade entre o acto ilícito e o prejuízo sofrido. A análise feita aos acórdãos<sup>197</sup> que sufragam a aplicação da presente teoria permitiu-nos

---

<sup>197</sup> Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: Recurso de Revista 4057/02, de 17.02.2002, Relator Afonso de Melo; Recurso de Revista 07A2334, de 18.09.2007, Relator Alves Velho; Recurso de Revista 2443/02, de 09.05.2002, Recurso de Revista 08A183, de 04.03.2008, Relator Fonseca Ramos; Relator Neves Ribeiro; Recurso de Revista 3800/07, de 22.11.2007, Relator Rui Maurício; Recurso de Revista 08B1800, de 15.10.2009, Relator Rodrigues dos Santos; Recurso de Revista 674/2001.P.L.S1, de

verificar que, mesmo com a dispensa da prova do pressuposto da culpa, as acções poderão vir a ser julgadas improcedentes pelo substrato de insuficiência de prova ao nível da ilicitude e do nexa causal. Pelo que, mesmo operando uma presunção legal de culpa, a dificuldade probatória por parte do doente encontra-se igualmente presente nas acções de responsabilidade civil médica.

No que concerne à objecção da presente teoria devido ao facto de a obrigação assumida pelo médico consistir, maioritariamente, numa obrigação de meios, e não numa obrigação de resultados de forma a garantir a cura<sup>198</sup>, já tecemos igualmente algumas considerações. O médico, com a sua actividade profissional, coloca à disposição do doente a sua técnica e experiência destinadas a obter um resultado, mas sem o garantir. Para isso, compromete-se a agir com a devida diligência, sendo que esta conduta diligente consiste no objecto contratual da obrigação de meios que assume. Assim o médico, na presença de uma obrigação de meios, responde pela omissão da devida diligência, e não pelo insucesso de obtenção de um resultado. Pelo que não militam razões para não fazer incidir sobre o médico a presunção legal de culpa, mesmo perante uma obrigação de meios.

Por fim, não se poderá conceder impunidade aos actos ilícitos e culposos praticados pelo médico com o fundamento de que a ciência consiste numa área em constante evolução, até porque *“a irresponsabilização por dificuldades probatórias, de um médico, que viola culposamente regras elementares de cuidado, revela-se uma solução mais injusta do que a responsabilização do médico, que actuou daquela forma, por danos que não foram causados por ele, mas que se presume terem sido”*<sup>199</sup>.

#### **4. Conclusões finais**

Chegados a este ponto, concluímos que a teoria doutrinária e jurisprudencial que deverá constituir o critério-matriz e o regime processual apto a disciplinar a questão do

---

22.09.2011, Relator Bettencourt de Faria. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa: Recurso de Apelação 1360/2007-7, de 11.07.2007, Relatora Rosa Ribeiro Coelho e Recurso de Apelação 5239/07.5TVLSB.L1-2, de 07.04.2011, Relator Jorge Leal. Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>198</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, 1996, ob. cit., pp. 137 e NUNES, Manuel Rosário, ob. cit., pp. 52-54, nota de rodapé 94.

<sup>199</sup> Cfr. FARIA, Jorge Ribeiro de, pp. 278, apud. PEDRO, Rute Teixeira, ob. cit., pp. 171, nota de rodapé n.º 420.

ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica, consiste na teoria que propugna a aplicação da presunção legal de culpa no âmbito da responsabilidade civil médica, independentemente da natureza da obrigação assumida pelo profissional de saúde.

Desta forma, consegue-se alcançar um maior equilíbrio processual entre o paciente - a parte que se apresenta na demanda sem quaisquer conhecimentos na área da medicina, sem os registos clínicos necessários e muito provavelmente sem o auxílio dos peritos - e o profissional de saúde, que dispõe dos meios e conhecimentos adequados. Pelo que é mais fácil ao médico provar que o acto ilícito não foi praticado com culpa, ou que a culpa ficou a dever-se a outra causa externa que não lhe poderá ser imputável, do que ao paciente provar a culpa deste.

Mantêm-se as dificuldades probatórias do paciente, no que diz respeito à prova da ilicitude e do nexo de causalidade, cujo nível de complexidade é notório devido à matéria em causa; contudo, tais dificuldades atenuam-se com a dispensa da demonstração da culpa.

Assim sendo, a aplicação da presente teoria afigura-se um método justo e equitativo da distribuição do ónus da prova nesta matéria, cujo esforço probatório seria partilhado entre as partes, tendo a benesse de facilitar a tarefa probatória do doente sem sobrecarregar a posição processual do médico.

## CAPÍTULO X - CONCLUSÕES

Eis as conclusões que retirámos do presente trabalho:

I. Na área da medicina, os pressupostos necessários para desencadear uma obrigação de indemnizar, esteja em causa uma responsabilidade extracontratual ou contratual, correspondem aos que se encontram estabelecidos no artigo 483.º do C.C - facto, ilicitude, culpa, dano e nexó de causalidade entre o facto ilícito e o dano produzido.

II. A natureza da responsabilidade civil do médico pode seguir o regime da responsabilidade civil contratual ou extracontratual, consoante esteja em causa um incumprimento ou cumprimento defeituoso de um contrato de prestação de serviços médicos ou uma violação de direitos absolutos, nomeadamente do direito à vida ou à integridade física, ou ainda a violação de normas destinadas a proteger interesses do doente.

III. Em regra, a responsabilidade do profissional de saúde é contratual, não obstante existirem algumas situações em que este responderá a título de responsabilidade extracontratual.

IV. Se o acto médico censurável representar concomitantemente a violação de um contrato e um ilícito extracontratual, de acordo com a teoria da admissibilidade do cúmulo (defendida pela doutrina e pela jurisprudência, contudo não de forma unânime), o lesado poderá dispor de ambas modalidades da responsabilidade civil, consoante o que lhe convier no caso em concreto.

V. De forma a evitar a presunção de culpa do médico foi criada por DEMOGUE a dicotomia entre obrigação de meios e obrigação de resultados. Na primeira, o profissional de saúde vincula-se somente a uma obrigação de actuar com a diligência e perícia necessárias direccionadas à obtenção da cura, mas sem garantir tal resultado. Na segunda, o médico obriga-se a causar certo resultado e só obterá o cumprimento se o resultado a que se vinculou vier efectivamente a ocorrer. Devido à imprecisão e aleatoriedade da ciência médica, com a celebração de um contrato de serviços médicos, em regra, o médico assume apenas uma obrigação de meios.

VI. Com a celebração de um contrato entre o médico e o paciente nos termos do artigo 1154.º do C.C, o regime aplicável é o da responsabilidade contratual. Estes contratos,

denominados contratos de prestação de serviços médicos, caracterizam-se por a sua obrigação principal se traduzir na prestação de um tratamento ou na prestação de cuidados de saúde, mediante o pagamento de uma quantia pecuniária. Ao lado desta obrigação principal surgem deveres acessórios. Tais deveres deverão ser zelosamente cumpridos, pois, caso contrário, opera a aplicação de uma presunção legal de culpa nos termos do n.º 1 do artigo 799.º do C.C.

VII. A prova traduz-se na actividade destinada a demonstrar em juízo a veracidade dos factos controvertidos afirmados pelas partes, de forma a influenciar, na formação do espírito do juiz, um estado de convicção de que determinado facto terá provavelmente acontecido.

VIII. O objecto da prova tem por base as afirmações deduzidas pelos litigantes sobre os factos revelantes para a causa e que necessitam de ser provados para que a pretensão deduzida possa vir a ser acolhida. Em sede de responsabilidade civil médica a actividade probatória é particularmente complexa, saindo normalmente prejudicado o doente, pois apresenta-se na demanda como um leigo sem quaisquer conhecimentos técnicos e sem os meios de prova necessários, mormente pericial.

IX. O ónus da prova traduz-se para a parte onerada, na incumbência de produzir prova pois, caso contrário, acarretará com as consequências desvantajosas de se ter como verificado o facto contrário.

X. O ónus da prova pode ser objectivo ou subjectivo. O ónus da prova objectivo dirige-se ao juiz e prende-se com as consequências resultantes da falta de prova dos factos, nos termos do artigo 414.º do C.P.C. O ónus da prova subjectivo encontra-se nomeadamente disciplinado no n.º 1 do artigo 342.º do C.C, dirige-se às partes e diz respeito à determinação da parte onerada com a prova do facto, isto é, respeita à distribuição do ónus da prova. À luz da “*teoria das normas*” criada por ROSENBERG, a distribuição do ónus probatório deverá ser feita de acordo com os pressupostos das normas jurídicas favoráveis a cada parte na demanda.

XI. O regime da responsabilidade contratual prevê a aplicação de uma presunção legal de culpa estabelecida no n.º 1 do artigo 799.º do C.C., pelo que, na presença do incumprimento de uma obrigação assumida pelo médico, é a este que incumbe o ónus de provar a inexistência de culpa ou demonstrar que o inadimplemento se ficou a dever a uma causa externa que não podia evitar.

XII. A primeira teoria doutrinária e jurisprudencial defende que a presunção legal de culpa não deve ser aplicada em sede de responsabilidade civil médica, pois o regime do ónus da prova deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual. A culpa não se presume, pelo que quem tem de provar todos os pressupostos da responsabilidade civil é o doente.

XIII. A segunda teoria doutrinária e jurisprudencial perfilha o entendimento de que a presunção legal de culpa deverá ser aplicável independentemente da natureza da obrigação assumida pelo profissional. Assim, opera uma inversão do ónus da prova da culpa e, por conseguinte, dispensa-se o doente de provar este pressuposto, cabendo ao médico, se se quiser eximir da responsabilidade civil, provar que agiu com a diligência e perícia necessárias e, que, por isso, o cumprimento defeituoso não adveio de culpa sua, mas sim de outras causas externas que não lhe poderão ser imputáveis. O encargo probatório dos demais requisitos da responsabilidade civil cabe ao doente.

XIV. Para a terceira corrente doutrinária e jurisprudencial a aplicação da presunção de culpa varia, consoante esteja em causa o incumprimento de uma obrigação de meios ou de resultados. Nos casos em que o dano decorreu de um inadimplemento de uma obrigação de meios não opera a inversão do ónus da prova e cabe ao doente provar a culpa e os demais pressupostos. Já se a obrigação presente no caso for de resultados, existirá uma inversão do ónus da prova da culpa e cabe ao médico demonstrar que o resultado nefasto ocorreu por factos estranhos que não lhe deve ser imputáveis.

XV. A quarta teoria doutrinária e jurisprudencial sufraga a aplicação da presunção legal de culpa quer esteja em causa uma obrigação de meios, quer de resultados. Todavia, esta corrente considera que a natureza da obrigação assumida influencia a repartição do ónus da prova, especialmente em relação ao pressuposto ilicitude. Se a obrigação for de resultados o lesado terá de demonstrar que a obrigação se constituiu e que houve prejuízos sofridos. Feita essa prova, inverte-se o ónus probatório e incumbe ao médico elidir a presunção de culpa, que abrange o pressuposto da ilicitude e do nexos de causalidade entre o facto ilícito e o dano sofrido. Já se a obrigação for de meios, presume-se somente a culpa, cabendo ao lesado a prova dos restantes pressupostos.

XVI. A doutrina e a jurisprudência têm criado institutos jurídicos adequados a atenuar a tarefa probatória das partes nas acções de responsabilidade civil médica. Tais mecanismos consistem na prova de primeira aparência, teoria da esfera dos riscos, teoria

da perda de uma chance e teoria da inversão do ónus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor.

XVII. A teoria da prova de primeira aparência tem em conta a produção reiterada de determinados eventos típicos, que ao serem aferidos em função de máximas de experiência, possibilitam que se retirem conclusões relativamente a um determinado facto que necessita de ser provado. A sua aplicação encontra-se circunscrita a um determinado grupo de casos que se revelam notoriamente desproporcionais e em que o acto médico padece de um grau intenso de culpa, permitindo facilmente inferir a desproporcionalidade entre o prejuízo sofrido e o tratamento a que o doente foi submetido.

XVIII. A teoria da esfera dos riscos prevê a inversão do ónus da prova do nexó de causalidade entre o facto ilícito e o dano produzido, na hipótese de o doente provar a existência de um erro grosseiro praticado pelo profissional e demonstrar que o dano provocado com a prática desse erro cabe no leque de danos que aquele acto negligente poderia originar. Feita essa prova, infere-se judicialmente a causalidade entre o facto ilícito e o prejuízo sofrido, recaindo sobre o médico o ónus de provar que o resultado danoso decorre de outra causa ou que o mesmo teria igualmente ocorrido, ainda que tivesse agido de forma diligente. A inversão do ónus da prova sobre a causalidade opera somente caso se verifique a existência de um erro grosseiro e de um dano originado por uma actividade situada dentro do círculo de efeitos da norma ofendida.

XIX. Nos moldes definidos pela teoria da perda de uma chance, na presença de um comportamento ilícito e culposo praticado pelo profissional de saúde, mesmo que não se comprove efectivamente o nexó causal entre o facto ilícito e o dano sofrido pelo doente, possibilita-se que este venha a ser indemnizado pela frustração da possibilidade de obter um resultado positivo. Assim o que se pretende ver ressarcido é uma esperança irreversivelmente perdida de obter uma vantagem ou a possibilidade malograda de evitar um prejuízo. A prova dos pressupostos da responsabilidade civil ficam a cargo do doente, mas, diminui-se o nível de exigência de prova do nexó causal, não sendo por isso necessário que este pressuposto se encontre formalmente estabelecido. Desta forma, a teoria vem colocar em causa o princípio da certeza dos danos e as regras da causalidade adequada estabelecidas no artigo 563.º do C.C.

XX. À luz da teoria da inversão do ónus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor, opera-se uma inversão do ónus da prova da culpa a favor do paciente. As razões que subjazem à aplicabilidade de tal inversão consistem, por um lado, nas dificuldades probatórias com que o doente se vê confrontado na demanda e por outro lado, no que veio a ser estabelecido na Proposta de Directiva Comunitária de 9 de Novembro de 1990. Esta figura prevê ainda a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação médico-doente, como sucede noutros ordenamentos jurídicos, de forma a salvaguardar os interesses do paciente enquanto consumidor. Assim, se se comparasse a relação contraída entre médico e doente a uma relação de consumo, estaria a reduzir-se a profissão médica a uma mera actividade mercantil. Ademais, o nosso sistema jurídico não prevê a inversão do ónus da prova da culpa para situações de dificuldade probatória por parte dos litigantes.

XXI. A corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a aplicabilidade da presunção de culpa à responsabilidade civil médica configura um critério-matriz apto a disciplinar a questão do ónus da prova nas acções relativas a essa responsabilidade civil médica. Esta teoria prevê a aplicação da presunção legal de culpa estabelecida no n.º 1 do artigo 799.º do C.C., independentemente da natureza da obrigação assumida pelo profissional de saúde, dispensando o doente de provar este pressuposto da responsabilidade. Opera uma inversão do ónus da prova da culpa e, por causa disto, recai sobre o profissional de saúde a prova do contrário, nomeadamente através de factos que evidenciem que não actuou com culpa ou que a produção do dano ficou a dever-se a uma causa externa que não pode ser-lhe imputável.

XXII. O doente terá de alegar e provar os pressupostos da responsabilidade civil, excepto a culpa, pois esta presume-se. Ou seja, terá de demonstrar o vínculo contratual, o cumprimento defeituoso da prestação praticada pelo médico, o prejuízo sofrido e ainda o nexo de causalidade entre o ilícito contratual e os danos produzidos. Feita a prova destes pressupostos opera a presunção de culpa e cabe ao médico elidir tal presunção mediante prova do contrário.

XXIII. A aplicabilidade da presunção de culpa no âmbito da responsabilidade civil médica vem equilibrar a posição processual das partes e atenuar a tarefa probatória do paciente, sem que isso implique uma sobrecarga da posição processual do médico, dado que este disporá dos meios de prova idóneos e dos conhecimentos técnicos necessários para elidir a presunção de culpa.



## Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, «Contratos civis de prestação de serviço médico» in *Direito da Saúde e Bioética*, Edição AAFDL, Lisboa, 1996.

ALMEIDA, J.C. Moitinho de, «A responsabilidade civil do médico e o seu seguro», in *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado, Tomo XXI, 1972.

AMARAL, Diogo Freitas do, «A natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde» in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Editora Lex Edições Jurídicas, 1991.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1979.

- *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª edição, Almedina, 1966.

CORDEIRO, Menezes António, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Edição AAFDUL, Lisboa, 2001.

CORREIA, Sérvulo, *Direito da Saúde e Bioética*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1991.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, 5ª edição, Almedina, 1991.

DEMOGUE, René, *Traité des obligations en Général*, I Sources des Obligations, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, Tomo V, n.º 1237 e Tomo VI, 1931, n.º 599.

DIAS, João Álvaro, «Procriação assistida e responsabilidade médica», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1996.

DIAS, J. Figueiredo e MONTEIRO, Sinde, «Responsabilidade médica em Portugal» in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1994.

FARIA, Jorge Leite Ribeiro de, *Estudo de Direito das obrigações e discursos académicos*, 1ª Edição, Porto, 2009.

FREITAS, José Lebre de, *A Acção Declarativa Comum – À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013.

GASPAR, António Henriques Silva, «A responsabilidade civil do médico» in *Colectânea de Jurisprudência*, 1978.

GONÇALVES, Carla, *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*, Vol. 14, Coimbra Editora, 2008.

HIERRO, José Manuel Fernández, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 5ª Ed., 2007.

JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, 1995.

LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 7ª Edição, Almedina, 2008.

LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I (Artigos 1º a 761º), 4ª Edição Revista e Actualizada, Colaboração de Henrique Mesquita, Coimbra editora, 1987.

MARQUES, J.P. Remédio, *A Acção declarativa à luz do código revisto*, 3ª edição, Coimbra Editora, 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano, «Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, 2011.

- *Direito das obrigações Programa 2010-2011 Apontamentos*, 3ª Edição, AAFDL, Lisboa 2011.

MENDES, João de Castro, *Do Conceito de prova em processo civil*, Lisboa, 1961.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à justiça administrativa*, Vol. 7, Coimbra Editora, 2003.

MONTEIRO, Jorge F. Sinde, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983.

- *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, Almedina, 1989.

MÚRIAS, Pedro Ferreira, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, 1ª Edição, Editora Lex Lisboa, Lisboa, 2000.

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17.ª Edição Revista e Actualizada, Ediforum Edições Jurídicas, Lda Lisboa, 2010.

NUNES, Manuel Rosário, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, Almedina, 2ª edição, 2007.

PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Vol. 15, Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento informado na relação médico-paciente – Estudo de direito civil*, n.º 9, Editora Coimbra, 2004.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do direito civil*, 4ª Edição por: António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora.

RAMOS, José Luís Bonifácio, «O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor» in *Revista Jurídica AAFDL*, 22, 1998.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª edição, Editora Almedina, 2006.

RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Obrigações de meio e obrigações de resultado*, Editora Coimbra, 2010.

RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso, *Regime diferenciado da prova na acção de responsabilidade civil por culpa do médico com ênfase na distribuição do seu ónus*, Relatório de Mestrado Académico, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

RODRIGUES, Álvaro Da Cunha Gomes, «Reflexões em torna da responsabilidade civil dos médicos» in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XIV, Tomo II, 2000.

SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, 1990.

SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Prova por presunção no direito civil*, Almedina, 2012.

SOUSA, Miguel Teixeira de, «Sobre o ónus da prova na responsabilidade civil médica» in *Direito da Saúde e Bioética*, Edição AAFDL, Lisboa, 1996.

- *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex – Edições Jurídicas, 1995.

- *Estudo sobre o novo processo civil*, 2ª Edição, Lex Lisboa, 1997.

VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel e NORA e Sampaio, *Manual de Processo Civil*, 2ª edição, Revista e Actualizada de acordo com o Dec. – Lei 242/85, Coimbra Editora, 1985.

#### **WEBSITES:**

CAMPOS, Alexandra, in *Público*, 27 de Janeiro de 2014, disponível em <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/queixas-de-negligencia-medicaquintuplicaram-desde-2001-1621197>.

MÚRIAS, Pedro Ferreira e PEREIRA, Maria de Lurdes, «Obrigação de meios, obrigação de resultado e custos da prestação, Estudos em memórias do Prof. Doutor Paulo Cunha», in <http://muriasjuridico.no.sapo.pt>.

<https://www.ordemosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=67e103b0761e60683e83c559be18d40c&id=6b8b8e3bd6ad94b985c1b1f1b7a94cb2>.

## **JURISPRUDÊNCIA:**

### **Supremo Tribunal de Justiça:**

Revista 4057/02, de 17.02.2002, Relator Afonso de Melo.

Revista 07A2334, de 18.09.2007, Relator Alves Velho.

Revista 1410/04.0TVLSB.L1.S1, de 26.10.2010, Relator Azevedo Ramos.

Revista 674/2001.P.L.S1, de 22.09.2011, Relator Bettencourt de Faria.

Revista 1364/05.5TBBCL.G1, de 07.10.2010, Relator Ferreira de Almeida.

Revista 08A183, de 04.03.2008, Relator Fonseca Ramos.

Revista 209/06.3TVPRT.P1.S1, de 15.12.2011, Relator Gregório Silva Jesus.

Revista 8972/06.5TBBRG.G1.S1, de 29.05.2012, Relator Conselheiro João Camilo.

Revista 1008/01, de 19-06-2001, 1ª Secção, Relator Pinto Monteiro.

Revista 4055/04, de 22-02-2005, 1ª Secção, Relator Pinto Monteiro.

Revista 544/09.9YFLSB, de 17.12.2009, Relator Pires Da Rosa.

Revista 2443/02, de 09.05.2002, Relator Neves Ribeiro.

Revista 08B1800, de 15.10.2009, Relator Rodrigues dos Santos.

Revista 3800/07, de 22.11.2007, Relator Rui Maurício.

Revista 07A3426, de 27.11.2007, Relator Rui Maurício.

Revista 2622/07.0TBPNF.P1.S1, de 29.04.2010, Relator Conselheiro Sebastião Póvoas.

**Tribunal da Relação de Lisboa:**

Apelação 4450/2008-2, de 26.06.2008 Relator Ezaguy Martins.

Apelação 4018/2006-1, de 22.05.2007, Relatora Isoleta Almeida e Costa.

Apelação 5239/07.5TVLSB.L1-2, de 07.04.2011, Relator Jorge Leal.

Apelação 5485/09.7TVLSB.L1-2, de 15.12.2011, Relator Pedro Martins.

Apelação 1360/2007-7, de 11-09-2007, Relatora Rosa Ribeiro Coelho.

Apelação 10328/2006-1, de 24-04-2007, Relator Rui Vouga.

Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)