



A responsabilidade civil administrativa por atos médicos praticados em hospitais públicos do Serviço Nacional de Saúde

Matilde de Freitas Barbosa Oliveira Bastos

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas, com a orientação da Professora Doutora Juliana Ferraz Coutinho e a coorientação da Professora Doutora Rute Teixeira Pedro

Porto, setembro de 2021

Resumo/Abstract

Este trabalho tem como escopo tratar a problemática da responsabilidade civil administrativa por erro médico em hospitais do Serviço Nacional de Saúde (SNS). A inserção de um estabelecimento hospitalar no SNS depende da sua natureza jurídico-organizativa? Não se trata necessariamente de hospitais públicos: a integração no SNS faz-se recorrendo a um critério de gestão. Veremos que o que releva será a gestão pública (a cargo do Estado) ou de privados.

É um tema que só muito recentemente começou a ver a luz do dia. São escassos os casos de responsabilidade médica, em Portugal, que chegam à barra dos tribunais (devido ao facto de ser difícil a prova da culpa do agente e do nexo de causalidade). Menos ainda são as situações em que aqueles decidem em favor do lesado. O campo da responsabilidade médica é cinzento, difícil. Nem sempre o resultado é de sucesso... Tem ganhado importância nas sociedades atuais, desenvolvidas, com cidadãos cada vez mais esclarecidos. Quando um profissional de saúde, inserido num ambiente hospitalar lesa, nos tratamentos que administra aos doentes, direitos destes, torna-se premente encontrar uma forma de proteger a posição jurídica do lesado. Não necessariamente numa lógica punitiva, mas numa perspectiva de regeneração. E que instituto jurídico será chamado à colação? Quem responderá? Interessará responsabilizar o médico em particular? Em que tribunais (comuns ou administrativos) deverá ser interposta a ação?

Com o exposto se relaciona, assim, a nossa vontade de tratar este tema, também num certo intuito de consciencialização. É certa e sabida a relevância da prestação de cuidados médicos numa comunidade. E ela é possibilitada, na maioria dos casos, pelo Serviço Nacional de Saúde, em hospitais públicos a este pertencentes, o que coloca o sujeito Estado nesta equação.

O tema é complexo, por isso não temos o intuito de resolvê-lo. Queremos, antes, recolher e elaborar uma panorâmica da informação existente, por forma a permitir contornar as dificuldades que o particular lesado tende a sentir neste âmbito.

This essay's subject is the civil administrative responsibility for medical error in the National Health Service (NHS)'s hospitals. Whether or not a certain hospital belongs to the NHS does not depend exclusively on its legal or organizational nature. It is not necessarily about the fact that a hospital has a public legal nature but rather about its management. We will be able to verify that the most important thing is whether that hospital's management is up to the State or to a private company.

It wasn't until very recently that this matter saw the light of day. In Portugal, cases of medical responsibility that get to court are rare due to the fact that proving that there is responsibility on the medical side is tough and so is establishing that connection in order to argue, therefore, that there is a case of medical responsibility. Even fewer are the situations where court decides in favor of the injured. The medical responsibility's field is though, foggy... The outcome isn't always successful... In modern society, where citizens are, usually, better informed and where access to information is easier, medical responsibility is becoming even more relevant. In case a health professional, working in a hospital environment, makes a mistake whilst managing someone's treatments, it becomes absolutely pivotal to figure out a way to protect the patient's legal position. Not necessarily in a punitive logic, but, more so, in a regenerative perspective. What legal figure shall be brought to discussion? Who will answer? Is it necessary to demand the doctor in particular? Under which jurisdiction (ordinary or administrative) shall the legal action be brought in?

We want to attend this subject willing to get the citizens aware. It is known the relevance that the medical care's management has in a community. And it is made possible, in the majority of the situations, by the National Health Service, in its public hospitals, which brings the State as a subject to the equation.

Given the fact that this is an extremely complex issue, we will not be able to fully solve it, nor do we intend to. However, we aim to collect and organize existing information in order to shine a light on the difficulties that the injured party usually faces.

Sumário

Resumo/Abstract.....	2
Siglas/abreviaturas.....	5
1. Introdução.....	6
1.1. Da responsabilidade civil em geral.....	7
1.2. Da responsabilidade civil administrativa em particular.....	10
2. A relação médico-utente, na perspetiva do Direito Privado – um contrato?.....	17
3. Da responsabilidade do médico na perspetiva do Direito Privado – breve incursão.....	20
4. A relação jurídica médico-utente-hospital: uma relação jurídica administrativa plurilateral?.....	25
5. Breve caracterização do Serviço Nacional de Saúde.....	27
5.1. O direito fundamental à proteção da saúde.....	27
5.2. A efetivação do direito à proteção da saúde através do SNS.....	28
6. Enquadramento da responsabilidade civil administrativa no âmbito do SNS.....	30
6.1. Da relação jurídica administrativa de prestação de cuidados de saúde.....	30
6.2. Do enquadramento na responsabilidade civil extracontratual do Estado: aplicação da Lei 67/2007 - a responsabilidade do hospital público e do médico como agente do Estado.....	35
7. Abordagem jurisprudencial.....	49
8. Considerações finais. Reflexão crítica.....	55
9. Bibliografia.....	57

Siglas/abreviaturas

Ac	Acórdão
CC	Código Civil
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
EPE	Entidades Públicas Empresariais
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
SNS	Serviço Nacional de Saúde
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TAC	Tribunal Administrativo de Círculo
TC	Tribunal Constitucional
TCA	Tribunal Central Administrativo
VIH	Vírus da Imunodeficiência Humana

~

1. Introdução

A sujeição do erro médico a um sancionamento jurídico já vem de há muito tempo, contudo, tem sido progressivamente aprimorada, à medida que a medicina avança. Durante muito tempo, o médico foi visto como um deus, porque exercia uma atividade sagrada. Isto dificultava a sua submissão a controlo por parte do direito. Poucos detinham conhecimentos nesta área, o que tornava complicado punir devidamente, no seio comunitário. Mais recentemente, no século XX, ocorreu um incremento nas ações de responsabilidade médica (o médico como profissional que erra no exercício da sua atividade), movimento no qual se destacaram os EUA. Em Portugal, apenas na reta final do século passado tal aconteceu¹.

Os médicos viram com hesitação a sua submissão à responsabilidade civil. Contudo, o benefício veio para o lado dos utentes, pois surgiu para estes como que um direito correspondente à obrigação (do médico) de tratá-los da melhor forma possível, com os melhores e mais adequados meios. Hoje, estes querem ser curados, independentemente do médico que o faça.

Para iniciar esta abordagem, devemos, primeiro, focar a nossa rodagem no conceito basilar de relação jurídico-administrativa. O que é e qual a sua relevância? No contexto da prestação de cuidados médicos em hospitais públicos do SNS, temos uma relação com vários intervenientes. Jurídica, porque está submetida a regras de direito em geral; administrativa, porque um dos intervenientes é um sujeito de direito público e porque é regida por normas e princípios de direito público². Este conceito far-nos-á compreender porque surgirá daqui uma responsabilidade administrativa. Isto deve-se ao facto de um dos sujeitos desta relação jurídica ser um ente público e, portanto, aplicarem-se-lhe normas de direito administrativo (por ser uma pessoa coletiva pública, do Estado). Por isto mesmo, quando esta pessoa coletiva tiver de responder por danos a outrem, a sua responsabilidade será administrativa, porque submetida a regras de direito administrativo.

¹ Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora e Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, págs. 26 e seguintes.

² Cfr. ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *A Ciência Jurídica Administrativa*, com a colaboração de Juliana Ferraz Coutinho, Almedina, 2016, págs. 499 e seguintes.

1.1. Da responsabilidade civil em geral

Como seres humanos e destinatários de leis e outras normas jurídicas comportamentais, agimos, praticamos ações. Desta teia de ações por nós praticadas surge (a elas umbilicalmente ligada) a responsabilidade por tais comportamentos, sempre que eles atinjam e afetem terceiros, nomeadamente lesando direitos alheios. A responsabilidade é a resposta que cada um de nós tem de dar pelas suas ações, principalmente quando afetam outros. Nasce uma obrigação, correlativa de um direito de reparação dos danos que surgiram na esfera jurídica da outra parte³, em que o credor será o lesado e o devedor o lesante. Por isso, a responsabilidade civil aparece como uma fonte de obrigações, de vínculos obrigacionais (a obrigação de indemnizar emerge da lei e não da vontade das partes)⁴. Sintetizando: será a obrigação que o indivíduo tem de reparar os prejuízos sofridos por outrem⁵. Estão em causa, portanto, danos privados (surgidos diretamente na esfera jurídica de um sujeito privado).

Cumpramos distinguir este instituto de figuras jurídicas afins, para uma melhor compreensão do mesmo. Diferencia-se, primeiramente, da responsabilidade moral (a qual remete para o domínio da consciência, situando-se num plano infra jurídico e dando origem a obrigações naturais). Em segundo lugar, afasta-se da responsabilidade criminal (tutelada pelo Direito Penal e onde os prejuízos não são causados na esfera jurídica de alguém em concreto mas sim na comunidade). Por último, autonomiza-se do enriquecimento sem causa (que pressupõe, associado ao dano, um incremento patrimonial na esfera do lesante, obtido de forma injusta à custa de outrem - o lesado. Diferentemente, na responsabilidade civil, o agente causador do dano deve sempre indemnizar independentemente de ter ocorrido esse aumento ilícito do seu património). Apesar de tudo, pode suceder que a responsabilidade civil ande de mãos dadas, num mesmo caso, com a responsabilidade penal e/ou com o enriquecimento sem causa⁶.

A responsabilidade civil pode revestir-se de uma de duas modalidades: contratual ou extracontratual (esta última também se pode designar por delitual ou aquiliana). Na primeira, está patente a existência de um contrato, de uma relação contratual, daquele proveniente (o

³ Cfr. NUNES, Lucília, *O que queremos dizer quando falamos de Ética?*, in «Nursing nº 89», Lisboa, junho de 1995, apud CORDEIRO, Ana Lúcia de Melo, *Responsabilidade Profissional: Recursos Humanos e Qualidade dos Cuidados em Enfermagem*, Lisboa: Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa, 2009, pág. 64.

⁴ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral, Vol. I*, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 518 e 519.

⁵ Cfr. *ibidem*, pág. 630.

⁶ Cfr. COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, 2018, págs. 521 a 524.

incumprimento das obrigações contratuais *latu sensu* - resultantes de um contrato, de um negócio jurídico unilateral, de que é exemplo o testamento, ou da própria lei -⁷, incluindo deveres acessórios de conduta. Fala-se, então, de obrigações em sentido técnico - direitos de crédito⁸). Na segunda, não existe nenhum acordo entre as partes, pelo que ela se associa antes à violação das regras de convivência social, traduzida na lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos de outrem (por exemplo, ofensas à integridade física) - ou, de outro modo, à violação do dever geral de abstenção que corresponde a direitos absolutos do lesado - bem como à lesão desses mesmos direitos causada por condutas lícitas.⁹ ¹⁰ Este tem liberdade de escolha do regime de responsabilidade que pretende que funde a sua pretensão¹¹.¹² Pode suceder que, num mesmo caso, haja um concurso entre estas duas modalidades de responsabilidade. Vejamos um exemplo, retirado da jurisprudência¹³: uma idosa caiu durante uma sessão de fisioterapia (com contrato de seguro), nas instalações da clínica. O tribunal considerou ter havido responsabilidade contratual (pelo cumprimento defeituoso do contrato de prestação de serviços celebrado entre a idosa e a clínica) e extracontratual (pela violação do direito à integridade física, que é um direito absoluto). Para decidir qual das duas modalidades de responsabilidade adotar, o juiz utilizou a teoria da consunção, tendo a responsabilidade extracontratual «consumido» a contratual (porque, diz, a finalidade principal do contrato é salvaguardar a integridade física dos doentes da clínica, protegendo-os contra lesões físicas, que são a afetação de direitos absolutos daqueles – prevalece, portanto, a finalidade da responsabilidade civil extracontratual. Apesar de coexistir com a violação de deveres estritamente contratuais (por exemplo, o não pagamento de dívidas), «absorve-os». E isto ocorre devido ao facto de ter existido uma lesão de direitos absolutos – a integridade física do indivíduo está «acima» de qualquer outra obrigação estritamente contratual.

⁷ Por isso alguma doutrina prefere chamar-lhe responsabilidade negocial ou obrigacional.

⁸ Cfr. *ibidem*, pág. 539.

⁹ Apesar desta distinção, estes dois tipos de responsabilidade não são separados entre si, mas antes dois canais comunicantes. Isto porque pode suceder que um mesmo caso suscite ambas as modalidades - cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral, Vol. I, op. cit.*, pág. 522.

¹⁰ O Código Civil separa em dois locais distantes estes dois regimes: a responsabilidade contratual deverá reunir os requisitos previstos no artigo 799º do CC; já a responsabilidade extracontratual, por sua vez, deverá preencher os pressupostos do artigo 483º do mesmo diploma legal.

¹¹ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral, Vol. I, op. cit.*, pág. 637.

¹² A doutrina diverge no tocante à (im)possibilidade de cumular os dois regimes (da responsabilidade contratual e extracontratual), havendo duas teses opostas: a do cúmulo de responsabilidades (o lesado tem a hipótese de escolher a modalidade que mais convém ao seu ensejo) e a do não-cúmulo (nega a possibilidade de utilizar os dois modelos simultaneamente).

¹³ Cfr. acórdão do STJ de 31/01/2019, processo nº 3843/15.7T8CSC.L1.S1, relatora Maria da Graça Trigo.

Outra distinção relevante para o âmbito deste trabalho é a que faz a divisão entre responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva: na primeira, prescinde-se da culpa do agente – este responderá pelos danos que (eventualmente) sejam provocados pelo lesado ou por terceiro; na segunda, a culpa assume importância, respondendo o lesante apenas pelos danos da sua conduta culposa. Ora, o Código Civil postula a responsabilidade subjetiva (baseada na culpa do lesante) como regra - é o regime geral. A responsabilidade objetiva está consignada a casos-exceção: aos danos causados pelo comissário, por agentes do Estado ou outras pessoas coletivas públicas, por animais, por veículos e por instalações de energia elétrica ou de gás.

Mas a distinção mais específica e importante é entre a responsabilidade por factos ilícitos, por factos lícitos e pelo risco. A primeira diz respeito aos casos em que a conduta lesiva é reprovada pela ordem jurídica; a segunda, às situações em que tal comportamento não merece essa reprovação; a terceira, advinda da partilha dos riscos da vida em sociedade (prescindindo da culpa).

A responsabilidade civil tem cinco requisitos: facto (voluntário), dano, nexo de causalidade (entre o facto e o dano), culpa e ilicitude. Serão desenvolvidos mais à frente, quando nos debruçarmos sobre a responsabilidade do médico/do hospital.

Por último, cumpre dizer que existe um direito ao ressarcimento dos prejuízos sofridos, que surge na esfera jurídica daquele que é o titular do direito/interesse violado¹⁴ (o direto lesado, não um terceiro apenas prejudicado de forma indireta - esse não poderá exigir qualquer compensação pecuniária), contra o lesante. Este direito a indemnização tem um prazo prescricional (no fim do qual ele deixa de poder ser exercido pelo seu titular) de 3 anos, contados da data em que o lesado tomou conhecimento¹⁵ do direito que lhe assiste (o direito à compensação dos danos por si sofridos, após verificados os pressupostos da responsabilidade civil)¹⁶.

¹⁴ Em caso de falecimento do lesado, o direito de indemnização passa para os seus herdeiros, caso estes o requeiram.

¹⁵ Não é necessário que o lesado saiba qual a extensão do dano nem quem o provocou. Pode formular um pedido genérico de indemnização.

¹⁶ Cfr. artigo 498º, nº1, *in fine* do CC.

1.2. Da responsabilidade civil administrativa em particular

A vida em sociedade traz riscos, que tornam inevitável que surjam danos. Com a atual complexificação da vivência em comunidade, vivemos numa autêntica sociedade de risco. Como já vimos, a responsabilidade civil é obrigação de indemnizar, respondendo assim pelos prejuízos causados a outrem (que, num funcionamento normal da vida, não teriam ocorrido).

Segundo GONÇALO FONSECA¹⁷, a responsabilidade civil administrativa advém de circunstâncias, de factualismos pelos quais a Administração¹⁸ (e os seus titulares de órgãos, funcionários e agentes) tem a obrigação de indemnizar pelos danos que cause a outrem no exercício da atividade administrativa. Isto porque esta, no exercício das suas funções, pode causar prejuízos a outrem e, segundo um princípio geral do Direito, quem dê origem a danos na esfera jurídica de outrem deve ressarcir-los¹⁹. A atuação administrativa pode colidir com a esfera jurídica de particulares, e tal colisão exige uma reintegração daquela, sendo que o indivíduo afetado pela conduta da Administração torna-se titular de uma pretensão reintegratória. Ora, a responsabilidade civil administrativa nasce de uma pretensão reintegratória²⁰. Surge da obrigação de ressarcir os danos, que cabe à Administração, no exercício da atividade administrativa. Aqui não existe, na maioria dos casos, um vínculo contratual entre as partes (a não ser no caso de um contrato administrativo, mas tal não constitui, no Direito Administrativo, a expressão maioritária dos casos de responsabilidade. Tal está, sim, nas situações em que o aparelho estatal e os seus representantes violam ilicitamente direitos de particulares, nos atos que praticam). Em suma, e numa noção mais rigorosa: a responsabilidade civil administrativa corresponde a um conjunto de requisitos que origina um dever de reparação de prejuízos para a Administração e seus agentes. Dizemos «civil» não numa lógica de remissão para o Direito Privado, mas antes para a distinguir de outros tipos de responsabilidade administrativa (criminal, contraordenacional, política ou disciplinar. Ao contrário destas, a responsabilidade civil visa predominantemente a reparação de danos. A responsabilidade política assenta numa perspetiva de controlo democrático para uma boa governação; as responsabilidades contraordenacional e disciplinar

¹⁷ Cfr. FONSECA, Gonçalo Correia, *A Responsabilidade Administrativa à luz do paradigma da boa administração*, com a orientação de Juliana Ferraz Coutinho, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, pág. 28.

¹⁸ O conceito «Administração» não abrange apenas pessoas coletivas públicas - abarca também pessoas coletivas de direito privado que exerçam atividade administrativa (e que por isso se regem pelo direito administrativo).

¹⁹ Cfr. MESQUITA, Maria José Rangel de, *Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente*, in *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*, coord. Fausto de Quadros, Almedina, pág. 46.

²⁰ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral - Atividade Administrativa*, Tomo III, 2ª edição, D. Quixote, 2009, pág. 476.

numa lógica repressiva, não reintegratória)²¹. Também se compreendem, aqui, pessoas coletivas de direito privado que atuem no exercício da função administrativa – não se trata, portanto, apenas de pessoas coletivas de direito público, em bom rigor.

Em suma, a responsabilidade civil administrativa será uma obrigação jurídica, a cargo de uma pessoa coletiva pública (ou privada, como vimos), de ressarcir os danos por si causados aos particulares, no exercício da função administrativa ou de gestão privada (voltamos à dicotomia gestão pública/gestão privada...) – devido a um comportamento anormal ou a uma atividade perigosa.²²

Ensina COLAÇO ANTUNES²³ que a responsabilidade administrativa começou a ser tratada a partir do Acórdão *Blanco* (de 8 de fevereiro de 1873), do tribunal de conflitos francês. Defende este autor que o modelo por excelência de responsabilidade civil é o francês, que consegue um equilíbrio entre o direito do particular e o papel da Administração.

A responsabilidade civil administrativa pode revestir várias formas²⁴: relativamente ao título de imputação, pode tratar-se de responsabilidade por factos ilícitos (delitual, porque advém de um delito, de uma conduta reprovada pela ordem jurídica), pelo risco ou por factos lícitos²⁵ (estas duas últimas prescindem da culpa, da reprovação, portanto são modalidades de responsabilidade objetiva); sob a perspetiva da posição jurídica que é atingida, temos responsabilidade contratual (quando são comprometidos direitos advindos de um contrato - direitos de crédito) e extracontratual (violação de direitos que não provenham de um acordo); passando para o tipo de normas reguladoras do facto causador do dano, existe responsabilidade por atos de gestão pública e por atos de gestão privada^{26 27}.

²¹ Cfr. *ibidem*, pág. 477.

²² Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, 3ª edição, Almedina, pág. 553.

²³ Cfr. ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *A Ciência Jurídica Administrativa*, com a colaboração de Juliana Ferraz Coutinho, Almedina, 2016, *op. cit.*, págs. 481 e seguintes.

²⁴ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral - Atividade Administrativa*, *op. cit.*, págs. 482 e seguintes.

²⁵ A responsabilidade civil extracontratual por factos lícitos focará um pouco à margem neste trabalho; todavia, em jeito de breve explanação, esta relaciona-se com a imposição de sacrifícios, por parte da Administração, aos particulares, necessária para a prossecução do interesse público (a principal tarefa administrativa). Decorre do princípio da justa repartição dos encargos públicos (porque a atividade se destina a satisfazer o interesse público de uma dada comunidade, o sacrifício deve ser suportado por esta, no seu conjunto, e não apenas pelo direito lesado). Ramifica-se na responsabilidade pelo sacrifício de bens pessoais, por danos originados em estado de necessidade e pela não reconstituição da situação atual hipotética.

²⁶ Esta última distinção perdeu um pouco a sua relevância na atualidade, uma vez que todos os litígios atinentes à responsabilidade civil extracontratual são hoje submetidos à jurisdição dos tribunais administrativos - cfr. artigo 4º, nº1, als. f), g) e h) do ETAF.

²⁷ Todos estes conceitos serão devidamente esmiuçados em sede própria mais à frente neste trabalho.

A responsabilidade civil administrativa está regulada sob a veste da responsabilidade por atos de gestão pública (responsabilidade extracontratual - a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual por atos de gestão privada são reguladas pelo CC²⁸).

Há uma dualidade de regimes, conforme se trate de atos de gestão pública ou atos de gestão privada. Esta ambiguidade tem sido criticada pela doutrina, contudo há autores que a defendem (tais como MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS²⁹, CARLOS CADILHA³⁰, MARIA JOSÉ MESQUITA³¹ ou CABRAL DE MONCADA³²). Porém, a competência para julgar todas as ações de responsabilidade civil que envolvam pessoas coletivas públicas, independentemente de o regime ser de direito público ou de direito privado (independentemente de os atos praticados serem de gestão pública ou de gestão privada) é dos TAF³³. Di-lo a jurisprudência: o que releva para a definição da jurisdição competente é o constante do pedido do Autor e da causa de pedir (*quid disputatum*). Num Acórdão do Tribunal de Conflitos³⁴, é dito que o critério relevante para aferir da competência da jurisdição administrativa é de natureza subjetiva: os TAF são competentes para dirimir quaisquer litígios de responsabilidade civil que abranjam pessoas coletivas públicas, independentemente do regime aplicável ser de direito público ou privado.

Mas qual a diferença, numa primeira aproximação, entre atos de gestão pública e atos de gestão privada? Os primeiros são praticados no exercício do chamado *ius imperium* do Estado, para a prossecução de fins específicos das atribuições deste – mas não apenas: também constituem atos de gestão pública aqueles que, não sendo praticados no exercício de poderes públicos, são regidos por normas de direito público; no caso dos segundos, o Estado age despido

²⁸ A responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas por atos de gestão privada praticados pelos seus agentes está prevista e regulada no artigo 501º do CC (aplicando-se o regime estipulado para o comitente, na comissão de serviço).

²⁹ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de, e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, in «Responsabilidade Civil Administrativa». Lisboa: Dom Quixote, 2008, pág. 17, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*, *op. cit.*, pág. 70.

³⁰ Cfr. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *O Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, págs 28-29, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *op. cit.*, pág. 70.

³¹ Cfr. MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Europeia*. Coimbra: Edições Almedina, 2009, pág. 14, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *op. cit.*, pág. 70.

³² Cfr. MONCADA, Luís Cabral de, *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. A lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. Lisboa: Abreu & Marques, Vinhas e Associados – Sociedade de Advogados, RL, 2008, pág. 26, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *op. cit.*, pág. 70.

³³ É o que diz CARLOS CADILHA - cfr. CADILHA, Carlos, *O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa*, pág. 1.

³⁴ Acórdão do Tribunal de Conflitos de 23/01/2008, processo n.º 017/07.

dos seus poderes de autoridade, como se de um particular se tratasse - no fundo, é a atuação estatal que é regulada pelas normas que regem os comportamentos dos particulares (mormente o CC).

Focamo-nos, então, na responsabilidade extracontratual por atos de gestão pública, nesta exposição: ela nasce de dois fundamentos³⁵ - um, subjetivo (a Administração, na sua atuação, está vinculada e adstrita ao respeito pelos direitos fundamentais dos particulares - artigo 18º, nº1 da CRP -, bem como ao respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos cidadãos - artigo 266º, nº1 da CRP), e o outro objetivo (o parâmetro supremo que é o princípio da legalidade). Destes dois pilares ergue-se a proibição de a Administração lesar, *contra legem*, a esfera jurídica dos cidadãos, provocando-lhes prejuízos quando age.

Para que haja responsabilidade administrativa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes das pessoas coletivas públicas os atos por estes praticados devem sê-lo no exercício das suas funções e por causa desse exercício. É este critério funcional que os fará responder pelos seus atos, como agentes inseridos numa entidade administrativa.

No artigo 22º da CRP está um princípio geral de responsabilidade direta do Estado e demais entes públicos³⁶, em forma solidária³⁷, por factos funcionais, que podem ser positivos

³⁵ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral - Atividade Administrativa*, *op. cit.*, pág. 484.

³⁶ Sobre ser um princípio geral, cfr. GARCIA, António Dias, *Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas*, in *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*, *op. cit.*, pág. 197. Sob a epígrafe «Responsabilidade das entidades públicas», esta norma da nossa lei fundamental estatui que «**O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem**». Esta norma poderá ser interligada com uma outra, também da CRP (mormente no que à solidariedade diz respeito - cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Direito Constitucional*, 1979, pág. 16, *apud* SILVA, José Luís Moreira da, *Responsabilidade civil da Administração Pública por atos ilícitos*, in *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*, *op. cit.*, pág. 156): o artigo 271º, relacionado com a responsabilidade dos funcionários, titulares de órgãos e agentes, que prevê, no seu nº1, o seguinte: «**Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a ação ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica**.» (princípio da responsabilidade dos funcionários da Administração por ações/omissões advindas do exercício ilícito da função administrativa - cfr. SERRÃO, Tiago, *O direito de regresso na responsabilidade administrativa*, Coimbra Editora, 1ª edição, janeiro de 2015, pág. 74). Para MARCELO REBELO DE SOUSA e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, esta norma (o artigo 271º) aplica-se aos casos de responsabilidade civil extracontratual por atos administrativos, de gestão pública ou privada - cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa comentada*, Lex, pág. 406. Além disso, esta disposição constitucional apenas se refere à responsabilidade por factos ilícitos (cfr. SILVA, José Luís Moreira da, *op. cit.*, pág. 157).

³⁷ Segundo o princípio (juscivilístico) da solidariedade passiva, o lesado pode interpor ação diretamente contra a Administração e dela exigir o pagamento total, integral da indemnização em causa, advinda de danos provocados pelos seus funcionários. Pode ainda intentá-la apenas contra o funcionário público ou contra este e a Administração, conjuntamente. A CRP prevê esta solidariedade mas não faz menção nem ao que se entende por isso, nem ao respetivo regime. Contudo, valerá este princípio do direito civil. - cfr. MESQUITA, Maria José Rangel de, *Da*

(ações) ou negativos (omissões)³⁸ - abrange a responsabilidade por factos ilícitos, por factos lícitos e pelo risco³⁹⁴⁰. Esta disposição surgiu com a revisão constitucional de 1982, consagrando, então, o princípio da responsabilidade civil do Estado e demais entes públicos por factos ilícitos danosos praticados no exercício de funções públicas e por causa desse exercício (com dolo ou negligência)^{41 42 43}. O seu âmbito de aplicação abarca toda a Administração Pública, num sentido orgânico⁴⁴. JORGE MIRANDA⁴⁵ diz que este artigo abrange a responsabilidade estatal por factos ilícitos («*violação dos direitos, liberdades e garantias*»), mas também a responsabilidade por factos lícitos («*prejuízo para outrem*»).

No ver, por sua vez, de LUCAS MOREIRA⁴⁶, a responsabilidade do Estado deve existir mesmo que à revelia da culpa do agente que praticou o ato lesivo⁴⁷. Numa organização complexa que é uma pessoa coletiva, pode tornar-se difícil apurar a culpa de agentes determinados. Por isso mesmo, existem mecanismos de responsabilização coletiva, os quais permitem que

responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente, op. cit., pág. 103. Note-se que esta solidariedade apenas vale para os casos de responsabilidade subjetiva do agente, com culpa (e não mera negligência). - cfr. *ibidem*, pág. 136.

³⁸ Cfr. SERRÃO, Tiago, *O direito de regresso na responsabilidade administrativa, op. cit.*, pág. 64.

³⁹ MARIA JOSÉ MESQUITA designa a responsabilidade por factos lícitos e a responsabilidade pelo risco como formando a «responsabilidade administrativa» (cfr. MESQUITA, Maria José Rangel de, *Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente, op. cit.*, pág. 104) - no entanto, este parece-nos um entendimento redutor e não o compreendemos...

⁴⁰ É a opinião da maioria da doutrina.

⁴¹ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pág. 414, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*, com a orientação de José Carlos Vieira de Andrade, Coimbra, 2014, pág. 66.

⁴² Esta norma é também aplicável às pessoas coletivas privadas que, de um ponto de vista material, exerçam a função administrativa - cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *apud* SERRÃO, Tiago, *O direito de regresso na responsabilidade administrativa, op. cit.*, pág. 65. Ademais, ela abrange quer atos de gestão pública, quer atos de gestão privada - cfr. MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 475, *apud ibidem*, pág. 67.

⁴³ Esta norma adota uma conceção ampla de servidor público (que vai além dos «*titulares de órgãos, funcionários e agentes*»). - cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Anotada*, vol. I, 4ª edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 432. *apud* SERRÃO, Tiago, *op. cit.*, pág. 66.

⁴⁴ Este artigo 22º refere-se ao Estado mas também a todas as entidades públicas - cfr. SILVA, José Luís Moreira da, *Responsabilidade civil da Administração Pública por atos ilícitos, op. cit.*, pág. 154.

⁴⁵ Cfr. MIRANDA, Jorge e SILVA, Jorge Pereira da, *Constituição da República Portuguesa: 6ª Revisão Constitucional*, 4ª edição atualizada, Lisboa, Princípa, 2006, *apud* BRUNO, Paula, *Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal. Erro em medicina*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 1ª edição, outubro de 2010, pág. 66.

⁴⁶ Cfr. MOREIRA, Lucas Silva, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português, op. cit.*, pág. 41.

⁴⁷ A propósito, MARIA JOSÉ MESQUITA, aponta para uma distinção entre «responsabilidade da Administração» e «responsabilidade dos titulares de órgãos, funcionários e agentes da Administração» - cfr. MESQUITA, Maria José Rangel de, *Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente, op. cit.*, pág. 48.

responda o conjunto – o Estado, personificado num certo organismo – e onde se dilui a personificação do praticante daquela conduta. Entramos numa zona nebulosa, mas que possibilita ao particular o ressarcimento por outra via, assegurando que o seu interesse é acautelado.

Aliás, segundo autores como VASCO PEREIRA DA SILVA⁴⁸ ou GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁴⁹, a responsabilidade civil do Estado é um « pilar » do Estado de Direito. MARIA JOSÉ MESQUITA subscreve este entendimento (para ela, o princípio da responsabilidade da Administração é um corolário básico de um Estado de Direito democrático⁵⁰). Por isso, esta não é subsidiária da responsabilidade do agente causador do dano - o lesado pode intentar ação diretamente contra o Estado, como pessoa coletiva pública. Aliado a tal está o facto de o artigo 22º da CRP ser uma garantia institucional^{51 52}, na secção dos direitos, liberdades e garantias (dos particulares)⁵³. Esta norma é diretamente aplicável, na ausência de lei reguladora⁵⁴ - portanto, atua quando se trate da violação ou restrição de direitos fundamentais. Ressalve-se, contudo, que este preceito legal apenas é relativo à responsabilidade estadual pela prática de atos administrativos ilícitos⁵⁵. Diz respeito também apenas à responsabilidade subjetiva das pessoas coletivas públicas⁵⁶.

⁴⁸ Cfr. SILVA, Vasco Pereira da, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, pág. 472, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*, *op. cit.*, pág. 44.

⁴⁹ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, Coimbra Editora, 2007, 4ª edição, pág. 425, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*, com a orientação de José Carlos Vieira de Andrade, Coimbra, 2014, *op. cit.*, pág. 44.

⁵⁰ Cfr. MESQUITA, Maria José Rangel de, *Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente*, in *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*, *op. cit.*, pág. 130.

⁵¹ Cfr. CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto, *op. cit.*, pág. 457, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *op. cit.*, pág. 67. A jurisprudência tem evoluído neste mesmo sentido: o de considerar esta norma como uma garantia institucional - cfr., em sentido crítico, MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 477, *apud* SERRÃO, Tiago, *O direito de regresso na responsabilidade administrativa*, *op. cit.*, pág. 67. Nas palavras de ANTÓNIO GARCIA, o Estado é como que um garante da reparação por si devida - cfr. GARCIA, António Dias, *Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas*, *op. cit.*, pág. 197.

⁵² Esta disposição constitui um meio de proteção dos particulares contra atuações lesivas da parte do Estado: é um « direito do particular à reparação » - cfr. Acórdão do TC nº 45/99, de 19 de janeiro, citado por TIAGO SERRÃO - *vide* SERRÃO, Tiago, *op. cit.*, pág. 67.

⁵³ Aliás, este artigo 22º beneficia do regime aplicável aos direitos, liberdades e garantias - cfr. artigo 17º da CRP.

⁵⁴ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra, 1993, pág. 170, *apud* SOUSA, Marcelo Rebelo de e ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, *op. cit.*, pág. 105.

⁵⁵ Não abarca, portanto, os casos de responsabilidade pelo risco/por funcionamento anormal do serviço.

⁵⁶ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, *op. cit.*, pág. 105.

Para MARIA JOSÉ MESQUITA, o regime constitucional da responsabilidade do Estado e seus agentes (artigos 22º e 271º da CRP) é dúbio. Diz ela que a redação do artigo 22º é «pouco clara»⁵⁷. E que, portanto, esta levanta alguns problemas. Não tencionamos, contudo, aprofundar esta temática (visto não ser um trabalho de Direito Constitucional).

A responsabilidade da Administração Pública (e não «do Estado», diga-se, pois este conceito é mais amplo que o de Estado – há entidades que, pertencendo à Administração Pública, não fazem parte do aparelho estatal) cabe no âmbito de jurisdição dos TAF (cfr. artigo 4º, nº1 do ETAF) que, aliás, têm uma reserva de jurisdição sobre todas as questões relativas às formas típicas da atuação administrativa: atos, regulamentos e contratos administrativos⁵⁸. Mas esta trilogia não esgota tudo: saindo destes três tipos clássicos, temos outros meios de a Administração agir - as operações materiais (por exemplo, uma demolição de um edifício): a solução passa também por estes tribunais, recorrendo à alínea residual (o) do artigo 4º, nº1 do ETAF.

O regime da responsabilidade extracontratual do Estado aplica-se a «comportamentos e ações materiais»⁵⁹, inserindo-se aqui os atos médicos.

À responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas (bem como a entidades privadas que atuem no exercício de poderes públicos ou cuja atuação se reja por normas e princípios de direito administrativo⁶⁰) aplica-se um diploma relativamente recente: a Lei 67/2007⁶¹, que será analisada quando nos referirmos à responsabilidade médica/hospitalar nos hospitais públicos, mais à frente.

Deixando, agora, esta exposição meramente introdutória, passemos para o tema da responsabilidade médica propriamente dito, começando por traçar uma breve compreensão das características da relação entre o médico e o seu paciente (antes de o hospital entrar na equação).

⁵⁷ Cfr. MESQUITA, Maria José Rangel de, *Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente*, op. cit., pág. 108.

⁵⁸ 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*, op. cit., pág. 35.

⁵⁹ Cfr. MOREIRA, Lucas Silva, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*, com a orientação de José Carlos Vieira de Andrade, Coimbra, 2014, op. cit., pág. 45.

⁶⁰ Cfr. artigo 1º, nº5 da Lei 67/2007.

⁶¹ Este diploma veio substituir e revogar o Decreto-Lei nº 48051, de 1967, que tinha um âmbito mais restrito, aplicando-se apenas à responsabilidade do Estado por danos no exercício da função administrativa, não contemplando as restantes funções que aquele leva a cabo (jurisdicional, política e legislativa), lacuna essa que a Lei 67/2007 veio colmatar.

2. A relação médico-utente, na perspetiva do Direito Privado - um contrato?

Antes de passarmos à abordagem da relação jurídica que se cria entre o médico e o seu paciente sob a perspetiva da sua inserção num hospital público, vamos caracterizá-la do ponto de vista jusprivatístico.

CAMILA VASCONCELOS⁶² refere-se a esta relação como uma relação de poder. Há uma assimetria, diz, pois o doente não tem os conhecimentos técnicos do médico para avaliar as intervenções deste no seu corpo. Parece-nos que falar de uma relação de poder, aqui, será um pouco exagerado e antiquado, pois parece remeter ainda para os tempos, já idos e ultrapassados, em que o médico era visto como um deus intocável. Compreendemos e aceitamos que há uma assimetria, efetivamente, contudo consideramos desajustado pensar em poder nos dias de hoje. Com efeito, RUTE TEIXEIRA PEDRO⁶³ afirma que, na atualidade, médico e paciente estão a distanciar-se entre si – a relação que têm dessacralizou-se, sendo hoje puramente de lógica mercantilista (visando o lucro). São fenómenos de massas... O médico, hoje, quer «despachar» o maior número de doentes possível no menor tempo, por forma a retirar o maior rendimento que conseguir.

Para muitos, estabelece-se, aqui, um contrato. É o caso de ANDRÉ DIAS PEREIRA⁶⁴, que diz surgir um contrato sinalagmático entre as duas partes, com direitos subjetivos para ambas. Considera tratar-se de um contrato consensual⁶⁵, sinalagmático, oneroso, pessoal, de execução continuada. Também para FERNANDO DIAS SIMÕES⁶⁶ se trata de um contrato, entre o médico e o doente, e a responsabilidade daí proveniente será, portanto, contratual (em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso). Assim, por ser um contrato, é um negócio jurídico bilateral, pressupondo duas prestações simétricas (como já se disse, o doente tem um direito de receber cuidados médicos, ao qual corresponde uma obrigação, para o médico, de

⁶² Cfr. VASCONCELOS, Camila, *Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente*, in «Revista Bioética», volume 20, nº3, 2012, pág. 391.

⁶³ Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, *op. cit.*, págs. 36 e seguintes.

⁶⁴ Cfr. PEREIRA, André Dias, *Responsabilidade civil: o médico entre o público e o privado*, in «HEINONLINE», pág. 253.

⁶⁵ Cfr. artigo 219º do CC. A lei não impõe uma forma para a celebração e execução deste contrato.

⁶⁶ Cfr. SIMÕES, Fernando Dias, *A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade civil*, in «Direito», volume 2, nº1, janeiro a junho de 2013, pág. 13.

lhos administrar; à obrigação do paciente de pagar tais cuidados subjaz um direito do profissional de saúde, de receber tal retribuição)^{67 68}.

Para a generalidade da doutrina portuguesa, trata-se de um contrato de prestação de serviços⁶⁹ (é o caso de ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR⁷⁰, PIRES DE LIMA e ANTUNES

⁶⁷ Para aprofundar esta ideia, cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, *op. cit.*, págs. 60 e 61.

⁶⁸ Existem outros deveres para o médico: o dever de documentar devidamente a situação clínica do paciente, o dever de informação (que veremos mais à frente), o dever de proteger o doente. Já este tem, além do mais, a obrigação de disponibilizar-se para os exames necessários, bem como de prestar todas as informações relevantes e de cumprir os tratamentos. Para mais aprofundar esta temática, cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, *op. cit.*, págs. 76 e seguintes.

⁶⁹ Importa, para este efeito, o artigo 1154º do CC: «Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição.». Note-se, todavia, que o contrato de prestação de serviços médicos não está tipificado na lei.

⁷⁰ Cfr. GASPAR, António Henriques, *A Responsabilidade Civil do Médico*, in «Coletânea de Jurisprudência», 3/1, 1978, pág. 543, *apud* PEREIRA, André Dias, *Responsabilidade civil: o médico entre o público e o privado*, *op. cit.*, pág. 256.

VARELA⁷¹, JOÃO ÁLVARO DIAS⁷², RUTE TEIXEIRA PEDRO⁷³, DIANA ANTÃO SEABRA⁷⁴, RUI MIGUEL CASCÃO⁷⁵, BRUNO MARQUES FOLGADO⁷⁶, ANDRÉ DIAS PEREIRA⁷⁷, SINDE MONTEIRO e FIGUEIREDO DIAS⁷⁸, BRUNA MAIA PRINZO⁷⁹ ou TATIANA LOURENÇO⁸⁰).

Ora, segundo ANDRÉ DIAS PEREIRA⁸¹, temos vários tipos de contratos nas relações de prestação de cuidados médicos: os prestadores de cuidados do SNS, os prestadores de cuidados num subsistema público ou privado de saúde, os prestadores de cuidados no âmbito de seguros de saúde ou a prestação de serviços mediante uma contraprestação.

E quais serão as partes deste contrato⁸²? O médico e o seu paciente. Pela especificidade (especialidade) de que se reveste o profissional de saúde, como parte, o que pesa na escolha que o paciente faz (confiando naquele), este negócio jurídico é *intuitus personae*⁸³. Deste contrato resulta uma obrigação, para o médico, de tratamento⁸⁴, bem como deveres de diligência, de

⁷¹ Cfr. LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, 3ª edição, Coimbra, 1986, *apud* PEREIRA, André Dias, *Responsabilidade civil: o médico entre o público e o privado*, *op. cit.*, pág. 256.

⁷² Cfr. DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 1996, págs. 222 e seguintes, *apud* PEREIRA, André Dias, *Responsabilidade civil: o médico entre o público e o privado*, *op. cit.*, pág. 256.

⁷³ Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, págs. 72 e seguintes, *apud* PEREIRA, André Dias, *Responsabilidade civil: o médico entre o público e o privado*, *op. cit.*, pág. 256.

⁷⁴ Cfr. SEABRA, Diana Antão, *O erro de diagnóstico e a chance perdida: a responsabilidade médica na era da tecnologia e dos cortes orçamentais*, com a orientação de André Gonçalo Dias Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 9.

⁷⁵ Cfr. CASCÃO, Rui Miguel Prista Patrício, *A responsabilidade civil contratual na prestação de cuidados de saúde em Portugal e Macau*, in «Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário», pág. 106.

⁷⁶ Cfr. FOLGADO, Bruno Miguel Marques, *O elemento da culpa em sede de responsabilidade civil médica*, com a orientação de Maria Olinda Garcia, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, pág. 14.

⁷⁷ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente - Estudo de Direito Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, págs. 12 e 13.

⁷⁸ Cfr. DIAS, Figueiredo e MONTEIRO, Sinde, *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de lege ferenda*, in *Scientia Juridica*, XXXIII, janeiro-abril, 1984, pág. 107, *apud* PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente - Estudo de Direito Civil*, *op. cit.*, pág. 13. Consideram estes autores, com eles concordando ANDRÉ DIAS PEREIRA, que o contrato de prestação de serviços médicos deveria ser tipificado.

⁷⁹ Quando haja autonomia de vontade de ambas as partes: médico e paciente - cfr. PRINZO, Bruna Maia, *A prova da responsabilidade médica*, com orientação de Isabel Alexandre, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017, pág. 27.

⁸⁰ Cfr. LOURENÇO, Tatiana Carolina, *Da (in)existência de um direito a pedir para morrer e a responsabilidade civil do médico*, com orientação de Manuel Carneiro da Frada, Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, outubro de 2019, pág. 25.

⁸¹ Cfr. PEREIRA, André Dias, *op. cit.*, pág. 259.

⁸² Contrato este que entra no âmbito dos artigos 798º e 799º do CC.

⁸³ Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, *op. cit.*, pág. 71.

⁸⁴ Cfr. SEABRA, Diana Antão, *O erro de diagnóstico e a chance perdida: a responsabilidade médica na era da tecnologia e dos cortes orçamentais*, *op. cit.*, pág. 9.

informação ou o de obter o consentimento do doente⁸⁵. Será um contrato sem forma escrita, informal, cuja proposta consiste no facto de o médico ter o seu consultório aberto para os doentes que queiram procurá-lo⁸⁶.

Analisemos, agora de seguida, brevemente, a responsabilidade do médico sob o ponto de vista do Direito Privado, posta que está a caracterização da relação daquele com o doente, nesta mesma perspetiva jusprivatística.

3. Da responsabilidade do médico na perspetiva do Direito Privado - breve incursão

Antes de mais, no caminho que nos levará à responsabilidade do médico, devemos primeiro destrinçar o que deve entender-se por ato médico. Este não se cinge apenas à intervenção no corpo de outrem por um licenciado em Medicina. É a intervenção em outrem por um agente habilitado para tal efeito⁸⁷, mas obedecendo a regras técnicas, conhecimentos científicos e princípios deontológicos⁸⁸. Acrescente-se, ainda, que o ato médico encontra-se definido no artigo 6º do Regulamento 698/2019, onde se incluem neste conceito as atividades de prognóstico/diagnóstico, de investigação, de perícias médico-legais, de promoção da saúde e prevenção da doença, de ensino, etc, realizadas por médicos⁸⁹. Portanto, trata-se de intervenções corporais, mas não só. O conceito é amplo. Contudo, para o âmbito deste trabalho, concentramo-nos nos cuidados médicos hospitalares (tratamentos, intervenções cirúrgicas, diagnósticos, cuidados com internados, etc.). Todo e qualquer ato médico pode originar responsabilidade do seu autor.

No Direito Civil (à semelhança do que ocorre no Direito Administrativo, como veremos mais à frente), para que o agente que teve uma conduta lesiva, violando o direito de outrem

⁸⁵ Cfr. CASCÃO, Rui Miguel Prista Patrício, *A responsabilidade civil contratual na prestação de cuidados de saúde em Portugal e Macau*, op. cit., pág. 108.

⁸⁶ Cfr. FOLGADO, Bruno Miguel Marques, *O elemento da culpa em sede de responsabilidade civil médica*, op. cit., pág. 14.

⁸⁷ Além da habilitação, tem de estar inscrito na Ordem dos Médicos (segundo o que estabelece a própria Ordem).

⁸⁸ Cfr. GRALHEIRO, João Carlos, *O ato médico é uma empreitada?*, pág. 817.

⁸⁹ Além disso, a Ordem dos Médicos tem definido um Código de Nomenclatura dos Atos Médicos (através de siglas), tendo em conta maioritariamente os tipos de especialidades médicas (por exemplo, ginecologia, nefrologia, estomatologia, etc.).

(responsabilidade civil extracontratual⁹⁰), seja responsabilizado, devem estar preenchidos cinco requisitos: facto voluntário (uma ação ou uma omissão⁹¹), ilicitude (violação de um direito ou interesse legalmente protegido de outrem), nexó de causalidade, dano e nexó de imputação (culpa). A culpa (dolo ou mera negligência) é apreciada à luz dos critérios do artigo 487º do CC⁹². É a falta de zelo, de sagacidade, de diligência. No caso específico da responsabilidade civil médica, coexistem dois graus de culpa distintos: a falta de zelo apreciável segundo o critério geral do artigo 487º (a diligência exigível a qualquer indivíduo) e a culpa profissional (a violação de padrões de conduta exigíveis ao médico como profissional de saúde, no exercício da sua atividade)⁹³.

A realização de qualquer intervenção no corpo do doente carece de prévio consentimento informado⁹⁴ da parte deste, sob pena de responsabilidade civil (e criminal) do médico que a realizar⁹⁵. O médico tem um dever, correlativo de um direito de conteúdo idêntico do paciente⁹⁶, de prestar a este toda a informação exigível. Este dever abarca os riscos frequentes e os riscos graves (graves serão os riscos que afetem de forma séria e duradoura a vida do doente, tais como a paralisia ou a morte) previsíveis⁹⁷. Dura ao longo de toda a relação contratual (sendo o seu conteúdo variável). O dever de informação/esclarecimento tem três exceções: a emergência, o privilégio terapêutico e o direito a não saber⁹⁸. O consentimento pode, ainda,

⁹⁰ Cfr. artigo 483º do CC.

⁹¹ Veja-se o exemplo dado por JOANA SOFIA SILVA, do médico que, após realizar uma cirurgia, abandona o doente, não lhe prestando quaisquer tratamentos ou cuidados - cfr. SILVA, Joana Sofia Pinto de Paiva Vieira, *A responsabilidade civil médica - a óptica do paciente, enquanto consumidor*, com orientação de Paula Ribeiro de Faria, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2011, pág. 9.

⁹² O critério é objetivo, sendo a culpa apreciada em termos abstratos (teoria da culpa em abstrato, como uma deficiência na conduta).

⁹³ Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, op. cit., págs. 128 e 136 e seguintes.

⁹⁴ O consentimento informado encontra abrigo no artigo 70º, nº1 do CC: «*A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.*».

⁹⁵ Cfr. SIMÕES, Fernando Dias, *A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade civil*, op. cit., pág. 2.

⁹⁶ Este direito é reforçado, resultando do artigo 37º, nº1 da CRP («*todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações*»), e o seu exercício não pode ser limitado (nº2 do mesmo artigo - «*o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura*»).

⁹⁷ Cfr. SIMÕES, Fernando Dias, *A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade civil*, op. cit., pág. 8.

⁹⁸ Cfr. *ibidem*, pág. 9.

ser dispensado mediante autorização legal (se estiverem em causa interesses jurídicos superiores - por exemplo, em caso de vacinação obrigatória, de internamento compulsivo ou de exames médicos obrigatórios da medicina no trabalho).

Os danos ressarcíveis podem ser de várias espécies, nomeadamente patrimoniais e não patrimoniais. A propósito do dano, desenvolveu-se uma figura relevante neste domínio (e falada pela doutrina), que é a perda de *chance*⁹⁹. Esta funciona para imputar objetivamente um dano a quem tenha contribuído para diminuir as *chances* de produção de um resultado almejado pelo lesado (uma vantagem ou a perda de um malefício)¹⁰⁰. Por outras palavras: o indivíduo perdeu as hipóteses de alcançar um resultado favorável por virtude de uma conduta de terceiro. Nasceu na jurisprudência francesa, no seio da responsabilidade civil médica, como perda de *chance* de cura e de sobrevivência, no final da década de 60 do século XX. Para tal contribuiu a constatação da assimetria probatória existente neste domínio (que onera excessivamente o lesado). Além disso, os tribunais sentiam dificuldade em afirmar que um determinado ato (ilícito) constituía condição de produção de um certo dano (a condicionalidade é parte integrante do nexo de causalidade¹⁰¹).

Para RUTE TEIXEIRA PEDRO, a *chance* é natural, autónoma¹⁰², aleatória, atual, séria¹⁰³ e neutra¹⁰⁴, com um desfecho favorável ou desfavorável dos acontecimentos, proveniente da sua aleatoriedade. Esta autora refere pressupostos para a perda de *chance*: um resultado futuro positivo - obtenção de uma vantagem ou não concretização de uma desvantagem (um resultado positivo que seja provável vir a ocorrer, mas cuja verificação não seja certa); o indivíduo

⁹⁹ O termo *chance* é francês, e designa a sorte, a possibilidade de um resultado favorável, a probabilidade de se chegar ao sucesso.

¹⁰⁰ Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, Almedina, 2015, págs. 59 e 145, *apud* FONSECA, Ana Margarida Nunes da, *A responsabilidade civil médica no âmbito da cirurgia plástica*, com a orientação de André Dias Pereira, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pág. 41.

¹⁰¹ Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A perda de chance na responsabilidade civil médica - uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI*, in *Responsabilidade civil em saúde. Diálogo com o Prof. Doutor Sínde Monteiro*, coord. André Gonçalo Dias Pereira, Filipe Miguel Albuquerque Matos, Javier Barceló Domenech e Nelson Rosendal, Centro de Direito Biomédico e Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021, pág. 418.

¹⁰² Ela existe independentemente do desfecho futuro que ocorrerá, que a transcende. Para aprofundar, cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, *op. cit.*, págs. 209 e seguintes.

¹⁰³ Para que haja lugar a indemnização, deve ser seriamente provável que este se verifique. Para aprofundar, cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, *op. cit.*, págs. 215 e seguintes.

¹⁰⁴ Ao mesmo tempo que existe a probabilidade de ocorrência do desfecho almejado (a conquista de um ganho ou a perda de um dano) e da sua frustração, a incerteza da vida faz com que não seja totalmente certo que tal aconteça - podendo «virar» o rumo dos acontecimentos. Para aprofundar, cfr. Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, *op. cit.*, págs. 208 e 209.

deve estar numa posição em que se verifique esse resultado; um comportamento de um terceiro suscetível de originar responsabilidade evitando a produção do resultado desejado¹⁰⁵. Ela entende o dano não na sua definição tradicional, mas antes como a perda de um benefício¹⁰⁶. Note-se que a perda de *chance* deve ser entendida como um dano autónomo (que não deve, por isso, ser confundido com os danos morais da responsabilidade médica)¹⁰⁷. Distingue-se da perda do resultado (é a frustração da hipótese de a ele chegar, não dele próprio)¹⁰⁸. É, por isso, já óbvio estarmos perante um dano distinto e específico. E de que *chances* falamos? Diz RUTE TEIXEIRA PEDRO¹⁰⁹ que serão as *chances* de cura, de sobrevivência¹¹⁰, de recuperação da saúde... Portanto, deve demonstrar-se primeiramente que existiu uma *chance*, cuja perda ao doente o médico causou (tendo em conta o circunstancialismo fáctico concreto). Este encargo pertence ao paciente lesado (deve demonstrar quer a existência da *chance*, quer a sua perda). Isto a par da prova dos restantes requisitos da responsabilidade civil. Parece que o lesado fica excessivamente onerado; contudo, este é um instituto que abre possibilidades ao paciente.

Vale, aqui, um princípio de indemnização integral (o dano da perda de *chance* é ressarcido na sua totalidade), e o julgador deverá levar em consideração o grau de aleatoriedade da *chance* para efeitos de cálculo do *quantum* indemnizatório.

Esta figura (a perda de *chance* aplicada às *chances* de cura) proveio da jurisprudência estrangeira (dos ordenamentos jurídicos francês, italiano e anglo-saxónico). Por cá, contudo, os nossos tribunais ainda não aceitam, maioritariamente e pacificamente, este instituto (quando concorrente à área médica, ao contrário do que sucede na advocacia, por exemplo). Apesar disso, há um caso que pode ser considerado paradigmático: a Sentença da 1ª Secção Cível da Instância

¹⁰⁵ Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, op. cit., págs. 199 e seguintes.

¹⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, págs. 189 e seguintes, apud *ibidem*, pág. 41.

¹⁰⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO advoga que a perda das *chances* de cura e de sobrevivência deve ser um dano possível por si só, como o são a morte ou a incapacidade – cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, op. cit., págs. 287 e seguintes.

¹⁰⁸ Para uma melhor compreensão, cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, op. cit., págs. 221 a 223.

¹⁰⁹ Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *Da tutela do doente lesado - breves reflexões*, Porto, dezembro de 2008, pág. 453.

¹¹⁰ Por exemplo, de sobrevivência a um cancro cujo diagnóstico vem a ser tardio – cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, op. cit., pág. 262.

Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23/07/2015¹¹¹. Apesar de ainda não ser unânime, a aceitação jurisprudencial tem sido crescente¹¹².

RUTE TEIXEIRA PEDRO¹¹³ entende que este instituto da perda de *chance* pode (e deve) ser aplicado na responsabilidade médica. Para a autora, há que ver se o médico não contribuiu, com a sua conduta ilícita, para que se perdessem as *chances* de o doente alcançar o resultado que desejava e que a prestação do médico se dirigia, precisamente e com a cobertura do direito, a alcançar¹¹⁴.¹¹⁵

É, hoje, pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência, que este instituto pode aplicar-se tanto na responsabilidade civil contratual como na extracontratual¹¹⁶. E estende-se a ações e a omissões¹¹⁷. Contudo, ele traz dificuldades, como sejam a dificuldade em determinar o *quantum* indemnizatório e a ocorrência efetiva da *chance*¹¹⁸. Ainda assim, tem a vantagem de repartir melhor o ónus da prova, transferindo parte dele para o médico¹¹⁹ (afinal, este criou, para o doente, um risco acrescido – o dano traduzido na redução da probabilidade de cura/sobrevivência. Este prejuízo, autónomo, é «adicionado» aos demais – por exemplo, ao dano consubstanciado no resultado, que poderá ser a morte, a incapacidade, etc).

Portanto, e primeiro numa perspetiva jusprivatística, o tribunal deve averiguar, baseando-se na prova produzida, se estão verificados os pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente se existe uma conduta do médico que mereça a qualificação como ilícita e culposa e que tenha causado danos. Para o efeito pode ser importante aferir se houve a violação de regras e princípios da ciência médica¹²⁰. Isto valerá, também, para a responsabilidade deste quando valorada pelo direito público.

¹¹¹ A Autora deu entrada num hospital (privado) com uma pneumonia. O diagnóstico foi tardio e esta veio a falecer, mais tarde, de um choque séptico. Ficou demonstrado que a septicemia tem uma evolução bastante rápida e que esta depende do diagnóstico atempado, bem como que as *chances* de cura diminuem ao longo do tempo. Com base neste quadro, o tribunal considerou verificado o instituto da perda de *chance* (de cura/sobrevivência): a perda de *chance* de sobrevivência adveio, causalmente, do facto ilícito e culposo (a falta de um diagnóstico atempado, tendo este sido tardio).

¹¹² Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência*, in *Novos Olhares Sobre a Responsabilidade Civil*, CEJ, outubro de 2018, págs. 197 e 198.

¹¹³ PEDRO, Rute Teixeira, *Da tutela do doente lesado - breves reflexões*, Porto, dezembro de 2008, pág. 460.

¹¹⁴ *Ibidem*, pág. 457.

¹¹⁵ A perda de *chance* na responsabilidade médica tem uma elevada aplicação nas chamadas «wrongful life actions» e «wrongful birth actions» (na deteção de anomalias na formação do feto).

¹¹⁶ Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, *op. cit.*, pág. 310.

¹¹⁷ Cfr. *ibidem*, pág. 321.

¹¹⁸ Cfr. *ibidem*, pág. 431.

¹¹⁹ Para uma visão mais aprofundada, cfr. *ibidem*, págs. 441 e seguintes.

¹²⁰ Cfr. BRUNO, Paula, *Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal. Erro em medicina*, *op. cit.*, pág. 71.

Passemos, agora, a analisar um universo maior: o da relação jurídica entre o médico, o utente e o hospital.

4. A relação jurídica médico-utente-hospital: uma relação jurídica administrativa plurilateral?

Comece por dizer-se que, segundo VIEIRA DE ANDRADE¹²¹, as relações entre os particulares e a Administração Pública são cada vez menos bilaterais, sendo crescente o número as relações plurilaterais (com mais do que dois sujeitos).

Mas centremo-nos na relação que se estabelece na prestação de cuidados de saúde em sede hospitalar, entre o médico, o doente e o hospital público. É uma relação jurídica? E (sendo jurídica) é uma relação administrativa? A Administração manifesta unilateralmente a sua vontade marcando a consulta ou decidindo pelo internamento, constituindo uma relação específica de prestação de serviços de saúde, conjugados com a manifestação de vontade pelo particular¹²². FREITAS DO AMARAL¹²³ defende que haverá, então, uma relação jurídica plurilateral entre o utente, a Administração (personificada no hospital) e os profissionais de saúde (é através deles que a Administração pratica operações materiais que satisfaçam a pretensão do utente) - esta relação reger-se-á por princípios, normas e regras de direito público.

Será, então, uma relação jurídica administrativa plurilateral, onde são praticados atos administrativos? Ora, no que concerne aos atos praticados no seio da medicina, há a questão de saber se os mesmos se enquadram (ou não) nesta definição-padrão. A doutrina refere a decisão de marcar consultas ou de internar, como um ato administrativo (conforme descrito acima). Resta saber se estes atos produzem efeitos jurídicos na esfera jurídica de outrem que não o seu

¹²¹ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A justiça administrativa - Lições*, Almedina, 16ª edição, págs. 60 e seguintes.

¹²² Cfr. CORREIA, Sérvulo, *As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde*, *op. cit.*, pág. 24, *apud* CAPELA, Maria Teresa Lopes, *op. cit.*, pág. 11.

¹²³ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos praticados em Estabelecimentos públicos de saúde*, in «Direito da Saúde e Bioética», Lex, Lisboa, 1991, pág. 129, *apud* CAPELA, Maria Teresa Lopes, *op. cit.*, pág. 11.

destinatário direto. Antes disso, vejamos os atos médicos: são decisões - disso não há dúvidas - mas terão efeitos jurídicos externos? No decurso da nossa investigação, temos constatado que a doutrina dá uma resposta algo insuficiente neste aspeto. Cremos que, em princípio, apenas vinculam os seus destinatários (quem recebe os cuidados médicos). Isto se estivermos a falar de uma intervenção cirúrgica, por exemplo. Já se se tratar de uma decisão de internamento ou de marcação de uma consulta, aí sim, vinculará externamente (neste caso, as restantes pessoas que trabalham nesse hospital. Assim, não dirá apenas respeito ao seu destinatário direto, o doente, mas também a quem terá de lhe disponibilizar uma cama e tratamentos ou o seu tempo para uma consulta). Também se compreenderá tal se falarmos do parecer de uma junta médica¹²⁴, por exemplo (trata-se de uma decisão, com efeitos externos, na medida em que vincula outros, utilizando o caso-exemplo de impossibilitar alguém de trabalhar). Portanto, consideramos que o ato médico tem especificidades relativamente ao ato administrativo em geral. Contudo, tal não nos impede de levar este rio à foz da responsabilidade administrativa, ancorando-nos na relação jurídico-administrativa que se estabelece no seio de um hospital público.

O STA, num acórdão de 09/06/2010¹²⁵, refere que «quem recorre a um estabelecimento de saúde público fá-lo ao abrigo de uma relação jurídica administrativa de utente modelada pela lei, submetida a um regime jurídico geral estatutário, aplicável, em igualdade, a todos os utentes daquele serviço público, que define o conjunto dos seus direitos, deveres e obrigações e não pode ser derogado por acordo, com introdução de discriminações positivas ou negativas». O hospital, conforme sustentado neste mesmo Acórdão, vincula-se a uma relação de serviço público. Aliás, para a maioria da doutrina e da jurisprudência do nosso país, no seio de um hospital público é uma relação de serviço público que surge¹²⁶.

Surge, portanto, nas palavras de SÉRVULO CORREIA¹²⁷, uma relação administrativa poligonal, que abrange o particular (utente), o hospital e o médico. Concordamos com este entendimento, sendo que esta relação jurídica, que cria direitos e deveres para as partes, não nasce de um contrato, de um acordo de vontades, mas tão-só das necessidades da vida em sociedade. Não há absoluta liberdade de escolha, nem um acordo escrito. Por isso, este é um campo um tanto híbrido e incerto, sendo uma relação jurídica que «foge» do âmbito contratual, mas onde

¹²⁴ Cfr. Ac. do TCA Sul de 06/06/2019, processo nº 2788/17. 0BELSB.

¹²⁵ Processo nº 08/10, referido por MARIA TERESA CAPELA - vide CAPELA, Maria Teresa Lopes, *O utente, o médico e o hospital - o busílis da ação de responsabilidade civil extracontratual*, op. cit., pág. 12.

¹²⁶ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente - Estudo de Direito Civil*, op. cit., pág. 18.

¹²⁷ Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde*, op. cit., pág. 42.

são prestados serviços a outrem, sem que os mesmos sejam contratados. Será uma relação jurídico-administrativa de serviço público (e não uma relação contratual de facto, essa regulada pelo direito civil), que toca os cânones da relação administrativa típica: uma tríplice entre o Estado, os seus agentes e o cidadão, mas com especificidades que decorrem do contexto da medicina.

Ultrapassada que está esta questão, passemos a caracterizar sucintamente o Serviço Nacional de Saúde.

5. Breve caracterização do Serviço Nacional de Saúde

5.1. O direito fundamental à proteção da saúde

O direito à saúde é um direito civilizacional, que sempre existiu¹²⁸, o que é fácil de compreender, pois a saúde é uma necessidade elementar do ser humano. Contudo, durante muitos séculos, foram poucos os avanços médicos. Só nas sociedades modernas começou a ser dada atenção à saúde das populações e à disponibilização de cuidados médicos, de forma acessível a todos.

A nossa Lei Fundamental, no seu artigo 64º, consagra um direito fundamental à proteção da saúde¹²⁹. Trata-se de um direito social de acesso à saúde, que deverá ser concretizado num sistema geral, universal e tendencialmente gratuito¹³⁰. Por isso, o médico inserido nesse sistema terá um papel social, público¹³¹. É, também, um direito de defesa (o direito a exigir a abstenção de comportamentos que possam lesar a saúde).¹³² A sua concretização depende dos

¹²⁸ Cfr. ARAÚJO, Joana [et al.], *A problemática da responsabilidade individual na saúde pública em Portugal*, in «Revista Brasileira de Pesquisa em Saúde», Vitória, 21(2): 165-173, abr-jun 2019, pág. 170.

¹²⁹ Cfr. artigo 64º, nº1 da CRP: «*Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.*».

¹³⁰ Cfr. OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de, *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*, com orientação de Filipa Urbano Calvão, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2013, pág. 6.

¹³¹ Cfr. MATOS, Filipe Albuquerque, *Responsabilidade civil médica - breves considerações acerca da prova da culpa*, in *Responsabilidade civil em saúde. Diálogo com o Prof. Doutor Sinde Monteiro*, op. cit., pág. 112.

¹³² Cfr. ESTORNINHO, Maria João, *Organização Administrativa da Saúde – Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 51, apud CAPELA, Maria Teresa Lopes, *O utente, o médico e o hospital - o busílis da ação de responsabilidade civil extracontratual*, op. cit., pág. 5.

recursos económicos disponíveis. Segundo ela¹³³, caberá ao Estado garantir o acesso dos cidadãos a cuidados de saúde e assegurar a existência de unidades de saúde e recursos humanos espalhados por todo o país. Mas o Estado não pode «obrigar», note-se, os cidadãos a acederem aos cuidados de saúde, como também não pode excluir ninguém do acesso a esses mesmos cuidados (nem mesmo no caso de o cidadão ter recorrido ao setor privado de saúde ou se celebrou contrato com uma seguradora)... Apesar disso, cabe-lhe estabelecer e definir os princípios, bem como as bases políticas e financeiras para um sistema de saúde eficaz e eficiente¹³⁴.

5.2. A efetivação do direito à proteção da saúde através do SNS

Para assegurar a efetivação do direito fundamental dos cidadãos à proteção da saúde, a CRP prevê, como já foi referido, a criação de um sistema de saúde universal, geral e tendencialmente gratuito¹³⁵. Ora, em Portugal foi criado, no ano de 1979¹³⁶, o Serviço Nacional de Saúde, para dar resposta a tal exigência constitucional. É o maior prestador de cuidados de saúde no nosso país¹³⁷. Faz parte integrante, segundo a Lei de Bases da Saúde, do Sistema de Saúde Português, e é totalmente financiado pelo Estado.

A atividade do SNS subdivide-se em cuidados de saúde primários (centros de saúde e agrupamentos de centros de saúde) e secundários (hospitais¹³⁸). Além disso, este divide-se em regiões de saúde, que por sua vez se subdividem em sub-regiões de saúde, correspondentes às áreas de cada distrito de Portugal Continental¹³⁹. Em cada região de saúde há uma Autoridade Regional de Saúde (ARS).

¹³³ Cfr. ESTORNINHO, Maria João, *op. cit.*, pág. 52, *apud* CAPELA, Maria Teresa Lopes, *op. cit.*, pág. 6.

¹³⁴ Cfr. ARAÚJO, Joana, [*et al.*], *A problemática da responsabilidade individual na saúde pública em Portugal*, *op. cit.*, pág. 170.

¹³⁵ Cfr. artigo 64º, nº2, al. a) da CRP: «O direito à proteção da saúde é realizado através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito».

¹³⁶ Foi criado pela Lei 56/79.

¹³⁷ Cfr. PEREIRA, André Dias, *Responsabilidade civil: o médico entre o público e o privado*, *op. cit.*, pág. 259.

¹³⁸ Os hospitais podem assumir várias formas jurídicas no que toca à sua organização jurídica: hospitais SPA - do setor público administrativo - são poucos, hoje em dia; hospitais SA (Sociedades Anónimas) de capitais exclusivamente públicos - estes têm personalidade jurídica de direito privado, por isso são-lhes aplicáveis as normas que regulam as Sociedades Anónimas; hospitais EPE (Entidades Públicas Empresariais) - pessoas coletivas de direito público, com capitais exclusivamente públicos; hospitais PPP (Parcerias Público-Privadas) - públicos mas com gestão e financiamento privados.

¹³⁹ Há 3 regiões e 18 sub-regiões de saúde.

Contudo, o acesso a cuidados de saúde é, como reza a CRP, «tendencialmente gratuito», e porquê? Devido ao facto de ser necessária uma contrapartida por parte de quem usufrui desses mesmos cuidados: as taxas moderadoras¹⁴⁰. Ora, sucede que, porém, a maioria da população está isenta do seu pagamento¹⁴¹. Além disso, estas taxas não passam de uma mera contribuição simbólica, visto que o maior financiador do SNS é o Estado, através dos impostos que arrecada diretamente do bolso dos contribuintes (que são, por sua vez, a maior fonte da receita estatal). Sendo pagas em função da situação socioeconómica de cada um, garante-se o respeito pelo princípio da proporcionalidade (não se onera excessivamente os indivíduos mais desfavorecidos, garantindo uma contribuição adequada e estritamente proporcional ao que cada um pode dar).

Cada cidadão deve contribuir para o SNS tendo em conta as suas condições socioeconómicas e financeiras, isto é, na medida das suas possibilidades.

Uma última nota diz respeito às dificuldades enfrentadas pelo SNS, atualmente, em plena pandemia COVID-19¹⁴². Em 2020, surgiram novos desafios para o SNS: os hospitais passaram a estar na linha da frente do combate à pandemia. O SNS tem estado em risco de colapso, sendo que até foram contratados estudantes de medicina para ajudar¹⁴³.

A pandemia veio alterar os padrões de utilização do SNS. Diminuiu a procura pelas urgências/emergências. Em março de 2020 (quando foi decretado o estado de pandemia e o país entrou em confinamento geral) a procura dos serviços de urgência/emergência diminuiu 45%

¹⁴⁰ Na versão original da CRP (1976), o SNS seria completamente gratuito (sendo financiado através dos impostos); a previsão das taxas moderadoras só surgiu com a revisão constitucional de 1989, tendo depois sido implementada com o surgimento da Lei de Bases da Saúde, nesse mesmo ano. Surgiram dúvidas acerca da (in)constitucionalidade das taxas moderadoras, pelo facto de restringirem o acesso aos cuidados de saúde. Foi por isso que passaram a estar previstas isenções a essas mesmas taxas, de modo a garantir o acesso universal aos cuidados médicos tal como está previsto na Constituição (deste modo é assegurado o acesso aos mais desfavorecidos, o que de outra forma violaria a Lei Fundamental, não só ao nível deste acesso universal, garante do direito à saúde, mas também no que concerne ao princípio da igualdade).

¹⁴¹ 55% da população não pagava taxas moderadoras, segundo dados de 2011. As isenções encontram-se previstas no artigo 4º do Decreto-Lei 113/2011, de 29 de novembro, alterado pela Lei 7-A/2016, e incluem: as grávidas, os menores, os doentes com grau de incapacidade igual ou superior a 60%, os pacientes em situação de insuficiência económica, os doadores, os bombeiros, os doentes transplantados, etc. Há também, de igual forma, certos procedimentos médicos isentos (como as consultas de planeamento familiar, de dádiva de sangue/transplante de órgãos, etc.).

¹⁴² Esta pandemia foi provocada pelo vírus SARS COV-2, que surgiu em dezembro de 2019 em Wuhan, na China. Já existia em animais, mas foi esta a primeira vez que se manifestou em humanos.

¹⁴³ Para uma maior informação, cfr. CARVALHO, Maria Irene, *O serviço Social na saúde em Portugal e os desafios da Covid-19*, in «REFACS» (online), Out/Dez 2020, 8 (Supl. 3) e GIL, Andreia, [et al.], *Carta ao Editor: O Papel dos Estudantes de Medicina na Pandemia de COVID-19 em Portugal*, in «Cartas ao Editor»: Acta Med Port 2020, Jun;33(6), 440-448 e SANTANA, Rui, [et al.], *A procura de serviços de urgência/emergência hospitalar: tendências durante o primeiro mês de resposta à COVID-19*, Escola Nacional de Saúde Pública, Universidade Nova de Lisboa.

face ao ano anterior. Talvez devido ao confinamento, à intenção de não sobrecarregar os serviços ou ao medo de contrair o vírus¹⁴⁴...

Feita a caracterização do SNS, que, hoje, mais do que nunca, tem um papel essencial, chega agora o momento de passar ao tema-mor deste trabalho: a responsabilidade dos médicos e dos hospitais públicos do SNS.

6. Enquadramento da responsabilidade civil administrativa no âmbito do SNS

6.1. Da relação jurídica administrativa de prestação de cuidados de saúde

Entramos no Direito Administrativo da Saúde¹⁴⁵, aqui. Nasce uma relação administrativa, adstrita à prestação de cuidados de saúde. Cruzam-se o Direito Administrativo e a Medicina. Nascem direitos e deveres para ambas as partes¹⁴⁶, aliás como sucede em todas as relações jurídicas.

FERNANDO DIAS SIMÕES¹⁴⁷ e ANDRÉ DIAS PEREIRA¹⁴⁸ utilizam aqui um argumento interessante: é uma relação de serviço público, dizem (não havendo, por isso, um contrato), porque o médico, que faz parte do SNS, está, por tal, a cumprir uma função do Estado

¹⁴⁴ Cfr. SANTANA, Rui, [et al.], *op. cit.*, pág. 2.

¹⁴⁵ Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde*, *op. cit.*, pág. 19.

¹⁴⁶ O paciente tem direitos que nascem de normas legais (da CEDH, por exemplo) - o direito à vida, o direito à informação, etc. Correlativas destes serão as obrigações do médico (informar, administrar os tratamentos corretos, adequados e que estejam de acordo com as regras técnicas, os deveres objetivos de cuidado e as *leges artis*).

¹⁴⁷ Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *op. cit.*, pág. 22.

¹⁴⁸ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente - Estudo de Direito Civil*, *op. cit.*, pág. 19.

Social (a prestação de cuidados de saúde aos cidadãos é uma atribuição do Estado, segundo o artigo 64º da CRP). A possibilidade de alguém recorrer aos cuidados de saúde disponibilizados no SNS decorre de normas gerais (regulamentares/estatutárias), e não de um prévio acordo de vontades entre o utente e o estabelecimento de saúde ou o médico. Não existe a hipótese de recusar nem de negociar cláusulas, nesta relação jurídica.

Esta relação jurídica administrativa nasce com um ato ou facto jurídicos.¹⁴⁹ Na maioria dos casos, forma-se com um ato administrativo (só acontece um facto jurídico quando, nomeadamente, o doente dê entrada na urgência e seja tratado sem um procedimento administrativo prévio). E que atos administrativos podem dar início a esta relação? Por regra, os atos dependentes do consentimento do utente e de um prévio requerimento seu: atos de admissão a internamento, com lista de espera. Excepcionalmente, atos como uma ordem de internamento ou de prestação compulsiva de cuidados de saúde, por exemplo. Recuperamos o conceito, atrás desenvolvido, de relação poligonal (com três partes, e não apenas duas - médico, utente e hospital). Retomamos também a ideia da relação funcional (o critério funcional, da atividade desempenhada) - a doutrina fala na «aparência de relação funcional». Com efeito, esta relação jurídica nasce da prestação de cuidados de saúde, que é a atividade, o escopo da interação que se estabelece entre o doente, o estabelecimento hospitalar e o profissional de saúde. É a função que importa e, neste caso, podemos afirmar que a prestação de cuidados de saúde se insere no exercício da função administrativa (o Estado, através dos seus agentes, serve o interesse público, que se consubstancia na prestação de cuidados à população, garantindo, assim, a promoção, efetivação e defesa do direito à saúde constitucionalmente previsto).

Como toda e qualquer relação jurídica, esta gera responsabilidade para os seus titulares, em caso de lesão de direitos de outrem. O paradigma da responsabilidade, aqui, é o sistema francês. Isto ao contrário de sistemas como o austríaco, o alemão ou o italiano, nos quais a responsabilidade é contratual e aplica-se o direito civil (na Alemanha nem sequer existe SNS)¹⁵⁰. Como já veio sendo dito: administrativa porque nasce de uma relação jurídico-administrativa; não contratual devido ao facto de não existir um contrato, um acordo de vontades que defina e torne negociáveis os trâmites da prestação daqueles cuidados de saúde ao utente.

¹⁴⁹ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente - Estudo de Direito Civil*, op. cit. págs. 43 e seguintes.

¹⁵⁰ Cfr. PEREIRA, André Dias, *Responsabilidade civil: o médico entre o público e o privado*, op. cit., págs. 289 e 290.

A maioria da doutrina portuguesa considera que a medicina é feita de atos de gestão pública, sendo uma função do Estado Social prestador. Há, aqui, uma relação de serviço público¹⁵¹, logo a responsabilidade será extracontratual¹⁵² - tal é, aliás, pacífico, hoje, na doutrina e na jurisprudência (são praticados atos de gestão pública¹⁵³, no exercício de poderes públicos para a prossecução do interesse público)¹⁵⁴. É-o porque, diz a doutrina, não há liberdade de escolha, liberdade contratual de nenhuma das «partes» (o médico não escolhe o paciente e vice-versa; o médico não escolhe os instrumentos ou o pessoal com quem trabalha; o doente não está vinculado a nenhuma contraprestação, apenas a uma taxa). A relação que aqui se cria, defende SÉRVULO CORREIA, não é bilateral, não advém de um acordo de vontades - o utente sujeita-se tão-só ao que já está pré-estabelecido, em termos normativos¹⁵⁵. Logo, esta não é enquadrável no âmbito do contrato de prestação de serviços médicos, dos artigos 1154º e seguintes do CC¹⁵⁶.

Apenas uma minoria da doutrina defende a responsabilidade contratual no âmbito da prestação de cuidados de saúde em hospitais públicos. É defendida por FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO¹⁵⁷, na medida em que o médico exerça, no hospital, «clínica privada».

¹⁵¹ O serviço público é uma atividade administrativa, desempenhada por uma pessoa coletiva pública ou por um particular no exercício da função administrativa, positiva (de prestação), técnica, para a satisfação de necessidades coletivas. - 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*, op. cit., pág. 49.

¹⁵² Cfr. PEREIRA, André Dias, op. cit., págs. 292 e 293.

¹⁵³ Tal é defendido, por exemplo, por FREITAS DO AMARAL - cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *A natureza da responsabilidade civil por atos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, in «Direito da Saúde e Bioética», Lisboa, Lex, 1991, apud BRUNO, Paula, *Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal. Erro em medicina*, op. cit., pág. 64. Mesmo tendo o hospital forma societária, os atos nele praticados serão de gestão pública (cfr. Acórdão do TR de Coimbra, de 26/09/2006, processo nº 1422/04, citado em *ibidem*, pág. 65. Como saber se estamos perante um ato de gestão pública, no caso dos atos médicos? Prevalece, desde logo, um critério de enquadramento institucional: o desempenho de tarefas no exercício da função administrativa (atos funcionais), tendo em vista a prossecução do interesse público - serão atos de gestão pública aqueles praticados por agentes administrativos no exercício de uma função pública, regido por normas de direito público (critério objetivo - o exercício da função administrativa regido pelo direito administrativo). A atividade médica será de gestão pública, devido aos deveres funcionais a que o médico está obrigado e à especificidade das relações entre o utente, a Administração e o funcionário, aqui, sendo uma relação especial de direito administrativo. - cfr. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, op. cit., págs. 37 e seguintes. Não importa, pois, a alteração da forma jurídico-organizatória do hospital (cfr. Acórdão do STA de 02/10/2008, processo nº 012/08, citado em *ibidem*. Para PAULA BRUNO a dicotomia atos de gestão pública/atos de gestão privada ficou ultrapassada com a entrada em vigor da Lei 67/2007 (vide *ibidem*).

¹⁵⁴ Cfr. ROSA, Paulo Jorge Ferreira, *A natureza jurídica da relação médico-paciente: o contrato de prestação de serviços médicos*, com orientação de Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012/2013, pág. 3.

¹⁵⁵ *Ibidem*, págs. 294 e 295.

¹⁵⁶ Cfr. VOUGA, Rui Torres, *A responsabilidade civil médica (decorrente de atos médicos praticados em hospitais públicos)*, in «Coleção de Formação Contínua», Centro de Estudos Judiciários, junho 2018, pág. 12.

¹⁵⁷ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade Médica em Portugal*, pág. 35, apud PEREIRA, André Dias, *Responsabilidade civil: o médico entre o público e o privado*, op. cit., pág. 297.

Falam de um contrato de adesão, para caracterizar um fenómeno de massas constituído por relações pessoais. Temos reservas quanto a este entendimento. Não compreendemos o fenómeno de exercer «clínica privada» num hospital público... A responsabilidade contratual também é advogada por CLÁUDIA MONGE¹⁵⁸, que entende existir uma relação obrigacional complexa, com deveres contratuais - um contrato a favor de terceiros¹⁵⁹. Refutamos que a prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos hospitalares públicos do SNS que não seja pronta, em tempo útil e viole as *leges artis* possa representar uma frustração de obrigações contratuais¹⁶⁰. FREITAS DO AMARAL¹⁶¹ entende haver um contrato administrativo (um acordo bilateral de vontades), mas esta posição também merece a nossa reprovação, bem como da maioria da doutrina.

Também uma minoria da doutrina defende a dualidade de regimes, neste âmbito: MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS¹⁶², CARLOS CADILHA¹⁶³, MARIA JOSÉ MESQUITA¹⁶⁴ e CABRAL MONCADA¹⁶⁵.

E quem são, então, os sujeitos desta relação jurídica administrativa de prestação de cuidados de saúde? Em primeiro lugar, a Administração prestadora (o SNS, mas também entes privados. Não importa a natureza jurídica da entidade). Depois, os utentes e os beneficiários (o conceito de «utente» é mais amplo que o de «beneficiário»: «utente» é qualquer cidadão¹⁶⁶, pois todos têm direito a cuidados de saúde¹⁶⁷; «beneficiário» será quem efetivamente recorre aos

¹⁵⁸ Cfr. MONGE, Cláudia, *A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde*, in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coord. Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, 5 de dezembro de 2012, págs. 96 e 97.

¹⁵⁹ Cfr. *ibidem*, pág. 101.

¹⁶⁰ Defende-o CLÁUDIA MONGE - cfr. *ibidem*, pág. 97.

¹⁶¹ Cfr. AMARAL Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo, Volume I*, com a colaboração de Luís Fábriça, Carla Amado Gomes e Jorge Pereira da Silva, 3ª edição, Coimbra, 2007, pág. 804, *apud* MONGE, Cláudia, *op. cit.*, pág. 105.

¹⁶² Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, op. cit.*, pág. 17, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português, op. cit.*, pág. 70.

¹⁶³ Cfr. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *O Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, págs. 28 e 29, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *op. cit.*, pág. 70.

¹⁶⁴ Cfr. MESQUITA, Maria José Rangel de, *O regime civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Europeia*. Coimbra: Edições Almedina, 2009, pág. 14, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *op. cit.*, pág. 70.

¹⁶⁵ Cfr. MONCADA, Luís Cabral de, *Responsabilidade civil extracontratual do Estado. A lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*. Lisboa: Abreu & Marques, Vinhas e Associados – Sociedade de Advogados, RL, 2008, pág. 26, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *op. cit.*, pág. 70.

¹⁶⁶ Os cidadãos estrangeiros, que, por tal condição, não beneficiam do SNS, devem receber cuidados de saúde em termos idênticos aos dos beneficiários - cfr. artigos 13º, nº1 e 15, nº1 da CRP.

¹⁶⁷ Cfr. artigo 64º, nº1, al. a) da CRP.

serviços de saúde, no gozo do seu direito)¹⁶⁸. Com o início da relação jurídica nascem direitos e obrigações para o utente, e outros podem ir surgindo ao longo do tempo. Ele tem direitos subjetivos públicos (o poder de exigir uma conduta ao órgão em causa, ao abrigo de uma norma), aos quais correspondem deveres de prestação de serviços, pelo estabelecimento do SNS em causa¹⁶⁹. A discricionariedade administrativa, diz SÉRVULO CORREIA¹⁷⁰, é escassa, aqui (porque o utente tem um direito subjetivo a ser tratado com os meios adequados, com prontidão e correção técnica, limitado, contudo, pelos recursos disponíveis¹⁷¹¹⁷²). A este direito corresponde um dever do hospital: uma prestação genérica, cuja individualização depende dos atos médicos específicos exigidos por cada caso clínico em concreto. Nesta concretização há uma discricionariedade técnica¹⁷³, não administrativa (porque não é jurídica). Isto devido ao facto de o médico, nos atos que pratica, reger-se pelas *leges artis*, que são regras técnicas e leis científicas¹⁷⁴. Correlativamente, os utentes têm, também, deveres¹⁷⁵, a que correspondem poderes da administração hospitalar (direitos/poderes de autoridade) - por exemplo, o dever de pagar encargos (taxas moderadoras, o qual tem um correlativo direito de cobrança do estabelecimento hospitalar), o dever de respeitar os outros utentes, de respeitar os profissionais de saúde e a sua ação, o dever de cumprir e respeitar as regras de funcionamento dos serviços, etc. Nesta relação jurídica, a Administração tem poderes, a saber: poderes organizatórios (sobre as condições do utente, enquanto inserido no serviço e no seu funcionamento), poderes de direção e de disciplina (exercidos diretamente sobre o utente). São poderes administrativos, limitados por direitos fundamentais e direitos de personalidade. Aqui, a conduta da administração hospitalar está sujeita

¹⁶⁸ Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde*, *op. cit.*, págs. 24 e seguintes.

¹⁶⁹ *Ibidem*, págs. 27 e seguintes.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pág. 28.

¹⁷¹ SÉRVULO CORREIA considera que a afetação de recursos escassos deveria ser limitada pelo legislador, por forma a diminuir a discricionariedade na sua afetação e garantir a igualdade de acesso dos utentes a tais recursos - cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *op. cit.*, pág. 31.

¹⁷² O utente tem outros direitos, nomeadamente: um direito fundamental à igualdade de tratamento (artigos 13º, nº1 e 266º, nº2 da CRP e Lei de Bases da Saúde); direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26º, nºs 1 e 2 da CRP e Lei de Bases da Saúde); direito a receber assistência religiosa (Lei de Bases da Saúde); inviolabilidade da integridade física e moral das pessoas (artigo 25º, nº1 da CRP), que é um direito fundamental e um direito de personalidade, desdobrando-se em dois - no direito de recusar a prestação dos cuidados de saúde (princípio do consentimento necessário) e no direito a ser informado sobre a sua situação, a evolução e os tratamentos necessários (princípio do consentimento informado).

¹⁷³ O termo «discricionariedade técnica» vem da doutrina italiana.

¹⁷⁴ O conceito de *leges artis* é utilizado no Direito Penal, no artigo 150º do CP, na previsão e estatuição normativa das intervenções médico-cirúrgicas ilícitas, que constituam ofensas à integridade física do doente. Aliás, os procedimentos médicos que violem tais regras, as leis da arte, constituem crime, previsto e punível por este ramo do direito (cfr. nº2 do referido artigo) - o chamado ilícito penal.

¹⁷⁵ Previstos e regulados, tal como sucede relativamente aos seus direitos, na Lei de Bases da Saúde.

aos princípios da atividade administrativa do artigo 266, nº2 da CRP (igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade)¹⁷⁶. Note-se que os direitos dos utentes existem perante o hospital, e não perante o médico, nas palavras de SÉRVULO CORREIA¹⁷⁷.

A relação extingue-se com a cessação da prestação dos tratamentos. No caso do internamento, termina com a Alta (que é um ato administrativo), se após esta não houver lugar a consultas externas. Pode também terminar com o abandono por parte do utente, ou se este recusar os cuidados, ou ainda com a sua morte (aí, todavia, inicia-se uma nova relação jurídica administrativa, com os familiares)¹⁷⁸.

6.2. Do enquadramento na responsabilidade civil extracontratual do Estado: aplicação da Lei 67/2007 - a responsabilidade do hospital público e do médico como agente do Estado

Começamos por definir o âmbito geral de aplicação da Lei 67/2007, já referida anteriormente. Ela aplica-se a qualquer forma de atividade administrativa, da qual resulte o exercício de poderes de autoridade, a sujeição a princípios e normas de direito administrativo ou em caso de lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares. LUCAS MOREIRA aplaude o facto de este diploma legal não visar (ao contrário dos que lhe foram anteriores) proteger o Estado ou os seus titulares de órgãos, funcionários e agentes, prevendo a sua efetiva responsabilização¹⁷⁹. Aplaudimos tal também. Este regime estende-se a pessoas coletivas privadas que atuem no exercício de poderes públicos¹⁸⁰. Veio inovar, aplicando-se aos casos

¹⁷⁶ Cfr. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde*, op. cit., págs. 36 e seguintes.

¹⁷⁷ *Ibidem*, pág. 40.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pág. 45.

¹⁷⁹ Cfr. MOREIRA, Lucas Silva, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*, op. cit., pág. 63.

¹⁸⁰ Cfr. artigo 1º, nº5. Apesar da natureza jurídica dessas entidades ser privada, a competência para julgar caberá aos tribunais administrativos - cfr. artigo 4º, nº1, al. h) do ETAF. Note-se, porém, que os cuidados de saúde prestado em unidades privadas de saúde, mesmo que disciplinados pelo direito público, não constituem o exercício da função administrativa, para efeitos da responsabilidade - 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*, op. cit., pág. 47.

de culpa leve¹⁸¹ e de funcionamento anormal do serviço¹⁸² (conceito este que será melhor desenvolvido mais à frente). O legislador procurou, assim, cobrir todas as hipóteses de responsabilização do Estado¹⁸³. Saliente-se que este diploma legal é apenas aplicável quando estejam em causa atos de gestão pública¹⁸⁴.

Este regime difere do constante do CC. Este aplica-se, em princípio, aos casos em que não esteja em causa o exercício de poderes públicos ou a aplicação de normas e princípios de direito administrativo – sempre que estejam em causa particulares ou pessoas coletivas de direito privado que se rejam por regras jusprivatísticas. Em suma, sujeitos de direito privado a quem se apliquem normas deste mesmo ramo jurídico. Contudo, a Administração Pública pode agir segundo normas de direito privado, e, causando danos a outrem, a sua responsabilidade fica sujeita às regras do CC – mormente o artigo 501^o¹⁸⁵.

ALEXANDRA LEITÃO¹⁸⁶ critica o facto de na Lei 67/2007 constar o termo «responsabilidade civil», defendendo a utilização da expressão «responsabilidade patrimonial» (à semelhança do que sucede em Espanha), contudo tal não nos parece razoável, refutando o argumento por si utilizado de que se aludiria aos danos patrimoniais pelos quais a Administração responde. Isto porque, neste âmbito, não se atende apenas aos danos patrimoniais, pecuniários: os danos morais (da perda de alguém, do sofrimento que causou a perda de qualidade de vida associada a problemas de saúde) têm uma relevância muito acentuada. Aliás, são estes últimos os ressarcidos em maior número nos casos de responsabilidade civil extracontratual.

Ora, a relação jurídica em causa cabe nos âmbitos de aplicação objetivo e subjetivo da Lei 67/2007 (os hospitais são EPE, logo serão, para estes efeitos, pessoas coletivas de direito público)¹⁸⁷. Esta aplica-se, assim, a danos decorrentes de responsabilidade na prestação de cuidados de saúde no SNS (mas também a outros casos, como sejam os estabelecimentos hospitalares públicos com gestão privada, entidades privadas que sejam parte em PPP, profissionais de

¹⁸¹ Cfr. artigo 7º, nº1.

¹⁸² Cfr. artigo 7º, nº3.

¹⁸³ *Ibidem*, pág. 64.

¹⁸⁴ Cfr. VOUGA, Rui Torres, *A responsabilidade civil médica (decorrente de atos médicos praticados em hospitais públicos)*, *op. cit.*, pág. 15.

¹⁸⁵ «O Estado e demais pessoas coletivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários.»

¹⁸⁶ Cfr. LEITÃO, Alexandra, *Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilicitude e presunção de culpa*, *op. cit.*, pág. 2.

¹⁸⁷ Cfr. CAPELA, Maria Teresa Lopes, *O utente, o médico e o hospital - o busílis da ação de responsabilidade civil extracontratual*, *op. cit.*, pág. 14.

saúde com contratos individuais de trabalho ou outras formas de contrato ao serviço de estabelecimentos públicos)¹⁸⁸. Qualquer hospital público, seja qual for a sua forma jurídica, atua no exercício de prerrogativas de poder público e/ou exerce uma atividade regida por normas ou princípios de direito administrativo - logo, os atos médicos (ações ou omissões) praticados nesses estabelecimentos sê-lo-ão no exercício da função administrativa¹⁸⁹.

Note-se que, para estes efeitos, o médico que exerce funções num hospital público é tido como um funcionário público, ao serviço do Estado, que exerce uma atividade de gestão pública¹⁹⁰. No SNS, as regras de conduta são-lhe impostas - ele deve agir conforme e não as ignorar. O hospital, como entidade empregadora, também deverá ser responsabilizado¹⁹¹.

A Lei 67/2007 prevê requisitos de responsabilidade civil idênticos aos do direito privado¹⁹². São eles: facto, dano, nexo de causalidade, ilicitude e culpa. São pressupostos cumulativos - basta que não se preencha um deles para cair a responsabilidade extracontratual¹⁹³. Vamos analisá-los, um por um. Note-se que estamos no âmbito da responsabilidade subjetiva, ou seja, dependente da culpa do agente que lesa a esfera jurídica de outrem.

Começamos pelo facto: este deve ser voluntário¹⁹⁴ (advindo da vontade humana), e pode traduzir-se numa ação (do hospital, através de um ato, de um regulamento ou de uma operação material) - responsabilidade por ato positivo (decorrente do dever genérico de não lesar, com as suas ações, a esfera jurídica de outrem) - ou uma omissão (a falta de ação devida, por exemplo quando um doente que é vigiado não o é - responsabilidade *in vigilando* - ou a falta de administração de um tratamento - responsabilidade *in ommitendo*. Há, aqui, intrínseca a ideia da violação de um dever de garante). Ou seja, deverá, para efeitos de responsabilidade,

¹⁸⁸ Cfr. FARIA, Paula Lobato de, JARDIM, Sara Vera e COSTA, João Pereira da, *O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado - repercussões no sistema de saúde*, in «Revista Portuguesa de Saúde Pública», pág. 90.

¹⁸⁹ Cfr. VOUGA, Rui Torres, *A responsabilidade civil médica (decorrente de atos médicos praticados em hospitais públicos)*, *op. cit.*, pág. 17.

¹⁹⁰ Cfr. SIMÕES, Fernando Dias, *A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade civil*, *op. cit.*, pág. 15.

¹⁹¹ Cfr. SILVA, Joana Sofia Pinto de Paiva Vieira, *A responsabilidade civil médica - a óptica do paciente, enquanto consumidor*, *op. cit.*, pág. 22.

¹⁹² Mais especificamente do direito civil, sendo os que estão também plasmados no CC.

¹⁹³ A falta de um dos pressupostos não afeta o preenchimento de outros tipos de responsabilidade civil (a falta de ilicitude não prejudica que possa haver responsabilidade pelo risco ou por factos lícitos; a falta de culpa também não impossibilita a obrigação de indemnização, quando muito através da figura do enriquecimento sem causa).

¹⁹⁴ Não serão factos voluntários, para estes efeitos (como se percebe) os factos naturais e os atos reflexos ou praticados sob coação.

ser um ato em sentido próprio¹⁹⁵. Importa, aqui, perceber o que deve entender-se por ato médico. O STJ define-o como um «ato executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas»¹⁹⁶. Como referido anteriormente¹⁹⁷, o conceito de ato médico abrange não só os tratamentos administrados por um licenciado em medicina devidamente habilitado para o efeito, mas também atividades de investigação, de ensino e de diagnóstico/prognóstico. No entanto, para o nosso estudo, centramos a atenção nos tratamentos e cuidados médicos propriamente ditos.

Prosseguindo para o dano: trata-se da perda ou diminuição de uma vantagem, é um prejuízo que alguém sofre na sua esfera jurídica por mão de outrem e que é objeto de tutela jurídica. É necessário que este se produza para que o erro médico gere responsabilidade. Em termos gerais, são exemplos de danos gerados por erro médico a morte, doenças, incapacidades orgânicas ou funcionais, consequências ao nível psíquico ou social ou a frustração de um projeto de vida da vítima¹⁹⁸.

Vale, aqui, a distinção (feita pelo direito civil) entre danos patrimoniais (avaliáveis em termos pecuniários) e danos não patrimoniais (morais - não suscetíveis de avaliação pecuniária)¹⁹⁹, bem como entre danos emergentes (vantagens já existentes na esfera jurídica do lesado aquando da lesão, que se perdem) e lucros cessantes (um direito do lesado a um lucro, a um ganho futuro, que acabou por não se verificar - iria nascer na esfera jurídica do lesado se não tivesse ocorrido a lesão)²⁰⁰. A jurisprudência tem-se focado mais nos danos não patrimoniais, dizendo que são indemnizáveis o «sofrimento moral, incluindo dores, o dano estético, o desespero perante o futuro e o esforço acrescido que o lesado terá de fazer para coisas básicas

¹⁹⁵ Cfr. FONSECA, Gonçalo Correia, *Responsabilidade Administrativa à luz do paradigma da boa administração*, *op. cit.*, pág. 32.

¹⁹⁶ Cfr. PRINZO, Bruna Maia, *A prova da responsabilidade médica*, *op. cit.*, pág. 19.

¹⁹⁷ *Vide supra*: 3.

¹⁹⁸ Cfr. NUNES, J. Martins, *Da Responsabilidade dos Médicos Anestesiologistas - Dos diversos tipos de responsabilidade, formas de apuramento e instâncias decisórias. Consentimento informado*, pág. 28.

¹⁹⁹ Cfr. artigo 3º, nº3 da Lei 67/2007, que remete para o artigo 496º, nº1 do CC.

²⁰⁰ Temos ainda danos presentes (efetivamente ocorridos no momento em que a indemnização é fixada) e danos futuros (ainda vão acontecer, não existindo ainda no momento da fixação da indemnização) - *vide* artigo 564º, nº2 do CC.

do dia a dia como a deslocação»²⁰¹, bem como a sua tristeza e a sua angústia. A Lei 67/2007 contém uma cláusula geral de indemnização pelo sacrifício, para danos anormais e especiais²⁰².

Relativamente aonexo de causalidade, este consiste na imputação, em termos objetivos, do dano ao facto (voluntário). Adotamos, aqui, vinda do Direito Civil, a teoria da causalidade adequada, segundo a qual o dano é imputável ao facto quando, pela prática deste, fosse de prever, em condições normais, que aquele se verificasse²⁰³. Este é, diz a doutrina, algo difícil de provar.

Já no que toca à ilicitude²⁰⁴, esta configura-se num desvalor jurídico (um juízo de valor negativo) associado a uma dada conduta. Pode decorrer da violação de direitos subjetivos (direitos fundamentais, de personalidade, reais, familiares, de propriedade²⁰⁵. Principalmente os direitos de personalidade, como direitos absolutos, são os que se visa proteger mais) ou da infração de normas de proteção (interesses legalmente protegidos)²⁰⁶. A Lei 67/2007 prevê três modalidades de ilicitude: por ilegalidade (violação das *leges artis*²⁰⁷), por inobservância dos

²⁰¹ Cfr. Ac. do STA, processo nº 0793/09, citado por MARIA TERESA CAPELA - vide CAPELA, Maria Teresa Lopes, *O utente, o médico e o hospital - o busilis da ação de responsabilidade civil extracontratual*, op. cit., pág. 36.

²⁰² Veja-se o artigo 2º: «Para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.».

²⁰³ A doutrina adota a versão negativa desta teoria. Vale também para as omissões, sendo que neste caso é exigido um juízo de prognose (é feito pelo tribunal, mais concretamente pelo julgador, que se coloca na pele do agente lesante, numa perspectiva *ex ante*, ou seja, tendo tão-só em conta os dados existentes no momento da prática do ato lesivo. O juiz verifica, assim, se, com esses dados, a omissão - falta de ação - em causa seria apta a provocar a lesão daquele concreto bem jurídico). Em paralelo, os autores civilistas falam na chamada relevância negativa da causa virtual do dano (a causa virtual é o facto que o agente queria que tivesse provocado o dano, contudo este foi provocado antes pela chamada causa real - por exemplo, o autor queria envenenar mas a sua vítima foi morta antes por um tiro, disparado por outra pessoa). Entendemos não ser necessário a esta exposição um desenvolvimento aprofundado deste tema.

²⁰⁴ Cfr. artigo 9º, nº1 da Lei 67/2007: «Consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares **ou infringam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.**».

²⁰⁵ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral - Atividade Administrativa*, op. cit., pág. 487.

²⁰⁶ Em último caso, temos o instituto do abuso do direito, do artigo 334º do CC (quando nenhuma das outras modalidades de ilicitude funcionar - este é bastante geral, serve para todo e qualquer caso). No caso da responsabilidade médica, cremos que a ilicitude muito dificilmente se deverá ao abuso do direito (consubstanciará a violação de direitos subjetivos ou de regras/normas técnicas ou deveres de cuidado).

²⁰⁷ São *leges artis* as regras contidas: no Estatuto da Ordem dos Médicos, no Estatuto do Médico, no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, em leis específicas sobre ensaios clínicos, sobre recolha e transplante de órgãos, sobre exposição a radiações, sobre PMA, recomendações de organizações internacionais ou normas técnicas.

deveres objetivos de cuidado²⁰⁸ e por funcionamento anormal do serviço (exploraremos esta última modalidade mais à frente). Há, portanto, aqui, no dizer de MARCELO REBELO DE SOUSA²⁰⁹, um bloco de legalidade: o primeiro, a violação de normas, de diferentes hierarquias²¹⁰; o segundo, a violação de regras técnicas²¹¹; o terceiro, a violação de deveres objetivos de cuidado. Provada a ilicitude, presume-se a negligência médica²¹². Os tipos de ilicitude que merecem a nossa atenção serão a violação de deveres objetivos de cuidado e o funcionamento anormal do serviço. Mas um ato médico deixa de ser ilícito se for praticado com o consentimento do lesado, atuando este como causa de exclusão da ilicitude²¹³. Outra causa de exclusão será constituída pelos riscos associados ao exercício da medicina, área científica que tem as suas limitações e falhas (o que, portanto, acaba por atenuar a responsabilização do médico)²¹⁴. O profissional de saúde não tem de ser um deus que não comete erros, mas antes alguém limitado por uma ciência que não é absoluta, um ser humano que pratica uma arte que não é absolutamente infalível em todos os aspetos (e que, além do mais, está em constante evolução, e o que é verdade hoje pode já não sê-lo amanhã)...

Por último, no que tange à culpa, esta será a preterição, pelo agente, do padrão de ação exigido pela lei para pautar a sua conduta. Trata-se de um juízo de censura. Será o nexó que existe entre o facto e a vontade do seu autor, podendo revestir a forma de dolo (o agente tem a intenção de provocar o dano. Subdivide-se em dolo direto - o autor do facto danoso pretende à partida lesar outrem - e dolo necessário - se o lesante não tem a intenção primária de provocar

²⁰⁸ Este conceito é diferente do de *leges artis*, conforma salienta JOAQUIM OLIVEIRA. Ele define dever de cuidado como a «ação necessária e adequada para evitar a produção do resultado típico» - cfr. OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de, *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*, *op. cit.*, págs. 15 e 16.

²⁰⁹ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Direito administrativo geral*, Tomo III, Lisboa, D. Quixote, 2008, pág. 21, *apud* MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar, *A responsabilidade extracontratual do Estado e de seus agentes por decisões tomadas em situações de risco e incerteza: uma comparação entre Brasil e Portugal*, in «RDA - Revista de Direito Administrativo», Rio de Janeiro, v. 261, p. 89-113, set./dez. 2012, pág. 101.

²¹⁰ VIEIRA DE ANDRADE considera aqui abrangidas as normas internacionais e comunitárias - cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos*, in «Revista de Legislação e Jurisprudência», Coimbra, nº 3.951, jul.ago. 2008, pág. 365, *apud* MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar, MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar, *A responsabilidade extracontratual do Estado e de seus agentes por decisões tomadas em situações de risco e incerteza: uma comparação entre Brasil e Portugal*, *op. cit.*, pág. 101.

²¹¹ RODRIGO MASCARENHAS considera que serão regras técnicas as emanadas por associações profissionais, associações de empresas (de um certo ramo) e organizações internacionais (recomendações da OMS, por exemplo) - cfr. *ibidem*, págs. 101 e 102. Este conceito encontra-se, em parte, com o de *leges artis*.

²¹² A prova da ilicitude caberá ao doente (segundo a doutrina e a jurisprudência maioritárias).

²¹³ Apenas nos casos em que tal seja previsto e admitido por lei. Destarte, não é suficiente o consentimento por si só: a lei tem precedência, sempre.

²¹⁴ Cfr. MATOS, Filipe Albuquerque, *Responsabilidade civil médica - breves considerações acerca da prova da culpa*, *op. cit.*, pág. 118.

aquele resultado prejudicial, mas com a sua conduta dá-lhe forma: quer outro resultado, contudo, para o atingir, tem necessariamente - daí chamar-se dolo necessário - de causar aquele dano. Existe, ainda, o dolo eventual - o agente não produz o resultado danoso que era da sua vontade, mas conforma-se com o que acabou por ocorrer, que é distinto do que ele inicialmente previra. O que caracteriza, no fundo, o dolo em geral é a conformação do agente com os danos que vai causar) ou de negligência (violação, consciente ou não, de deveres de cuidado²¹⁵). Pode ser leve²¹⁶ ou grosseira²¹⁷. Também pode ser designada como mera culpa. Aqui o lesante não se conforma com o prejuízo que causou, ao contrário do que sucede no dolo). No caso da prática de atos ilícitos, não será necessário provar a culpa do seu autor²¹⁸. Para que o hospital seja responsabilizado, basta a negligência²¹⁹, sem que importe a sua modalidade (leve ou grosseira) - basta haver culpa leve do médico²²⁰. Já o médico apenas será responsável, em conjunto com o hospital, em caso de dolo ou negligência grave²²¹. Mas o estabelecimento hospitalar responde sempre, qualquer que seja a modalidade de negligência em causa. Isto porque a Lei 67/2007 prevê a hipótese de responsabilidade solidária²²² (quando há pluralidade de responsáveis, sendo-o neste caso o Estado e os seus agentes - o hospital e os seus profissionais de saúde. Se responderem ambos, o hospital exercerá, depois, direito de regresso²²³ sobre o profissional responsável, como forma de reaver o que aquele pagou ao lesado em sede de indemnização). No caso de o médico ter excedido os limites das suas funções, o hospital não será solidariamente responsável. Note-se que a culpabilização do hospital, como pessoa coletiva, depende sempre da conduta de quem lá trabalha - dos profissionais de saúde (uma pessoa coletiva não pratica

²¹⁵ Para aferir da violação dos deveres objetivos de cuidado, JOAQUIM OLIVEIRA defende que se utilize um modelo padrão dinâmico (ajustável conforme o caso concreto e os seus circunstancialismos) - cfr. OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de, *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*, *op. cit.*, pág. 16.

²¹⁶ Prevista no artigo 7º, nº1 da Lei 67/2007.

²¹⁷ Constante do artigo 8º, nº1 da Lei 67/2007.

²¹⁸ Cfr. artigo 10º, nº2 da Lei 67/2007.

²¹⁹ Um exemplo clássico e frequente de negligência médica é o do médico que, após realizar uma intervenção cirúrgica, se esquece de uma compressa dentro do doente, após a sutura.

²²⁰ Cfr. artigo 7º, nº1 da Lei 67/2007.

²²¹ Segundo o artigo 8º, nº2 da Lei 67/2007, os titulares de órgãos, funcionários e agentes respondem solidariamente com o Estado em caso de dolo ou negligência grave (ao contrário do regime anterior, em que a responsabilidade solidária se cingia aos atos ilícitos e culposos praticados com dolo). Neste caso, não é necessário provar a culpa do hospital ao ter contratado aquele médico (culpa *in eligendo*).

²²² O lesado pode exigir o ressarcimento dos danos por si sofridos a qualquer um dos responsáveis ou a todos em simultâneo (*vide* artigo 512º do CC).

²²³ O exercício do direito de regresso é obrigatório (MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS falam de um dever de regresso, verdadeiro dever jurídico - cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral - Atividade Administrativa*, *op. cit.*, pág. 502). Este apenas existe nos casos de negligência grosseira e fora do funcionamento anormal do serviço.

atos danosos, mas sim os agentes inseridos nessa organização). Apesar disso, o estabelecimento hospitalar pode ser responsabilizado sem que o sejam os profissionais que lá trabalham (quando estes tenham agido com negligência leve na prática de atos ilícitos e culposos). Por isso, vemos que há uma proteção do médico, pois o hospital será responsável em conjunto com este no que podemos dizer que é a maioria dos casos de conduta médica ilícita (assumimos que o médico não atua com dolo, com intenção de lesar direitos do paciente, a não ser em casos novelescos, onde podemos imaginar o médico com um intuito de matar o doente, por vingança...). Assim, tem o conforto de não ser demandado sozinho, sendo esta uma especificidade do regime aplicável aos profissionais de saúde que exerçam a sua atividade em estabelecimentos públicos de saúde.

Para a aferição da culpa devem ser considerados os deveres funcionais específicos, concretos de um funcionário que esteja a exercer a mesma atividade funcional do agente (está aqui o critério da responsabilidade funcional). Ela é apreciada segundo o critério do bom pai de família²²⁴, sendo-o em abstrato e em concreto (tendo em conta as circunstâncias de cada caso em concreto e a diligência que seria exigível àquele agente em específico). O critério é, então, o do funcionário/titular de órgão/agente médio²²⁵. A Lei 67/2007 prevê duas presunções de culpa (leve): pela prática de atos jurídicos ilícitos²²⁶ e pelo incumprimento de deveres de vigilância^{227 228}. Quanto a saber se estas presunções se aplicam aos casos de violação das *leges artis*, a doutrina diverge. PAULA BRUNO²²⁹ ou ANDRÉ DIAS PEREIRA²³⁰, por exemplo,

²²⁴ Segundo RUTE LOURENÇO, este será o critério a utilizar apesar de a Lei 67/2007 não prever especificamente tal (o seu artigo 10º, nº1 - onde está o critério de aferição da culpa - apenas contém a expressão «funcionário zeloso e cumpridor») - cfr. LOURENÇO, Rute Alexandra Vaz Gonçalves, *Responsabilidade pelo Risco das Infeções nos Hospitais*, op. cit., pág. 20. PAULA BRUNO subscreve este entendimento - cfr. BRUNO, Paula, *Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal. Erro em medicina*, op. cit., pág. 71. Por isso, o funcionamento da culpa à luz da Lei 67/2007 tem especificidades relativamente à lei civil - a doutrina refere que ela prevê uma responsabilidade funcional (pois não se atende ao homem comum, mas sim às qualidades concretas do agente que praticou o ato). O artigo 10º, nº1 contém uma conceção da culpa em abstrato.

²²⁵ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral - Atividade Administrativa*, op. cit., pág. 492.

²²⁶ Cfr. artigo 10º, nº2.

²²⁷ Cfr. artigo 10º, nº3, em analogia com os artigos 491º e 493º, nº1 do CC. Um exemplo de violação de deveres de vigilância poderá dar-se no caso de internamento de doentes psiquiátricos com doenças mentais.

²²⁸ Tanto uma como outra presunções são *iuris tantum*, portanto «caem» mediante prova em contrário. Para PAULA BRUNO, elas trazem alguma vulnerabilidade para o Estado e os seus titulares de órgãos, funcionários e agentes - cfr. BRUNO, Paula, *Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal. Erro em medicina*, op. cit., pág. 68.

²²⁹ Cfr. *ibidem*.

²³⁰ Cfr. PEREIRA, André Dias, *Responsabilidade civil: o médico entre o público e o privado*, op. cit., pág. 300. Diz ele que esta presunção de culpa leve aplica-se a atos jurídicos e não a atos técnicos (como são os atos médicos). De outra forma, acrescenta, estaríamos perante a responsabilidade contratual, do artigo 799º, nº1 do CC, algo que refuta.

consideram que não se aplicam. Consideramos que deverão aplicar-se, havendo uma lesão da esfera jurídica do doente, que seja ilícita, e mais ainda quando se violam deveres de vigilância.

Temos, ainda, a questão da prova da culpa: o ónus da prova cabe ao lesado, na responsabilidade extracontratual²³¹ - este deve demonstrar que o agente lesante agiu com culpa. Porém, a presunção de culpa leve faz inverter-se o ónus da prova, cabendo à Administração provar que agiu sem culpa²³². Nos casos de responsabilidade extracontratual ocorridos em hospitais públicos, a prova cabe ao doente. Esta solução é um pouco surreal: o paciente, que não é licenciado em Medicina nem exerce a profissão, ter de provar a responsabilidade do médico (tendo de dominar aspetos técnicos)... Contudo, este é o princípio geral do nosso ordenamento jurídico (quem é lesado por uma conduta ilícita de outrem deve provar o preenchimento dos requisitos da responsabilidade deste).

Ainda dentro da culpa, importa, por último, a ideia da culpa do serviço²³³, referida pela doutrina²³⁴: aqui, responde a pessoa coletiva sem que seja necessário apurar-se a culpa do titular de órgão, funcionário ou agente, a título individual (a chamada culpa psicológica). Fugimos, portanto, da responsabilidade subjetiva (que é a regra).²³⁵ Isto porque, no seio da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos, a lógica é de inserção numa unidade orgânica, na qual a responsabilidade de uma pessoa em concreto desvanece. Este conceito está ligado ao de funcionamento anormal do serviço. Entramos neste campo sempre que não seja possível imputar o dano a um agente em concreto, individualmente, bem como quando seria razoavelmente de exigir ao serviço uma conduta diferente, suscetível de evitar o dano que se produziu.²³⁶

²³¹ Cfr. artigo 487º, nºs 1 e 2 do CC.

²³² Cfr. artigo 344º do CC.

²³³ Cfr. artigo 7º, nºs 3 e 4 da Lei 67/2007. Surgiu na jurisprudência francesa, do *Conseil de l'État* (nela surgiu a *faute du service public*). Em Portugal, apareceu pela primeira vez no Ac. do STA de 17/06/1997. Também é chamada de dano anónimo. Segundo CARLOS CADILHA, ela pode ter duas modalidades: a culpa coletiva (deficiente funcionamento do serviço globalmente considerado) e a culpa anónima (proveniente de um comportamento de um agente em concreto, mas que não é possível identificar) - cfr. CADILHA, Carlos, *O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa*, op. cit., pág. 6.

²³⁴ Também a jurisprudência se lhe refere, já desde antes da entrada em vigor da Lei 67/2007.

²³⁵ JOAQUIM OLIVEIRA alude a um princípio de responsabilidade subjetiva (baseada na culpa do lesante) - cfr. OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de, *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*, op. cit., pág. 44.

²³⁶ Por exemplo, nos casos de danos decorrentes da manutenção, do funcionamento de equipamentos ou de uma deficiente organização estrutural do serviço em causa. MARCELO REBELO DE SOUSA dá o exemplo do doente hospitalizado para ser submetido a uma cirurgia «banal» que adquire, após a sua estada no hospital, sequelas graves - cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde, culpa do agente ou culpa da organização?*, in «Direito da Saúde e Bioética», AAFDL, Lisboa, 1996, págs. 155 e 156, apud CAPELA, Maria Teresa Lopes, *O utente, o médico e o hospital - o busílis da ação de responsabilidade civil extracontratual*, op. cit., pág. 40.

Note-se que nem sempre o funcionamento anormal do serviço²³⁷ origina uma obrigação de indemnização - apenas quando haja um comportamento que viole o Direito e seja suscetível de lesar algum interesse jurídico²³⁸. Para tal, há que avaliar a atuação do serviço, tendo em conta os padrões médios de resultado do artigo 7º, nº4 da Lei 67/2007²³⁹ ²⁴⁰. Assim, o hospital responderá, perante os seus utentes, independentemente de o dano por estes sofrido poder ou não ser imputado à culpa do médico (enquanto agente provocador daquele dano)²⁴¹. Diz PAULA RIBEIRO DE FARIA²⁴² que a responsabilidade por funcionamento anormal do serviço constitui uma «transição para uma lógica coletiva de responsabilidade, ao fazer responder o hospital, e o Estado, por factos, ou omissões, relativamente aos quais não é justo que seja o doente a sofrer as consequências, sendo certo que eles se deixam associar a uma divergência entre o cuidado prestado e aquele que deveria ter tido lugar, e que é possível proceder a um juízo de censura dos serviços por não terem mantido o padrão exigível dessa prestação». Realçam-se, nas suas palavras, o já referido conceito de culpa coletiva, bem como as ideias (também já faladas) de um juízo de censura (apesar de, aqui, este transcender o indivíduo como agente concreto) e de um padrão médio de resultado. É no facto de constituírem um juízo de censura de um comportamento que as culpas coletiva e individual se tocam.

²³⁷ É mais frequente nos casos de omissão.

²³⁸ Cfr. artigo 9º, nº2 da Lei 67/2007.

²³⁹ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, organização de Rui Medeiros, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, *apud* LOURENÇO, Rute Alexandra Vaz Gonçalves, *Responsabilidade pelo Risco das Infecções nos Hospitais*, *op. cit.*, pág. 19.

²⁴⁰ No mesmo sentido vai CARLOS CADILHA, que fala em *standards* de rendimento médio, segundo «as normas internas do serviço, os relatórios e índices de produtividade e quaisquer outros elementos de aferição, bem como dados comparativos com serviços congéneres» - cfr. CADILHA, Carlos, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas - Anotado, 2.ª Ed.*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 164 e 165, *apud* CAPELA, Maria Teresa Lopes, *O utente, o médico e o hospital - o busílis da ação de responsabilidade civil extracontratual*, *op. cit.*, pág. 41. E também MARIA JOSÉ MESQUITA, que se refere ao «comportamento normal», que se pode esperar da Administração moderna - cfr. MESQUITA, Maria José Rangel de, *Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente*, pág. 53.

²⁴¹ Salienta MÁRIO AROSO DE ALMEIDA que o hospital assumirá, direta e exclusivamente, a responsabilidade sempre que se verifique que o serviço, considerado no seu conjunto, funcionou de modo anormal (não funcionou de todo, funcionou tardiamente ou não cumpriu os padrões médios de resultado) - cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de, *nºs 3 e 4 - Artigo 7º - Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público*, in «Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas», Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pág. 218, *apud* CAPELA, Maria Teresa Lopes, *O utente, o médico e o hospital - o busílis da ação de responsabilidade civil extracontratual*, *op. cit.*, pág. 41.

²⁴² Cfr. FARIA, Paula Ribeiro de, *Os novos desafios da Responsabilidade Médica - entre uma responsabilidade fundada na culpa e a criação de novas vias de ressarcimento do dano*, in «Direito da Medicina, Eventos Adversos, Responsabilidade, Risco», coord. Maria do Céu Rueff, Lisboa, 2013, págs. 77 e 78, *apud* LOURENÇO, Rute Alexandra Vaz Gonçalves, *Responsabilidade pelo Risco das Infecções nos Hospitais*, *op. cit.*, pág. 18.

Existem, contudo, situações de mau funcionamento hospitalar que não são enquadráveis no funcionamento anormal do serviço, tais como danos originados pela falta de recursos (humanos, materiais ou financeiros)²⁴³. Esta figura parece-nos claramente trazer um favorecimento do utente lesado, ao poder responsabilizar-se o estabelecimento hospitalar por um mau funcionamento (prejudicial ao doente) que não advém de uma específica má conduta de um profissional de saúde - destarte, não tem de ser feita prova da culpa individual, que é difícil. Apesar de tudo, e mesmo que seja uma mera má organização, esta poderá trazer danos graves para a saúde do doente, danos esses que poderão até culminar na sua morte. Muitas vezes esses erros não vêm de um tratamento médico erroneamente feito.

A Lei 67/2007 alude ainda à chamada responsabilidade pelo risco. Ao contrário do que sucede no direito civil, esta modalidade de responsabilidade não tem carácter de exceção: está prevista e regulada por uma cláusula geral²⁴⁴. Esta prescinde do elemento culpa, sendo, por isso, uma responsabilidade objetiva (à semelhança da suprarreferida responsabilidade pelo risco). A doutrina diverge relativamente aos fundamentos deste tipo de responsabilidade²⁴⁵, contudo podemos afirmar que está relacionada com a distribuição dos riscos sociais - tem como fundamentos a teoria do risco²⁴⁶ e o princípio da igualdade. O Estado responde pelos danos provocados por atividades ou coisas especialmente perigosas, que estejam a seu cargo (responde de forma solidária com os titulares de órgãos, funcionários ou agentes que hajam provocado o dano²⁴⁷). Como saber se uma dada atividade é especialmente perigosa? MARCELO REBELO DE

²⁴³ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de, *n.ºs 3 e 4 - Artigo 7.º - Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público*, in «Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas», Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pág. 223, *apud* CAPELA, Maria Teresa Lopes, *O utente, o médico e o hospital - o busilís da ação de responsabilidade civil extracontratual*, *op. cit.*, pág. 41.

²⁴⁴ Vide artigo 11.º, n.º1: «**O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização.**».

²⁴⁵ É o que dizem MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS - cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, *op. cit.*, págs. 12 e 13, *apud* MOREIRA, Lucas Silva, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*, *op. cit.*, pág. 43.

²⁴⁶ Para MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, o artigo 11.º, n.º1 contém a chamada teoria do risco de autoridade e, indiretamente, as teorias da criação do risco (a responsabilidade pelo risco é afastada sempre que existir culpa do lesado ou de terceiro) e do risco-proveito (o risco é da pessoa coletiva e não dos seus agentes, pois é criado para a prossecução do interesse público, como atribuição daquela) - cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral - Atividade Administrativa*, *op. cit.*, pág. 504.

²⁴⁷ Sem prejuízo do exercício do direito de regresso por parte do Estado contra os seus agentes - cfr. artigo 11.º, n.º2 da Lei 67/2007.

SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS²⁴⁸ reconduzem ao conceito de perigo os que advêm de «circunstâncias especificamente atinentes à prossecução da atividade administrativa e que, por isso, não se verificam correntemente em atividades desenvolvidas por particulares ou em coisas que estejam na sua posse». Postulam ainda estes autores que o perigo deve ser analisado em concreto, tendo em conta o específico funcionamento do serviço, coisa ou atividade em causa. Contudo, CARLA AMADO GOMES²⁴⁹ vai no sentido oposto, defendendo que a análise do risco deve ser feita em abstrato. Note-se que aqui não atuam a ilicitude nem a culpa (ao contrário do que sucede na responsabilidade por atos ilícitos), bastando provar o nexo de causalidade (causalidade adequada). Coexistem, portanto, apenas o dano e o nexo de causalidade, e são admitidas causas de exclusão ou de modificação da responsabilidade²⁵⁰. No caso da prestação de cuidados de saúde, são exemplos de atividades, serviços ou coisas perigosos: as radiações provenientes das radiografias, as transfusões de sangue contaminado com o VIH, os ensaios clínicos com medicamentos de uso humano²⁵¹, a doação de órgãos entre vivos²⁵². Contudo, a doutrina aponta para a dificuldade em qualificar a atividade médica como especialmente perigosa²⁵³.

Quais os danos ressarcíveis na responsabilidade pelo risco? Aplica-se um princípio de ressarcimento da totalidade dos danos (patrimoniais e não patrimoniais, portanto).²⁵⁴ A Lei

²⁴⁸ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, op. cit., pág. 38, apud MOREIRA, Lucas Silva, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*, op. cit., pág. 82.

²⁴⁹ Cfr. GOMES, Carla Amado, *Textos diversos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Lisboa: AAFDL, 2010, pág. 92, apud MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar, MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar, *A responsabilidade extracontratual do Estado e de seus agentes por decisões tomadas em situações de risco e incerteza: uma comparação entre Brasil e Portugal*, op. cit., pág. 100.

²⁵⁰ Tais como a força maior, a culpa do lesado e a responsabilidade de terceiro - cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, op. cit., págs. 39 a 41, apud MOREIRA, Lucas Silva, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*, op. cit., pág. 82.

²⁵¹ Em que «o promotor e o investigador respondem, solidária e independentemente de culpa, pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo participante imputáveis ao ensaio» - cfr. artigo 15º, nº1 da Lei nº 46/2004.

²⁵² Em que «o doador tem direito a ser indemnizado pelos danos sofridos no decurso do processo de dádiva e colheita, independentemente de culpa, nomeadamente pelas despesas decorrentes da doação» - cfr. artigo 9º, nº2 da Lei 22/2007.

²⁵³ Cfr. SEABRA, Diana Antão, *O erro de diagnóstico e a chance perdida: a responsabilidade médica na era da tecnologia e dos cortes orçamentais*, op. cit., pág. 14.

²⁵⁴ Cfr. CADILHA, Carlos, *O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa*, op. cit., pág. 10.

67/2007 prevê a chamada indemnização pelo sacrifício²⁵⁵, para estes casos. ANDRÉ DIAS PEREIRA²⁵⁶ defende que esta deve aplicar-se também às vacinas do Plano Nacional de Vacinação.

Há três causas (cumuláveis) de exclusão/modificação da responsabilidade pelo risco: o caso fortuito/de força maior, a culpa do lesado²⁵⁷ e a responsabilidade de terceiro²⁵⁸.

Consideramos que toda a atividade médica é potencialmente perigosa, dado que pode trazer riscos para a saúde dos pacientes. Vamos na esteira de SÉRGIO CAVALIERI FILHO²⁵⁹, que alerta que a atividade médico-hospitalar é de alto risco, bem como na de BRUNA MAIA PRINZO, que reitera o facto de o risco da prática médica ser inegável, sob pena de estagnação da medicina (pois ficariam de parte as intervenções mais arriscadas e evasivas, advindo prejuízos graves para a saúde da população)²⁶⁰.

Quer a responsabilidade pelo risco, quer a responsabilidade por funcionamento anormal do serviço são caminhos novos, fora do campo corrente de responsabilização subjetiva de um agente em concreto. E é por eles que a jurisprudência tem enveredado.

Na responsabilidade médica, a responsabilidade subjetiva e a objetiva coexistem pacificamente. No nosso sistema, ao contrário de outros países (com um modelo de responsabilidade *No Fault*)²⁶¹, a conduta ilícita no seio de um hospital público poderá, como já visto, ser imputada a título quer objetivo, quer subjetivo (e não apenas uma responsabilidade isenta de culpa, sendo que o médico que atue dolosamente será responsabilizado, o que é justo. Não é o modelo do médico que nunca falha na sua atividade, que nunca responde nem falha).

No mundo dos cuidados médicos há um outro interveniente: as companhias de seguro. Em sede de indemnização, há doutrina a defender que se dividam os riscos com as seguradoras, por forma a diminuir a onerosidade que representa o ressarcimento dos danos²⁶². Seria um novo modelo de responsabilização, assente numa lógica de responsabilidade coletiva, onde aquelas

²⁵⁵ Cfr. artigo 16º : «O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.».

²⁵⁶ Cfr. PEREIRA, André Dias, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Imprensa da Universidade de Coimbra, pág. 34.

²⁵⁷ Quanto a estas duas, vide artigo 11º, nº1, *in fine* da Lei 67/2007.

²⁵⁸ Vide artigo 11º, nº2 da Lei 67/2007.

²⁵⁹ Cfr. CAVALIERI FILHO, Sérgio *Programa de responsabilidade civil*, São Paulo Atlas, 2012, págs. 419 a 425, *apud* SOUSA, Leila Cristiani Correia de Freitas e, *Responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, 2016, pág. 60.

²⁶⁰ Cfr. PRINZO, Bruna Maia, *A prova da responsabilidade médica*, *op. cit.*, pág. 26.

²⁶¹ É o caso da Suécia e da Nova Zelândia, por exemplo.

²⁶² Isto já se faz em países como a Finlândia, onde existem contratos entre o Governo e as seguradoras.

constituiriam um auxílio para suportar eventuais consequências desfavoráveis em termos patrimoniais. Isto parece-nos trazer burocratização, advinda da intervenção daquelas entidades num campo em que, à partida, tal papel não será essencial.

ANDRÉ DIAS PEREIRA²⁶³, em consonância com mais doutrina²⁶⁴, diz que este quadro legal protege o médico, quer ao nível substantivo, quer ao nível processual. Não há (refere o autor) um confronto direto entre o médico e o doente. Apesar disso, sustenta que esse contacto seria desvantajoso para ambas as partes (pois criaria um clima de desconfiança). Considera, contudo, este quadro positivo, numa perspetiva moderna do Direito da Medicina (novo ramo do Direito a nascer), pois permite atingir o escopo da responsabilidade civil, que é indemnizar os danos aos respetivos lesados.

Já RUTE LOURENÇO²⁶⁵ advoga que, no seio da prestação de cuidados de saúde em hospitais públicos, tendo em conta que existe um leque de variados intervenientes, não deverá ser apenas um o responsável pelos atos danosos aí praticados. Compreende-se, pois o estabelecimento hospitalar tem uma lógica organizativa de uma coletividade, em rede, de agentes atuantes. É, muitas vezes, difícil apurar a responsabilidade de uma pessoa em específico.

Posto tudo isto, como transpor para a vida do dia a dia? Sempre que ocorrer a lesão de direitos/interesses legalmente protegidos na prestação de cuidados médicos num hospital público do SNS, o lesado deverá intentar a correspondente ação de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, no tribunal administrativo competente, contra o estabelecimento hospitalar em causa (onde ocorreram os atos lesivos) e, em caso de dolo/culpa grave, contra o médico que praticou esses mesmos atos. É contra o Estado-Administração, personificado no hospital, que a litigância tem lugar - deixa-se o cânone tradicional da demanda de uma pessoa em concreto - o Estado, apesar de ter personalidade jurídica, não tem existência física.

²⁶³ Cfr. *ibidem*, pág. 35.

²⁶⁴ *Vide supra*, nota 184.

²⁶⁵ Cfr. LOURENÇO, Rute Alexandra Vaz Gonçalves, *Responsabilidade pelo Risco das Infecções nos Hospitais*, *op. cit.*, pág. 17.

7. Abordagem jurisprudencial

A jurisprudência no campo da prestação de cuidados médicos no SNS (portanto, relativa a casos de erros médicos ocorridos em hospitais públicos) não é muito vasta (talvez em parte devido às dificuldades probatórias do erro médico ou à confusão dos utentes relativamente a que instância se dirigirem²⁶⁶). Apesar disso, consideramos relevante fazer, nesta parte, uma aproximação prática a esta problemática. Muitos dos casos dizem respeito a partos ou cirurgias atribulados, que resultaram em danos graves e irreversíveis. A competência para julgar litígios relativos a responsabilidade médica em hospitais públicos do SNS pertence, como sabemos, aos tribunais administrativos. Todavia, as partes nem sempre acertam na jurisdição, indo muitas vezes (erroneamente) para os tribunais comuns.

Espelho desta problemática da jurisdição materialmente competente é o primeiro caso objeto da nossa análise²⁶⁷. Antes demais, diga-se que a definição da jurisdição competente para um dado litígio faz-se nos termos do estipulado no pedido e na causa de pedir. Tratou-se de uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra dois médicos inseridos num hospital público, erradamente intentada num tribunal comum²⁶⁸. Foi, também erroneamente, interposta apenas contra estes profissionais, não abrangendo o hospital como parte. Ora, o STA afirmou, nas suas conclusões (e sem surpresas) que os tribunais administrativos são os materialmente competentes para julgar ações judiciais relativas a relações jurídico-administrativas (segundo os artigos 212º, nº3 da CRP e 4º do ETAF). O âmbito da jurisdição administrativa é definido tendo em conta o objetivo (dirimir as ações relativas a relações jurídico-administrativas). Além disso, cabe aos tribunais comuns, por exclusão de partes, tudo o que não for inserível noutra jurisdição. *In casu*, o facto de o Hospital de Guimarães ter sido transformado numa sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos²⁶⁹ não interfere com a recondução das relações jurídicas no seu seio criadas à categoria das relações jurídico-administrativas (este estabelecimento hospitalar continuou integrado no SNS). A designação «sociedade anónima» induz em erro, à primeira vista, levando a pensar que a ação deveria seguir para um tribunal comum, de direito civil (pelo facto de as sociedades anónimas se regerem pelo direito privado). Porém, tal raciocínio é errado; aliás, a natureza jurídico-privada desta entidade consubstancia-se apenas

²⁶⁶ *Vide supra*: Introdução.

²⁶⁷ Cfr. Ac. do Tribunal de Conflitos de 02/10/2008, processo nº 012/08, relator Costa Reis.

²⁶⁸ A questão da incompetência material do tribunal comum foi suscitada pelos RR na contestação.

²⁶⁹ Assim como este, muitos outros estabelecimentos de saúde viram, há alguns anos, a sua natureza jurídico-organizativa alterada.

na sua gestão (natureza organizativa), não afetando o resto (continua vinculada ao SNS e a prosseguir as atribuições e os objetivos que já vinha levando a cabo até então). Continuou a prestar serviço público à comunidade, em prol da satisfação do interesse público (pela proteção do direito à saúde consagrado no artigo 64º da CRP), praticando atos de gestão pública (no exercício de prerrogativas de autoridade) e exercendo, assim, a função administrativa. Por tudo o que ficou exposto, concluímos que serão competentes os tribunais administrativos não quando a entidade em causa seja uma pessoa coletiva pública - esse não é o critério determinante - mas sim sempre que o sujeito de direito em questão atue no exercício de prerrogativas de poder público e segundo normas e princípios de direito administrativo.

Olhemos, agora, para um caso de erro médico numa cesariana. Neste primeiro caso²⁷⁰, o A veio a falecer, aos 11 anos de idade, na sequência de complicações no seu nascimento. Nasceu com um índice de Apgar²⁷¹ baixo. Durante a gravidez, não foi detetada nenhuma anomalia, nas ecografias realizadas. Além disso, em nenhum momento o Ph do feto foi medido, o mesmo sucedendo com os gases do escape fetal (o hospital não dispunha de meios para tal). A mãe do A deu entrada no hospital, na sala de partos, e a médica tentou realizar a rotação manual do bebé. Pediu à mãe que fizesse força, com o intuito de expulsá-lo, mas sem sucesso. Uma enfermeira, sob ordem da médica, realizou a manobra de Kristeller²⁷². Mais tarde, a médica tentou retirar o bebé com recurso ao fórceps²⁷³, mas novamente sem sucesso. Chamou outro médico, que com o fórceps conseguiu extrair o bebé. Foi internado nos Cuidados Intensivos de Neonatologia, pois tinha uma encefalia. Ficou com ventilação artificial, sofreu lesões e convulsões. De salientar que nunca houve acompanhamento médico da mãe desde que deu entrada no hospital até ao fim do parto, nem foi posta a hipótese de realizar cesariana para diminuir o sofrimento fetal (tendo-se contrariado as *leges artis* então em vigor, segundo as quais o sofrimento fetal agudo deve ser aliviado com a retirada imediata do bebé, através de cesariana ou,

²⁷⁰ Cfr. Ac. do STA de 10/09/2014, processo nº 0812/13, relator São Pedro. Tratou-se de um recurso para o STA, interposto pelos Hospitais da Universidade de Coimbra, da decisão do TAF de Coimbra.

²⁷¹ O índice de Apgar é feito ao bebé logo que nasce, no primeiro (para ver as condições de dentro para fora da barriga) e no quinto (para avaliar as condições já fora da barriga) minutos de vida. Tem como intuito averiguar a vitalidade e quais os primeiros cuidados a ter. Baseia-se em cinco critérios de avaliação: frequência cardíaca, respiração, tônus muscular, prontidão reflexa e cor da pele. O teste de Apgar tem como referência uma escala: a escala de Apgar (que varia entre 0 e 2, sendo as duas cotações atribuídas somadas para dar o índice de Apgar). APGAR é o acrónimo para Aparência, Pulso, Gesticulação, Atividade e Respiração.

²⁷² Esta técnica está obsoleta. Baseia-se na pressão da parte superior do útero: as duas mãos juntas sobre a parede abdominal, com os polegares para a frente. Realiza-se de cada vez que haja uma contração. Apesar de tudo, é perigosa e prejudicial. É visto com maus olhos pela OMS.

²⁷³ O fórceps é um instrumento cirúrgico (uma pinça arredondada, como que uma ventosa) que visa facilitar a passagem da cabeça do bebé pela vagina, no parto. Se não for corretamente utilizado pode gerar danos graves.

no caso de parto vaginal, com o auxílio de fórceps). Devido a toda esta falta de zelo, o feto veio a padecer de paralisia cerebral grave. Teve uma vida curta e vegetativa, sem conseguir comer sozinho, andar, falar, lavar-se, sem reagir a estímulos ou controlar as suas necessidades fisiológicas. Viveu sem qualidade de vida e em sofrimento permanente. Faleceu devido a complicações respiratórias.

Relativamente à matéria de direito: o STA considerou ter havido uma violação das *leges artis* (ao não ter-se optado imediatamente por realizar a cesariana), depreendendo, assim, o preenchimento do nexo de causalidade adequada (entre os atos ilícitos e os danos do bebé), da ilicitude (violação do dever objetivo de cuidado através da violação das *leges artis*) e da culpa. Contudo, disse que o hospital não deve ser condenado a ressarcir o dano morte, por não ter sido provado que esta tenha sido causada pelas lesões durante o parto. E é certo que tal não é linear. Parece-nos que o tribunal subsumiu bem os factos ocorridos aos pressupostos da responsabilidade civil. Mas e os médicos e enfermeiros? Responde apenas o hospital? Será um universo perfeito se responderem todos em forma solidária, tendo-se conseguido apontar quem realizou os atos médicos em causa (neste caso, inclui-se uma omissão médica, traduzida na não realização da cesariana quando devida).

No nosso segundo caso²⁷⁴, fugimos do panorama das cesarianas. Além disso, aqui não está em causa a apreciação do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos (facto/dano/nexo de causalidade/ilicitude/culpa), mas sim um erro de julgamento de direito, relacionado com a exceção de prescrição²⁷⁵ do direito a indemnização²⁷⁶ (na responsabilidade civil extracontratual por atos médicos ilícitos - neste caso, a questão da sua ilicitude está já assente, ultrapassada)²⁷⁷. Temos dois polos, dois lados: o do lesado, titular do direito à indemnização pelos danos que sofreu (neste caso, devido ao erro médico, na

²⁷⁴ Cfr. Ac. do TCA-Sul de 04/10/2018, processo nº 3108/12.6BELSB-A, relatora Ana Celeste Carvalho. Foi um recurso de apelação, para o TCA-Sul, de um despacho saneador do TAC de Lisboa.

²⁷⁵ A prescrição é a extinção jurídica de algo (neste caso de um direito) pelo decurso do tempo. O direito deixa de existir na esfera jurídica daquele que era o seu titular.

²⁷⁶ Cfr. COUTINHO, Juliana Manuela Alves Ferraz, *Sobre a prescrição do direito a ser indemnizado pela prática de atos médicos: quem espera nem sempre alcança – Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 4 de outubro de 2018, processo nº 3108/12.6BELSB-A*, in «Revista de Direito Administrativo, número especial/setembro'20», coord. Carla Amado Gomes e Tiago Serrão, AEFDUL Editora, págs. 71 a 75.

²⁷⁷ Salientamos este acórdão pelo facto de este afastar-se do que é corrente, a nível de jurisprudência sobre responsabilidade civil extracontratual por atos médicos - a discussão da verificação (ou não) dos pressupostos da responsabilidade civil - facto, dano, nexo de causalidade, ilicitude e culpa.

prestação de cuidados de saúde) e o do lesante, beneficiário da prescrição do direito à indemnização que assiste ao outro pólo. Naturalmente que o beneficiário da prescrição vai tentar que não tenha de ressarcir o seu titular pelo prejuízo que lhe causou.

Esta questão foi suscitada pelos RR²⁷⁸. A A, após um primeiro diagnóstico num hospital do SNS, e como os sintomas persistiram, dirigiu-se a outro estabelecimento hospitalar, onde foi internada e sujeita a cirurgia. E nesse segundo hospital tomou conhecimento do erro médico ocorrido no primeiro. Mas centremo-nos na matéria de direito: o TAC (de cuja decisão se recorreu - o tribunal *a quo*²⁷⁹) considerou que a contagem do prazo de prescrição do direito a indemnização se iniciou com a Alta da A (pois aí, diz, foi o momento em que a A teve conhecimento do direito que lhe assiste) e terminou com a interposição da ação. Relativamente ao prazo de prescrição do direito à indemnização (na responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas) reza o artigo 5º da Lei 67/2007, remetendo para o artigo 498º, nº1 do CC (que estatui um prazo prescricional de 3 anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento dos pressupostos da responsabilidade do lesante²⁸⁰). Paralelamente, o tribunal *a quo* (o TAC) ancora-se no artigo 306º do CC (aplicável aos casos de responsabilidade civil extracontratual enquadráveis no artigo 498º, nº1, também do CC) - ora, acontece que esta norma vale para os casos de impossibilidade originária de exercício do direito (à indemnização). JULIANA COUTINHO²⁸¹ considera que o tribunal *a quo* não interpretou de forma correta este artigo. Realmente não se entende o recurso a esta norma, quando deveria, para este caso de responsabilidade médica, ter sido utilizado o artigo 498º, nº1. Aí deixaria de relevar o momento em que a A teve Alta hospitalar para passar a contar o momento em que ela teve conhecimento do diagnóstico erróneo que a R (médica) lhe realizou (portanto, o conhecimento dos factos constitutivos da responsabilidade da lesante). Agora foquemo-nos na interrupção da prescrição (da contagem do prazo de prescrição do direito a indemnização): a contagem do prazo de prescrição é interrompida sempre que surja um facto, na lei, que torne inútil o tempo prescricional já decorrido (a ideia de superveniência - impossibilidade superveniente. É por este

²⁷⁸ Houve um intuito de impedir a A de exercer o seu direito (à indemnização, à compensação dos danos por si sofridos), fundando-se na prescrição do mesmo. É isto que está em análise neste caso, e não o esmiuçar da responsabilidade por atos médicos. No entanto, esta está intimamente ligada ao direito à indemnização, que dela nasce.

²⁷⁹ O recurso foi interposto pela R, médica (com o outro R e a seguradora, como partes não requerentes).

²⁸⁰ O prazo de prescrição do direito à indemnização pode ser interrompido, tendo em conta o que for suscitado na citação (o pedido e a causa de pedir) ou numa notificação judicial avulsa (cfr. artigos 219º, 256º e seguintes e 552º do CPC).

²⁸¹ Cfr. COUTINHO, Juliana Manuela Alves Ferraz, *Sobre a prescrição do direito a ser indemnizado pela prática de atos médicos: quem espera nem sempre alcança – Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 4 de outubro de 2018, processo nº 3108/12.6BELSB-A, op. cit., pág. 73.*

prisma que a aplicação do artigo 306º não se coaduna). Ora, a lei é taxativa no elenco de factos que possam estar na origem da interrupção da prescrição - serão apenas os vertidos nos artigos 323º a 325º do CC. A propositura de ação de responsabilidade civil extracontratual não é um facto interruptor do prazo de prescrição do direito à indemnização. Os casos de interrupção da prescrição do direito a indemnização estão plasmados no artigo 323º, nº1 do CC - esta dá-se com a citação ou notificação geral avulsa. Como são factos que surgem, portanto supervenientes, a impossibilidade originária do artigo 306º fica de fora e torna inadequado o recurso a essa norma, neste caso. Por isso, aplica-se o artigo 498º, nº1, e, para a interrupção da prescrição, importa o conhecimento, pelo seu beneficiário, da possibilidade e/ou da vontade que tem o titular do direito à indemnização em exercer este último.

Passemos, agora, para um caso de omissão médica²⁸². A ação (de responsabilidade civil por omissão de cuidados médicos) foi proposta contra um hospital - o Hospital Maria Pia²⁸³ (no Porto). É complexo, pois envolve uma multiplicidade de estabelecimentos e profissionais de saúde. A médica em causa tinha um contrato de seguro de responsabilidade civil profissional (com uma empresa interveniente no processo). Os AA interpuseram ação em representação do seu filho menor. Esta criança viveu normalmente e feliz durante o seu primeiro ano de vida. Começou a ser seguida num Centro de Saúde - o Centro de Saúde da Póvoa do Varzim, com um médico de família atribuído. A mãe levou uma carta do hospital onde a criança nasceu (o Maria Pia) para o médico de família, dizendo que fora solicitada uma consulta que não foi devidamente marcada. Isto porque, nesse hospital, foi posta a hipótese de laringomalácia²⁸⁴. A criança foi reenviada para o Maria Pia, para consulta. Passou a ser seguida no Hospital da Póvoa de Varzim. Foi tendo crises respiratórias constantes, dando entrada nas urgências. Teve, mais tarde, uma paragem cardiorrespiratória, dando entrada na urgência do Hospital da Póvoa do Varzim, tendo sido transferido para o Santo António. Entrou em coma, sendo assistido neste último estabelecimento hospitalar. Foi-lhe detetado um tumor (benigno) na laringe - uma papilomatose extensa, que lhe impedia a respiração normal. Foi transferido para Vila Nova de Gaia, onde sofreu várias intervenções cirúrgicas. Voltou para o Hospital de Santo António, onde ficou internado vários dias, em coma e com um grande sofrimento. Ficou a depender, o resto da vida, dos cuidados de uma terceira pessoa. Ficou provado que o Hospital Maria Pia tinha os

²⁸² Cfr. Ac. do STA de 13/03/2012, processo nº 0477/11, relator Políbio Henriques.

²⁸³ A ação foi inicialmente proposta no TAC do Porto.

²⁸⁴ A laringomalácia é uma alteração congénita da laringe, que a amolece, causando ruído na inspiração.

meios necessários para o diagnóstico, tratamento e cura (este não respondeu, também, a um pedido de observação que lhe fora dirigido por uma médica do Hospital da Póvoa do Varzim).

Ora, o tribunal *a quo* afirmou ter ocorrido uma violação das *leges artis*, sob a forma de uma omissão, e argumenta nesse sentido tendo em conta a tenra idade da criança (que não consegue expressar o que sente, e portanto daí requerer um acompanhamento mais profundo por parte da médica), bem como o facto de já ter havido suspeitas da médica relativamente a uma eventual doença do A, falta de interesse daquela nos efeitos da medicação neste, entre outros motivos. Diz ainda este tribunal que os papilomas na laringe, se atempadamente detetados, podem ser removidos sem sequelas. Resume a má conduta da médica: esta marcou consulta para um ano depois, sem ter investigado devidamente sobre a doença do A nem interesse na evolução da situação deste (indo contra as *leges artis*, portanto). Ficou, destarte, aquém do que era exigível a um médico razoável, responsável, zeloso, cumpridor.

Considerou o STA que age com culpa (violando o dever objetivo de cuidado) o médico cuja atuação fique aquém dos padrões exigíveis a um profissional médio. Referiu ainda a teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa (artigo 563º do CC). Acrescentamos: a conduta médica será ilícita por ter ficado abaixo do que seria esperado para salvar a saúde da criança em causa. Tratou-se de falta de ação devida. A médica em questão não agiu de acordo com o que faria um profissional de saúde zeloso e cumpridor.

Estes foram alguns exemplos de casos de responsabilidade médica ocorridos em hospitais públicos, onde foram explorados prismas diferentes desta temática. O foco maior nos acórdãos que encontrámos residia na definição do que se entende por *leges artis*. A grande questão, portanto, prende-se com o preenchimento do requisito da ilicitude, sob a veste da violação das leis da arte. E é, a bom ver, esta a origem da responsabilização - a desconformidade jurídica de uma dada conduta, que por tal é reprovada pelo Direito. Tanto assim é que, se o comportamento lesar um direito absoluto alheio mas não infringir normas técnicas, ele não merecerá censura e, conseqüentemente, não responderá o agente.

8. Considerações finais. Reflexão crítica

Neste final de percurso pelo tema da responsabilidade estatal pela prestação de cuidados de saúde no SNS, cumpre traçar-se uma reflexão. Tendo sido apenas muito recentemente alvo de atenção pela doutrina e pela jurisprudência, ainda assim não se trata de um tema novo. Por outras palavras: infelizmente, a sensibilização para a responsabilização por atos médicos ainda se encontra num estado embrionário.

A maioria dos casos de responsabilidade médica ocorre em hospitais públicos. Por este facto, aplicar-se-á o Direito Administrativo e o caminho será feito para os tribunais administrativos. Porém, o comum dos cidadãos não possui conhecimentos suficientes para que se aperceba, e portanto leva a ação (erradamente) para os tribunais comuns. Ao invés de efetuar a sua propositura contra o Estado, fá-lo contra o profissional de saúde em causa. Destarte, falta uma consciencialização para uma correta abordagem desta temática, no que toca às ações judiciais.

Paralelamente, sabemos que estamos no âmbito da responsabilidade civil, mais concretamente da responsabilidade civil administrativa, da qual nascerá uma obrigação de ressarcimento dos danos para aquele que os causou. Dentro da responsabilidade civil, poderão restar dúvidas acerca da modalidade a adotar: contratual ou extracontratual. Da nossa parte, cremos que o regime a aplicar à responsabilidade civil administrativa nos hospitais do SNS será o da responsabilidade extracontratual. Nesta relação jurídica não existe nenhum acordo escrito, nenhum contrato (pois as partes não têm liberdade de escolha dos moldes em que se dará a prestação dos cuidados médicos). Assim, não nascem deveres contratuais para as partes. Deste modo, não podemos aludir à violação dessas obrigações, mas sim à lesão de direitos de outrem.

O maior problema reside na prova - é uma tarefa complicada, a cargo do lesado. O dever que este tem de provar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade é assaz injusto. Não domina conhecimentos técnicos de medicina... Além do mais, a classe médica encobre muitas vezes as suas falhas... Um dos requisitos cuja prova se revela mais difícil é o nexo de causalidade (entre o facto e o dano). Provar que um dado ato médico foi idóneo para dar origem a um certo dano é uma cruz pesada. Importa o domínio técnico-científico da prática médica, que o cidadão comum não detém, à partida - tem de socorrer-se de peritos, o que é custoso. Falamos de especialistas médicos, note-se.

E é devido a estes e outros fatores que o número de ações de responsabilidade médica não é tão abundante quanto poderia pensar-se. A dúvida relativamente ao regime aplicável alia-

se à dificuldade probatória. O doente lesado tem de perceber por qual das modalidades de responsabilidade optar e ainda provar os seus requisitos...

Mas passando para a vertente da responsabilidade administrativa: será necessária uma correta apreciação e articulação para que o Estado e os seus agentes sejam devidamente responsabilizados. O regime da responsabilidade estatal - a Lei 67/2007 - acaba por proteger o médico, fazendo com que o hospital responda sempre, mas o profissional não. Desta forma, ele fica mais salvaguardado do que sucede no regime de Direito Civil. A grande maioria dos casos que chegam aos tribunais diz respeito a profissionais de saúde que exercem funções em hospitais públicos do SNS e que praticam atos ilícitos por negligência: o regime de Direito Administrativo aplicável coloca-os em vantagem relativamente ao estabelecimento hospitalar. Apesar disso, e de todas as dificuldades probatórias às quais já aludimos, a pretensão do utente fica satisfeita, pelo menos pelas mãos do hospital - como personificação do Estado. Diferentemente do que sucede no direito privado, há formas de responsabilização que transcendem a noção de uma pessoa concreta como responsável, o que dilui o aspeto da punição de um indivíduo determinado, deslocando o centro para a organização como um todo. Abre-se, deste modo, o leque de possibilidades para o lesado.

9. Bibliografia

Livros, artigos e dissertações:

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, 3ª edição, Almedina

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A justiça administrativa - Lições*, 16ª edição, Almedina

ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *A Ciência Jurídica Administrativa*, com a colaboração de Juliana Ferraz Coutinho, Almedina, 2016

ARAÚJO, Joana [et al.], *A problemática da responsabilidade individual na saúde pública em Portugal*, in «Revista Brasileira de Pesquisa em Saúde», Vitória, 21(2): 165-173, abr-jun 2019 (disponível em <https://periodicos.ufes.br/rbps/article/view/29089/20619> - consultado a 15/02/2021)

BRUNO, Paula, *Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal. Erro em medicina*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora e Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1ª edição, 2010

CADILHA, Carlos, O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa (disponível em https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/encontroscsm/06eacsm/6encontroscsm_carloscadilha2.pdf - consultado a 07/01/2021)

CAPELA, Maria Teresa Lopes, *O utente, o médico e o hospital - o busilis da ação de responsabilidade civil extracontratual*, com a orientação de Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2014. Dissertação de Mestrado (disponível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16610/1/O%20utente,%20o%20m%20c3%a9dico%20e%20o%20hospital_2014_MariaTeresaCapela.pdf - consultado a 11/11/2020)

CARVALHO, Maria Irene, *O serviço Social na saúde em Portugal e os desafios da Covid-19*, in «REFACS» (online), Out/Dez 2020, 8 (Supl. 3) (disponível em <http://seer.uftm.edu.br/revis-taeletronica/index.php/refacs/article/view/5028/pdf> - consultado a 06/06/2021)

CASCÃO, Rui Miguel Prista Patrício, *A responsabilidade civil contratual na prestação de cuidados de saúde em Portugal e Macau*, in «Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário» (disponível em <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/327/398> - consultado a 03/03/2021)

CORDEIRO, Ana Lúcia de Melo, *Responsabilidade Profissional: Recursos Humanos e Qualidade dos Cuidados em Enfermagem*, Lisboa: Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa, 2009. Dissertação de Mestrado (disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/12422312.pdf> (consultado em 27/11/2020)

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde*, in «Direitos Fundamentais & Justiça nº7 - abr. - jun. 2009» (disponível em <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/494/223> - consultado a 16/12/2020)

COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, 2018

COUTINHO, Juliana Manuela Alves Ferraz, *Sobre a prescrição do direito a ser indemnizado pela prática de atos médicos: quem espera nem sempre alcança – Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 4 de outubro de 2018, processo nº 3108/12.6BELSB-A*, in «Revista de Direito Administrativo, número especial//setembro'20», coord. Carla Amado Gomes e Tiago Serrão, AEFDUL Editora

FARIA, Paula Lobato de, JARDIM, Sara Vera e COSTA, João Pereira da, *O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado - repercussões no sistema de saúde*, in «Direito da Saúde, vol. 26, nº1 - janeiro/junho 2008» (disponível em <https://run.unl.pt/bitstream/10362/95299/1/08.pdf> - consultado a 25/11/2020)

FOLGADO, Bruno Miguel Marques, *O elemento da culpa em sede de responsabilidade civil médica*, com a orientação de Maria Olinda Garcia, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. Dissertação de Mestrado (disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/83865/1/O%20elemento%20da%20culpa%20em%20sede%20de%20responsabilidade%20civil%20m%20c%20a%209dica.pdf> – consultado a 10/04/2021)

FONSECA, Ana Margarida Nunes da, *A responsabilidade civil médica no âmbito da cirurgia plástica*, com a orientação de André Dias Pereira, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019. Dissertação de Mestrado (disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/90411/1/DM%20Ana%20Fonseca.pdf> – consultado a 26/11/2020)

FONSECA, Gonçalo Correia, *A Responsabilidade Administrativa à luz do paradigma da boa administração*, com orientação de Juliana Ferraz Coutinho, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017. Dissertação de Mestrado (disponível em - <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/109746/2/237522.pdf> - consultado a 06/10/2020)

GIL, Andreia, [et al.], *Carta ao Editor: O Papel dos Estudantes de Medicina na Pandemia de COVID-19 em Portugal*, in «Cartas ao Editor»: Acta Med Port 2020, Jun;33(6), 440-448 (disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/45799/1/Estudantes_Covid19.pdf - consultado a 27/01/2021)

- LEITÃO, Alexandra, *Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilícitude e presunção de culpa* (disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/artigo-responsabilidade2.pdf> - consultado em 20/05/2021)

LOURENÇO, Rute Alexandra Vaz Gonçalves, *Responsabilidade pelo Risco das Infecções nos Hospitais*, Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2019. Dissertação de Mestrado (disponível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/28685/1/RuteLourenco_Dissertacao.pdf - consultado a 07/11/2020)

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar, *A responsabilidade extracontratual do Estado e de seus agentes por decisões tomadas em situações de risco e incerteza: uma comparação entre Brasil e Portugal*, in «RDA - Revista de Direito Administrativo», Rio de Janeiro, v. 261, p. 89-113, set./dez. 2012 (disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/26981/8852-19344-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y> - consultado a 12/05/2021)

MATOS, Filipe Albuquerque, *Responsabilidade civil médica - breves considerações acerca da prova da culpa*, in *Responsabilidade civil em saúde. Diálogo com o Prof. Doutor Sinde Monteiro*, coord. André Gonçalo Dias Pereira, Filipe Miguel Albuquerque Matos, Javier Barceló Domenech e Nelson Rosenvald, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021 (disponível em http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Livro_SM_ebook.pdf - consultado a 17/06/2021)

MESQUITA, Maria José Rangel de, *Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente*, in *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*, coord. Fausto de Quadros, Almedina

MONGE, Cláudia, *A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde*, in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coord. Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, 5 de dezembro de 2012 (disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf - consultado a 23/02/2021)

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra Editora e Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003

MOREIRA, Lucas Silva, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português*, com a orientação de José Carlos Vieira de Andrade, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. Dissertação de Mestrado (disponível em <https://estudogeral.sib.ucp.pt/bitstream/10316/28531/1/Responsabilidade%20civil%20extracontratual%20do%20Estado.pdf> - consultado a 06/10/2020)

NUNES, J. Martins, *Da Responsabilidade dos Médicos Anestesiologistas - Dos diversos tipos de responsabilidade, formas de apuramento e instâncias decisórias. Consentimento informado* (disponível em http://rihuc.huc.min-saude.pt/bitstream/10400.4/1352/1/Responsabilidade_med_Anestes_Dr_JMNunes.pdf - consultado a 31/10/2020)

OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de, *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*, com orientação de Filipa Urbano Calvão, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2013- Dissertação de Mestrado (disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16792/1/Disserta%20c3%a7%20c3%a3o%20Belchior%20Monteiro.pdf> - consultado a 13/12/2020)

PEDRO, Rute Teixeira, *A perda de chance na responsabilidade civil médica - uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI*, in *Responsabilidade civil em saúde. Diálogo com o Prof. Doutor Sinde Monteiro*, coord. André Gonçalo Dias Pereira, Filipe Miguel Albuquerque Matos, Javier Barceló Domenech e Nelson Rosenvald, Centro de Direito Biomédico e Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021 (disponível em http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Livro_SM_ebook.pdf - consultado a 17/06/2021)

PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora e Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008

PEDRO, Rute Teixeira, *Da tutela do doente lesado – breves reflexões*, dezembro de 2008 (disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23920/2/49897.pdf> - consultado a 07/04/2021)

PEDRO, Rute Teixeira, *Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência*, in *Novos Olhares Sobre a Responsabilidade Civil*, CEJ, outubro de 2018 (disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ReponsCivil_2018.pdf - consultado a 20/08/2021)

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (disponível em https://eg.uc.pt/bitstream/10316/89350/1/Andre_Pereira_O%20Consentimento%20Informado%20na%20relac%cc%a7a%cc%83o%20Medico_Paciente_2003_Tese%20Mestrado.pdf – consultado a 30/11/2020)

PEREIRA, André Dias, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, in «Revista Portuguesa do Dano Corporal, dez. 2016, Ano XXV, n.º 27», Imprensa da Universidade de Coimbra (disponível em <https://digitalis-dsp.sib.uc.pt/bitstream/10316.2/43558/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20medica.pdf> - consultado a 16/12/2020)

PEREIRA, André Dias, *Responsabilidade civil: o médico entre o público e o privado*, in «HEINONLINE» (disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/boltdiuc89&div=12&id=&page=> - consultado a 25/11/2020)

PRINZO, Bruna Maia, *A Prova da Responsabilidade Médica*, com orientação de Isabel Alexandre, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017. Dissertação de Mestrado (disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32548/1/ulfd134460_tese.pdf -consultado a 27/11/2020)

ROSA, Paulo Jorge Ferreira, *A natureza jurídica da relação médico-paciente: o contrato de prestação de serviços médicos*, com orientação de Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012/2013. Dissertação de Mestrado (disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/23850/1/paper%20prest%20serv%20m%C3%A9dicos2.pdf> – consultado a 24/11/2020)

SANTANA, Rui [et al.], *A procura de serviços de urgência/emergência hospitalar: tendências durante o primeiro mês de resposta à COVID-19*, Escola Nacional de Saúde Pública, Univer-

TCA-Sul:

Acórdão do TCA-Sul de 04/10/2018, processo nº 3108/12.6BELSB-A, relatora Ana Celeste Carvalho (disponível em http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Livro_SM_ebook.pdf – consultado a 09/04/2020)

Acórdão do TCA-Sul de 06/06/2019, processo nº 2788/17. 0BELSB, disponível em <https://www.direitoe-mdia.pt/search/show/ab313e8751d884dfea52542922dc5471b33ac57a16676e5949c0336f3849d688> (consultado a 05/05/2021)

Tribunal de Conflitos:

Acórdão do Tribunal de Conflitos de 02/10/2008, processo nº 012/08, relator Costa Reis (disponível em <http://www.dgsi.pt/jcon.nsf/-/66680D64D61C64DC8025751400581C2C> - consultado a 17/12/2020)

STA:

Acórdão do STA de 13/03/2012, processo nº 0477/11, relator Políbio Henriques (disponível em http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Livro_SM_ebook.pdf – consultado a 06/03/2021)

Acórdão do STA de 10/09/2014, processo nº 0812/13, relator São Pedro (disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/92297cd78da6cc4380257d5d004b6215?OpenDocument&ExpandSection=1> – consultado a 08/12/2020)

STJ:

Acórdão do STJ de 31/01/2019, processo nº 3843/15.7T8CSC.L1.S1, relatora Maria da Graça Trigo (disponível em http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Livro_SM_ebook.pdf – consultado a 06/08/2021)

Legislação:

Decreto-Lei nº 47344, de 25 de novembro (de 1966), que aprova o Código Civil (disponível em <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/106487514/201703311258/73407037/diploma/indice> - consultado a 03/03/2021)

Decreto de 10 de abril de 1976, que aprova a Constituição da República Portuguesa (disponível em <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view> - consultado a 17/11/2020)

Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, que aprova o Código Penal (disponível em <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230100/indice> - consultado a 25/03/2021)

Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro, que aprova o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=418&tabela=leis – consultado a 13/01/2021)

Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, que aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas (disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/628004/details/maximized> - consultado a 15/10/2020)

Lei nº 41/2013, de 26 de junho, que aprova o Código de Processo Civil (disponível em <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/view> - consultado a 14/01/2021)