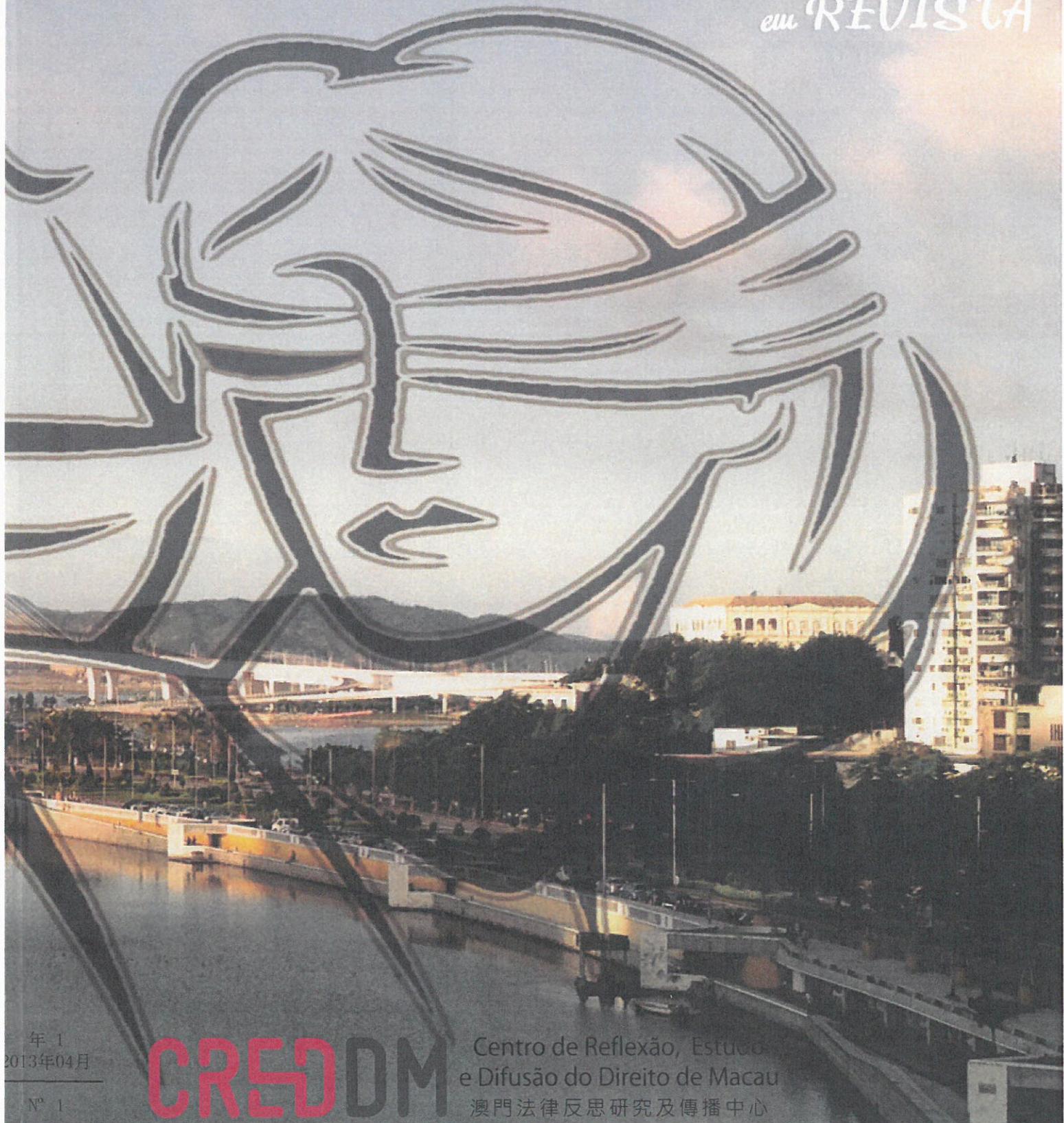


澳門雜誌 *Legisiuris*

Legisiuris de Macau

em REVISTA



年 1
2013年04月

№ 1

CREDDM

Centro de Reflexão, Estudo
e Difusão do Direito de Macau
澳門法律反思研究及傳播中心



O ACTO MÉDICO PERANTE O OLHAR JUDICIAL: BREVE APONTAMENTO À DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO N.º 218/211

Vera Lúcia Raposo

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
Centro de Direito Biomédico – vera@fd.uc.pt
Advogada-Consultora (Vieira de Almeida e Associados) – vlr@vda.pt

1. *Exercício privado da medicina: responsabilidade contratual ou extracontratual*; 1.1. *O contrato de prestação de serviços médicos*; 1.2. *A presunção de culpa do devedor*; 2. *Obrigação médica: de meios ou de resultado?*; 2.1. *Configuração da obrigação médica como obrigação de meios*; 2.2. *Presunção de culpa e obrigação de meios*; 3. *Ilicitude e culpa na responsabilidade médica*; 3.1. *Ilicitude como violação das *leges artis**; 3.2. *Culpa como violação do dever objectivo de cuidado*; 3.3. *A promiscuidade de conceitos*; 3.4. *A ilicitude e a culpa no caso concreto*; 4. *Consentimento informado do paciente*; 4.1. *Fundamento da exigência do consentimento informado*; 4.2. *Excepções à regra do consentimento informado*; 4.2.1. *Requisitos do consentimento informado*; 4.3. *Conteúdo do consentimento informado*; 4.3.1. *Informação relativa aos riscos*; 4.3.2. *Informação relativa a procedimentos alternativos*; 4.4. *Consequências da ausência de consentimento informado*; 4.5. *Ónus da prova do consentimento informado*; 5. *Particularidades do caso concreto*; 5.1. *O teste de identificação de alergias*; 5.2. *A escolha do método de realização da radiografia*; 5.3. *A execução da radiografia e subsequente reacção alérgica*; 5.4. *Obrigação de reenvio em caso de ausência de meios*; 5.5. *Diligência no tratamento da alergia*; 6. *Súmula*; *Bibliografia*

No processo n.º 218/2001 o Tribunal de Segunda Instância (TSI) da Região Administrativa Especial de Macau proferiu uma importante decisão em sede de responsabilidade civil médica, cuja relevância se prende principalmente com o facto de este ser um domínio ainda relativamente desconhecido dos tribunais macaenses.

Em traços largos o cenário que conduziu a semelhante decisão pode descrever-se nos seguintes termos: um paciente que sofria há vários anos de varizes crónicas na perna (e de outras patologias que fragilizavam o seu estado de saúde) dirigiu-se ao hospital Kiang Wu, onde era habitualmente seguido, para uma angiografia às pernas e subsequente tratamento às varizes, vindo a falecer na sequência (a questão do nexo de causalidade nunca esteve em dúvida no caso) de uma reacção alérgica ocorrida no decurso da referida angiografia, realizada pelo método de injeção de contraste.

Os familiares da vítima alegaram, essencialmente, que: i) o método de realização da angiografia pelo qual o hospital optou se revelava desadequado às particularidades do paciente; ii) que, optando pelo dito método, impunha-se um teste prévio de detecção de reacções alérgicas, que não foi feito; iii) ou que, tendo sido feito (os autores parecem estar na dúvidas quanto a este aspecto), se processou de forma errada. Com base nestes argumentos requereram, em nome do falecido, uma indemnização por danos não patrimoniais, e em nome próprio uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

O Tribunal Judicial de Base (TJB) começou por absolver a Ré hospital, mas a decisão proferida pelo TSI em sede de recurso culminou na sua condena-

ção¹. O que resulta da decisão judicial é que a Ré não logrou rebater a presunção de culpa que sobre si recaía na execução dos actos médicos, nem deu cumprimento à obrigação de consentimento informado.

Várias questões foram discutidas nesta decisão, de forma profusa e abrangente. Por conseguinte, o comentário que se segue procurará apenas complementar a discussão², e contribuir com novas perspectivas para este complexo domínio da responsabilidade civil³ e da delimitação da falta médica⁴.

1. Só nos poderemos pronunciar sobre as afirmações expedidas pelo TSI, dado que não temos acesso aos pareceres dos peritos médicos (nem sabemos se efectivamente existiram). Por conseguinte, remetemo-nos aos factos dados como provados pelo tribunal, ainda que não possamos deixar de questionar em que concretos factos terá o tribunal fundado algumas das suas conclusões.

2. Porém, há uma questão da qual não trataremos: a questão da titularidade da indemnização. Não porque seja desprovida de interesse, bem pelo contrário (a demonstrá-lo está inclusivamente o facto de ter sido objecto de uma declaração de voto), mas por razões de delimitação do tema da análise.

3. Ao longo deste estudo faremos referências conjuntas a preceitos dos ordenamentos jurídicos português e macaense, dada a similitude de conteúdos. Paralelamente daremos conta de alguma jurisprudência portuguesa e estrangeira, de modo a fornecer uma perspectiva mais global dos assuntos em discussão.

4. Várias vezes ao longo do presente comentário nos referiremos à expressão “falta médica”, sobre a qual já longamente nos debruçámos (Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico...*, p. 13/21), pelo que neste ensejo deixamos apenas a explicitação de que se trata de um comportamento (activo ou omissivo) do médico que se considere ilícito e culposo (o que o distingue, pois, do mero incidente adverso).

1. Exercício privado da medicina: responsabilidade contratual ou extracontratual

A primeira questão que se coloca ao abordar um pedido de indemnização cível refere-se ao enquadramento do pedido em causa no âmbito da responsabilidade contratual ou no da extracontratual, isto é, em identificar um suposto contrato que lhe esteja na base.

No caso do exercício da medicina tem-se sedimentado, como posição praticamente unânime, aquela que defende que o exercício privado da medicina (num consultório, clínica ou hospital privado) deve ser analisado nos termos da responsabilidade contratual, ao passo que a prática de actos médicos no contexto do Serviço Nacional de Saúde (hospitais públicos) já será analisada segundo as regras da responsabilidade extracontratual, mais propriamente, da responsabilidade extracontratual do Estado⁵.

Uma vez que a Associação de Beneficência do Hospital Kiang Wu é uma pessoa colectiva de direito privado deve o presente caso ser analisado segundo os ditames da responsabilidade contratual, como ficou firmado logo na primeira instância e corroborado pelo TSI.

1.1. O contrato de prestação de serviços médicos

Teoricamente o contrato em causa poderá ter sido celebrado entre o paciente e o hospital (pessoa colectiva) ou entre o paciente e um médico (pessoa singular), ou entre o paciente e os dois sujeitos referidos, configurando então uma estrutura triangular⁶. Não dispomos de dados suficientes para identificar a estrutura contratual existente no caso em análise, mas tudo indica que o contrato se terá celebrado entre o paciente e a instituição hospitalar, funcionando os médicos como seus comitentes, pois é assim que foi configurada a relação controvertida pelas partes, sendo posteriormente con-

5. Embora haja autores que, também neste ensejo, pretendem a aplicação do regime da responsabilidade contratual, invocando figuras como o contrato de adesão ou as relações contratuais de facto (Jorge Figueiredo DIAS, Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 48/50; António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas...*, p. 312), sobretudo alegando que a diferenciação de soluções jurídicas não encontra apoio na realidade fáctica, afinal comum a ambas as situações.

Esta tese tem também bastante acolhimento na jurisprudência italiana (cfr. Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, “Una Commedia degli Errori...”, p. 307, 308; UFFICIO DEL MASSIMARIO, “Responsabilità Sanitaria...”, p. 12/14), como se comprova pela decisão da Corte di Cassazione, 22/01/1999, n.º 589.

6. Analisando as várias estruturas possíveis dos contratos de exercício privado da medicina, Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico...*, p. 194/197.

firmada pelas instâncias judiciais que apreciaram o caso.

Trata-se de um contrato de prestação de serviços, no âmbito do qual o hospital (e, concomitantemente, os médicos) se obriga a um leque vasto e diversificado de prestações perante o paciente⁷. A principal dessas prestações consiste em fornecer a assistência médica necessária e adequada para prover à sua cura ou, pelo menos, à minoração do sofrimento que o ataca, empregando para tal os conhecimentos técnicos e os instrumentos disponíveis. Paralelamente obriga-se ainda a uma panóplia de obrigações que podemos apelidar de secundárias, mas que assumem uma importância crucial no cumprimento com êxito deste contrato, e cuja violação acarreta igualmente a concomitante responsabilidade civil (e, eventualmente, criminal): i) elaboração e conservação da ficha clínica do doente, de forma rigorosa e completa, registando todos os dados relevantes para a prestação dos melhores cuidados de saúde, a qual deve ser mantida pelo tempo que se considere necessário, e resguardada do acesso de terceiros, nomeadamente no que toda a dados pessoais do paciente, sobretudo dados genéticos e de saúde (mas obrigando-se igualmente a facultar ao paciente o acesso ao respectivo processo clínico sempre que este o requeira, ainda que com as limitações que sejam legalmente cominadas⁸); ii) fornecer ao paciente todas as informações relevantes acerca do seu estado clínico e, de seguida, obter o devido consentimento informado, nos termos que mais detalhadamente explanaremos nos pontos seguintes; iii) proteger os pacientes de perigos colaterais, tais como ataques de outros pacientes ou infecções nosocomiais⁹; iv) manter-se constantemente a par das mais recentes inovações técnicas e científicas, e preparar-se adequadamente antes de realizar qualquer intervenção; v) auto-avaliar as suas próprias capacidades e conhecimentos, escusando-se de intervir quando conclua que o acto médico em causa ultrapassa aquilo que pode e consegue fazer (salvaguardadas situações de urgência).

1.2. A presunção de culpa do devedor

No caso específico da responsabilidade médica os deveres que se impõem a cada uma das partes são praticamente os mesmos exista ou não um contrato¹⁰, com

7. Rute Teixeira PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, p. 74 ss.; Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico...*, p. 39 ss.

8. Cfr. Carla BARBOSA, “Aspectos Jurídicos...”, p. 107/140; André Dias PEREIRA, “Dever de Documentação...”, p. 9/24.

9. Sobre as infecções nosocomiais, Vera Lúcia RAPOSO, *Do Ato Médico...*, p. 268/271.

10. Neste sentido veja-se a decisão do Tribunal de Relação de Lisboa (TRL), de 22/03/2007, processo n.º 5177/2006-2.