

Processo n.º 34/2013.

Recurso jurisdicional em matéria cível.

Recorrente: D.

Recorridos: A, B e C.

Assunto: Responsabilidade civil extracontratual. Responsabilidade contratual. Ónus da prova na acção de responsabilidade civil médica. Informação e consentimento do paciente para realização de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico. Ónus da prova da informação e consentimento do paciente. Resposta conclusiva do tribunal colectivo. Artigo 549.º, n.º 4, do Código de Processo Civil.

Data do Acórdão: 13 de Novembro de 2013.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Song Man Lei e Sam Hou Fai.

SUMÁRIO

I - A responsabilidade civil por actos ou omissões na prestação de cuidados de saúde por entidades privadas, livremente acordada com o paciente tem natureza extracontratual e contratual.

II – O lesado pode accionar o médico ou o hospital privados com base na responsabilidade civil contratual ou extracontratual, correndo os riscos da sua opção.

III - Nas acções para efectivação da responsabilidade civil médica aplicam-se as regras gerais do ónus da prova, previstas nos artigos 335.º a 338.º do Código Civil.

IV - Para efeito da realização de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico do paciente, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave ofensa à saúde, física ou psíquica. Já não sobre os imagináveis e raros efeitos dos mesmos, ou sobre os efeitos não raros mas desprezíveis.

V - O consentimento tem de ser obtido pelo médico, pelo que tem de se entender que o ónus da prova de que recebeu o consentimento do doente cabe ao médico, como facto impeditivo do direito invocado pelo lesado.

VI - E também cabe ao médico provar que informou o paciente dos riscos do diagnóstico ou do tratamento.

VII – A utilização do advérbio “apenas” num quesito da base instrutória que perguntava se teste de Iodina de reacção alérgica foi feito *apenas* com 10% de Iodina é incorrecta porque conclusiva.

VIII - Na resposta do tribunal colectivo provado ao quesito anterior, o mesmo

advérbio “apenas” deve considerar-se não escrito, atento o disposto no artigo 549.º, n.º 4, do Código de Processo Civil.

O Relator,

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

**ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:**

I – Relatório

A, B e C intentaram acção declarativa com processo ordinário contra **D**, pedindo a sua condenação no pagamento de MOP\$1.695.620,00 e juros legais desde o trânsito em julgado da sentença, por danos patrimoniais e não patrimoniais por morte de **E**, marido da primeira autora e pai dos restantes autores.

A sentença absolveu a ré do pedido.

Recorreram os autores para o **Tribunal de Segunda Instância** (TSI), que, por Acórdão de 17 de Janeiro de 2013, revogando parcialmente a sentença, condenou a ré a pagar aos autores a quantia total de MOP\$1.300.000,00 e juros legais, sendo:

- MOP\$800.000,00, a título de indemnização pelo direito à vida da vítima, para os três autores;

- MOP\$200.000,00, a título de indemnização pelos danos não patrimoniais sofridos pela vítima, para os três herdeiros, os autores;

- MOP\$100.000,00, a título de indemnização pelos danos não patrimoniais sofridos pela viúva autora;

- MOP\$200.000,00, a título de indemnização pelos danos não patrimoniais sofridos pelos dois filhos da vítima, autores, metade para cada um.

Recorre a ré **D** para este **Tribunal de Última Instância**, formulando as seguintes **conclusões úteis**:

- O que resulta da decisão sobre a matéria de facto é que os técnicos de saúde da R. actuaram de forma lícita e em estrita obediência às *legis artis* médicas aplicáveis *in casu*.

- Optando, de entre os meios adequados possíveis, pelo meio de diagnóstico que consideraram o mais adequado em face do fim pretendido, a angiografia.

- Certificando-se que o historial clínico do paciente não obstava àquela escolha, porquanto o mesmo lhes garantiu que não padecia de quaisquer alergias, que já tinha sido submetido àquele tipo de exame médico e que o mesmo não lhe tinha provocado qualquer reacção alérgica.

- Informando-o com detalhe dos efeitos secundários da angiografia, inclusivamente do risco de choque anafiláctico e morte, dos exames de diagnóstico alternativos à angiografia e da obrigação que impedia sobre o paciente de informar os técnicos de saúde da R. de quaisquer alergias medicamentosas ou a substâncias de contraste.

- Obtendo o consentimento expresso do falecido para a realização da angiografia, reduzindo-o a escrito.

- Procedendo às diligências adequadas a evitar e anular a diminuta possibilidade de verificação de uma reacção alérgica ao líquido de contraste, mediante a realização prévia de um teste alérgico.

- Teste alérgico que foi administrado de acordo com as *legis artis* médicas, através de um comprimido composto por 10% de iodina, cujo resultado foi negativo.

- E, em face desse resultado negativo e da informação de que o paciente já tinha sido submetido a angiografias no passado e nunca tinha tido qualquer reacção alérgica à substância de contraste, procederam à realização da angiografia, que levaram a cabo de acordo com as *legis artis* médicas.

- Inversamente, os AA., sem surpresa para a R., não lograram fazer a prova dos factos vertidos nos quesitos 11º, 12º, 13º, 14º e 15º, que permitiriam enquadrar a actuação dos técnicos de saúde da R. como ilícita.

- Dada a falibilidade da ciência médica, os profissionais de saúde, em termos de responsabilidade médica, estão apenas obrigados a desenvolver prudente e diligentemente os actos médicos para a obtenção de um determinado efeito - que no caso em crise era um exame de diagnóstico sobre o estado das varizes do falecido -, a empregar nele todos

conhecimentos científicos existentes à data nesse exame e a agir segundo as exigências da *leges artis*. Mas, não se obrigam a garantir um determinado resultado - a cura -, ou a ausência de riscos nesse tratamento.

- Na responsabilidade contratual impende sobre o A. o ónus da prova dos factos constitutivos do incumprimento ou do cumprimento defeituoso da obrigação e, atenta a presunção de culpa plasmada no artigo 788º do CC, sobre o R. o ónus da prova de que tal incumprimento ou cumprimento defeituoso não procede de culpa sua.

- Porém, no âmbito da responsabilidade emergente de actos médicos, sendo a obrigação do médico uma obrigação de meios e não de resultado, o ónus da prova da culpa recai sempre sobre o lesado, tal como na responsabilidade extracontratual, como, de resto, tem sido entendimento da doutrina e da jurisprudência como demonstram os exemplos supra citados.

- *In casu* a presunção de culpa é absolutamente irrelevante e inoperante porque os AA. não fizeram prova de que os técnicos da R. tenham cumprido defeituosamente a obrigação de meios a que estavam adstritos, antes resultando dos factos assentes a total conformidade (objectiva) entre os actos praticados pelos técnicos de saúde da R. e as *leges artis* médicas vigentes em Macau à data dos factos.

- Os montantes atribuídos pelo Acórdão recorrido aos AA. a título de indemnização pelo direito à vida e a título de indemnização pelos danos morais sofridos pela vítima,

coincidentes com o montante máximo indemnizatório petitionado pelos AA., sempre deveriam ser equitativamente reduzidos.

- Tais montantes máximos foram fixados pelos AA. com base no pressuposto de que a morte do falecido foi precedida de duas horas de sofrimento, ao passo que o que foi dado como provado foi que a mesma foi precedida por apenas 10 minutos de sofrimento.

- Os AA. não fizeram, como lhes incumbia fazer, a prova de quaisquer danos morais por si sofridos, pelo que não estão verificados *in casu* os requisitos da obrigação de indemnizar, nada havendo a indemnizar a este título, devendo a R. ser totalmente absolvida quando a estes pedidos.

- Subsidiariamente, por mera cautela, sempre se dirá que a R. foi impedida de fazer a prova cabal de que os seus técnicos de saúde não actuaram com culpa e, assim, de ilidir a presunção de culpa plasmada no artigo 788º do CC., porquanto, não obstante ter reclamado em tempo do despacho saneador, não foram carreados para a base instrutória os factos por si alegados que, uma vez quesitados, lhe permitiriam fazer essa prova cabal, tendo visto, assim, coarctado o seu direito de defesa.

- O Despacho que decidiu a sua reclamação entendeu ser sobre os AA. que impedia o ónus da prova sobre a alegada responsabilidade civil da R., pelo que a matéria reclamada não se tratava de matéria relevante para a decisão da causa.

- Verificando-se ser distinto o enquadramento jurídico dado à presente questão pelo Tribunal recorrido, que o enquadra no âmbito da responsabilidade contratual, e em face da sua distinta repartição do ónus da prova, devem ser incluídos na matéria de facto os factos alegados pela R. que permitam fundamentar a decisão de direito.

- Assim, deve ser ampliada a decisão de facto mediante a inclusão na mesma dos factos alegados pela R. nos artigos 27.º, 28.º, 31.º, 32.º, 36.º, 37.º, 39.º, 41.º, 44.º, 45.º, 50.º, 51.º, 54.º, 60.º, 66.º, 67.º, 68.º, 70.º, 72.º, 73.º, 75.º, 76.º, 77.º, 78.º, 81.º e 82.º da sua contestação, fixado logo o regime aplicável ao caso em apreço, e mandada julgar novamente a causa no Tribunal de Segunda Instância, no que respeita ao matéria de ampliação, nos termos permitidos pelo artigo 650º do CPC.

II – Os factos

Os factos considerados provados pelos Tribunais de 1.^a e Segunda Instâncias, são os seguintes:

A Ré é uma pessoa colectiva de direito privado e utilidade pública administrativa devidamente registada na Direcção dos Serviços de Identificação de Macau sob o n.º XXX [alínea A) dos factos assentes].

A qual, devidamente habilitada pela Licença n.ºXX e Alvará n.ºXX emitidos pela

Direcção dos Serviços de Saúde de Macau, exerce actividade hospitalar no estabelecimento denominado “Hospital X”, sito na [Endereço (1)], em Macau [alínea B) dos factos assentes].

Através do qual presta serviços médicos e hospitalares em Macau aos paciente interessados, mediante retribuição dos serviços prestados pelo montante dos preços em vigor nesse Hospital [alínea C) dos factos assentes].

E em cuja actividade emprega sob sua autoridade e direcção os médicos e demais pessoal hospitalar necessário, nomeadamente os médicos radiologistas e enfermeira que intervieram nos factos, aludidos na matéria seleccionado nos factos assentes e na base instrutória [alínea D) dos factos assentes].

A 1ª Autora, titular do BIRM n.º XXXXXXXX(X), casou em 29 de Agosto de 1981 com E, titular do BIRM n.º X/XXXXXXX/X, ora sinistrado dos autos [alínea E) dos factos assentes].

Tendo do casamento nascido como únicos filhos, o 2º e 3º Autores: B e C, titulares dos BIRM n.º XXXXXXXX(X) e BIRM n.º XXXXXXXXX(X) respectivamente, e cujas fotocópias [alínea F) dos factos assentes].

E faleceu em 17 de Julho de 2004 [alínea G) dos factos assentes].

À data da morte e desde há longa data, o E sofria de varizes crónicas na perna, gastrite crónica activa e degeneração da espinha lombar [alínea H) dos factos assentes].

E para cujas vigilância e tratamento médicos era paciente do Hospital da Ré D [alínea I) dos factos assentes].

Em 16 de Julho de 2004, a vítima E foi ao Hospital, departamento de cirurgia, para verificação e tratamento das varizes da sua perna [alínea J) dos factos assentes].

A vítima tinha vários antecedentes patológicos que constavam dos registos no Hospital, nomeadamente as referidas varizes crónicas nas pernas, gastrite crónica activa, degeneração da espinha lombar [alínea K) dos factos assentes].

Os serviços de Saúde realizaram à autópsia da vítima, in Proc SML: 041/2004, Ref. Inq. 2094/2004 (Inq. N.º 6093/2004, do M.P.), cuja cópia de relatório aqui se dá por integralmente reproduzida [alínea L) dos factos assentes].

O centro de Avaliação de Queixas relativas a Actividades de Prestação de cuidados de Saúde dos Serviços de Saúde, na sequência de uma queixa apresentada pela 1ª Autora, Processo n.º XXX/CAQ/04, realizou um inquérito sobre o falecimento do seu marido, de cujo resultado consta na sua resposta n.º XXX/OUT/CAQ/04 dirigida à 1ª Autora, de cujo teor se dá aqui integralmente reproduzido [alínea M) dos factos assentes].

A morte do falecido foi objecto de investigação por parte do Ministério Público, no âmbito dos autos de Inquérito n.º 6093/2004, os quais foram arquivados por decisão de 20 de Setembro de 2005, de cujo teor consta da certidão junta aos autos a fls. 126, e que aqui

se dá por integralmente reproduzido [alínea N) dos factos assentes].

O falecido assinou o termo de consentimento junto aos autos a fls. 98, de cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido [alínea O) dos factos assentes].

Para verificar o estado das varizes, o médico cirurgião do Hospital da Ré, Dr. F, mandou tirar angiografia às pernas da vítima (resposta ao quesito da 1º da base instrutória).

A radiografia das varizes crónicas podia ser feita pelo método ultra-sónico, concretamente o designado Onda Ultra-sónica Cor tipo-B, mediante visualização ou filmagem directa (resposta ao quesito da 2º da base instrutória).

O qual não oferece perigo para a vida e saúde do doente (resposta ao quesito da 3º da base instrutória).

Ou ser feito pelo método de IODINA, mediante injeção de contraste e fotografia radio que permitia ver o estado das veias e varizes (resposta ao quesito da 4º da base instrutória).

O método da IODINA usa produto farmacológico OMNIPAQUE (resposta ao quesito da 5º da base instrutória).

O contraste com este produto pode provocar reacção alérgica (resposta ao quesito da 6º da base instrutória).

Pode matar o doente na proporção de 6/100.000 (resposta ao quesito da 7º da base instrutória).

É necessário testar previamente o produto no doente para se verificar se a reacção do doente ao produto permite ou não usar esse contraste e método (resposta ao quesito da 8º da base instrutória).

Para tanto, antes da injeção da quantidade OMNIPAQUE necessário ao contraste, é necessário proceder previamente ao referido teste de IODINA (resposta ao quesito da 9º da base instrutória).

Se o resultado do teste for negativo é que se pode executar a injeção com a quantidade necessária ao contraste (resposta ao quesito da 10º da base instrutória).

O Hospital e seus médicos e radiologistas escolheram o método da IODINA com uso do produto OMNIPAQUE (resposta ao quesito da 11º da base instrutória).

Depois de injectado o produto «Omnipaque 300mg/ml x 50 ml», pelo método da IODINA, na quantidade necessária ao contraste, este provocou no doente uma reacção alérgica (resposta ao quesito da 16º da base instrutória).

Que lhe causou a morte (resposta ao quesito da 17º da base instrutória).

Teste prévio de IODINA de reacção alérgica foi realizado por via oral (resposta ao

quesito da 18º da base instrutória).

E foi feito apenas com 10% de IODINA (resposta ao quesito da 18Aº da base instrutória).

Pela enfermeira G (resposta ao quesito da 19º da base instrutória).

E não foi eficaz na detecção de alergia (resposta ao quesito da 20º da base instrutória).

A morte da vítima foi antecedida de cerca de 10 minutos de sofrimento (resposta ao quesito da 22º da base instrutória).

Às 16:30, a vítima sentiu a boca e os quatro membros ficarem entorpecidos bem como ficou a suar profusamente (resposta ao quesito da 23º da base instrutória).

Foi aplicado ao doente máscara de oxigénio para respirar, infusão de fluido e injeção intravenosa de adrenalina ao mesmo tempo que levavam o doente para o serviço de emergência com máscara de oxigénio (resposta ao quesito da 24º da base instrutória).

Às 16:35, o doente entrou em letargia, parou de respirar por si próprio, pupilas alargadas a 5mm, sem reacção à luz e o electrográfico do coração a ficar ligeiro (resposta ao quesito da 25º da base instrutória).

Deram-lhe uma injeção intravenosa de 1mg de adrenalina e 3 choques eléctricos mas o bater do coração não estabilizou (resposta ao quesito da 26º da base instrutória).

Às 16:48 chegou o director do hospital e foi submetido a outros tratamentos (resposta ao quesito da 29º da base instrutória).

Às 18:46 desse dia 17 de Julho de 2004, o doente parou de respirar, ficou sem pulsação, pupilas alargadas para 7 mm, sem reacção à luz e clinicamente certificado como morto (resposta ao quesito da 30º da base instrutória).

Durante os primeiros 10 minutos desse processo de deterioração, a vítima ainda se encontrava consciente (resposta ao quesito da 31º da base instrutória).

À data da morte do marido, a 1ª Autora tinha 53 anos de idade (resposta ao quesito da 35º da base instrutória).

Antes de ordenar a realização da angiografia, o médico cirurgião F questionou o falecido no sentido de apurar se o mesmo era alérgico à substância de contraste ou a quaisquer outras (resposta ao quesito da 36º da base instrutória).

Tendo obtido do falecido a informação de que o mesmo não padecia de quaisquer alergias (resposta ao quesito da 37º da base instrutória).

Antes do injectar o produto «Omnipaque 300mg/ml x 50 ml», pelo método de IODINA, o falecido afirmou ao técnico de radiologia que já tinha sido submetido a exames de igual natureza em Hong Kong (resposta ao quesito da 40º da base instrutória).

E que os mesmos não lhe tinham causado qualquer reacção alérgica (resposta ao quesito da 41º da base instrutória).

A injeção da substância de contraste (omnipaque) foi administrada às 16 horas e vinte minutos do dia 17 de Julho de 2004 ao falecido (resposta ao quesito da 42º da base instrutória).

III – O Direito

1. As questões a resolver

A primeira questão a dilucidar é se estamos perante uma acção para efectivação da responsabilidade civil extracontratual ou contratual, para daí concluir a quem cabe fazer prova da culpa ou da falta de culpa, na actuação do lesante, neste caso dos empregados da ré que trataram o doente que veio a falecer.

Seguidamente, há que apurar se se provaram factos que demonstrem a ilicitude e a culpa dos médicos e demais profissionais, tanto na utilização dos meios de diagnóstico e no tratamento do doente, como na obrigação acessória de informação sobre as possíveis consequências do meio de diagnóstico e dos seus riscos.

Suposta a prova de que a ré, por meio dos seus agentes, praticou actos ilícitos e

culposos, importa apurar os danos sofridos pelo paciente e pelas pessoas com direito a indemnização.

Subsidiariamente, há que conhecer da questão da necessidade de ampliação da matéria de facto.

2. Responsabilidade civil extracontratual ou contratual

Como se disse, importa saber se estamos perante uma acção para efectivação da responsabilidade civil extracontratual ou contratual.

O exame de diagnóstico da vítima dos autos ocorreu num hospital privado.

No Acórdão deste Tribunal, de 18 de Janeiro de 2006, no Processo n.º 23/2005, publicado no Boletim Oficial, I Série, de 18 de Abril de 2006, uniformizámos jurisprudência no seguinte sentido:

“A responsabilidade civil por actos ou omissões na prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos tem natureza extracontratual”.

Nesse Acórdão fizemos as seguintes considerações:

“Trata-se de saber se a responsabilidade civil decorrente de factos que produzam

danos em utente de hospital público é regida pela responsabilidade contratual ou pela responsabilidade civil extracontratual.

Em teoria é fácil distinguir as duas formas de responsabilidade civil.

A extracontratual assenta na violação de deveres gerais de abstenção, correspondentes aos direitos absolutos, como o direito à vida ou o direito à integridade física.

A responsabilidade contratual resulta do não cumprimento dos deveres próprios das obrigações.¹

É sabido que, por vezes, o mesmo acto pode originar simultaneamente responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. É o caso do médico privado que, em intervenção cirúrgica, culposamente, provoca a morte do paciente. Incorre em responsabilidade contratual por violação da obrigação, do direito de crédito. Incorre em responsabilidade extracontratual por violação do direito absoluto à vida.

Nestes casos, como em outros semelhantes, discute-se qual o regime aplicável. Não sendo este o local para discussão aprofundada do problema, porque sem relevância directa para o nosso caso, sempre se dirá que se tem defendido (i) a possibilidade do lesado optar por um regime híbrido conjugando os aspectos mais favoráveis dos dois regimes, havendo,

¹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Almedina, 2003, Vol. I, 10.ª ed., p. 521 e 522.

por outro lado, (ii) quem defenda um ou outro dos dois regimes e, por último, aqueles que, como ANTUNES VARELA,² (iii) entendem que o lesado, autor da acção de indemnização, deve ter liberdade de agir, escolhendo um dos dois regimes, correndo o risco da opção que faça”.

Temos de aprofundar esta discussão na medida em que o caso dos autos é precisamente um daqueles em que a morte do paciente ocorreu num hospital privado.

Entre a vítima e o hospital foi contratada a prestação de serviços médicos de diagnóstico, com vista a possível cirurgia a varizes nas pernas. Em teoria, a sua morte pode representar incumprimento contratual e, portanto, este dar origem a responsabilidade civil contratual. Por outro lado, a mesma morte representou a violação do direito à vida, que pode fundamentar responsabilidade civil extracontratual.

Embora os dois regimes de responsabilidade coincidam em grande parte dos respectivos regimes, designadamente nos respectivos pressupostos, há áreas em que os mesmos regimes divergem. São estas, fundamentalmente, as seguintes³:

² ANTUNES VARELA, obra, edição e volume citados, p. 637. Sobre esta matéria, cfr., também, M. J. ALMEIDA COSTA, *O concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual*, em *Ab Uno Ad Omnes*, 75 anos da Coimbra Editora, 2003, p. 555 e segs., M. TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 136 a 159 e *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, in *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, p. 127 e 128 e A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão), p. 425 a 437.

³ M. J. ALMEIDA COSTA, *O concurso da responsabilidade...*, p. 556 a 559, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas...*, p. 428, incluindo a nota 980 e LUÍS MANUEL TELES DE

a) A culpa presume-se na responsabilidade contratual (artigo 788.º do Código Civil; todas as normas citadas sem indicação da fonte referem-se ao Código Civil vigente), mas não na responsabilidade extracontratual (artigo 477.º, n.º 1);

b) A responsabilidade extracontratual tem prazos de prescrição mais curtos (artigo 491.º) que o da responsabilidade contratual, que é o geral (artigo 302.º);

c) É diverso o regime da responsabilidade por actos de terceiro (artigos 789.º e 493.º);

d) Em caso de pluralidade de responsáveis na responsabilidade civil contratual só existe solidariedade se a obrigação violada tinha natureza solidária (artigo 506.º), enquanto na responsabilidade extracontratual o regime é o da solidariedade (artigo 490.º);

e) Na responsabilidade extracontratual pode ser graduada equitativamente a indemnização em caso de mera culpa (artigo 487.º) ou de responsabilidade pelo risco (artigo 492.º), o que a lei não prevê para a responsabilidade contratual;

f) Regras de conflitos diversas (artigos 40.º, 41.º e 44.º).

Vejamos, então qual o regime de responsabilidade civil aplicável à actividade médica privada.

De entre as teses possíveis para solucionar o problema, atrás mencionadas, não

MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, Vol. I, 3.ª edição, 2003, p. 286 e 287.

encontrámos nenhum autor que defenda ser aplicável no caso o regime da responsabilidade extracontratual, independentemente da vontade do lesado, autor da acção de responsabilidade.

Já a tese que entende ser aplicável sempre e só a responsabilidade contratual tem actualmente como defensor ALMEIDA COSTA⁴. Entende este Professor que ocorre um concurso aparente de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual, estando estas duas formas de responsabilidade numa relação de especialidade, pelo que o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual.

Mas esta solução é de rejeitar. Como afirma VAZ SERRA⁵, com o contrato se não exclui o dever geral de não ofender os direitos ou interesses alheios protegidos pelas regras da responsabilidade delitual.

O sistema da acção híbrida, em que o lesado pode escolher de entre os dois regimes, aquelas normas que mais lhe conviessem, assim compondo e criando um sistema híbrido, era a solução proposta por VAZ SERRA, embora com algumas ressalvas, nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, e tinha alguns seguidores no direito comparado⁶. O Código Civil não veio a acolher tal proposta.

⁴ M. J. ALMEIDA COSTA, *O concurso da responsabilidade...*, p. 559 e segs. e *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 12.^a edição, 2009, p. 546 e segs.

⁵ VAZ SERRA, *Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual*, Boletim do Ministério de Justiça n.º 85, p. 230.

⁶ VAZ SERRA, *Responsabilidade...*, p. 208 a 239.

Tem contra ela a circunstância de a lei não prever nenhum sistema híbrido, pelo que não pode ser uma parte, unilateralmente, a criá-lo.

Mas a tese que, de longe, reúne actualmente, a preferência dos autores é a que deixa nas mãos do lesado a escolha do regime, correndo o risco da opção que faça⁷.

Na verdade, o legislador do Código Civil de Macau, tal como o do Código Civil de 1966, não tomou partido na contenda doutrinal.

Ora, se o facto integra as duas formas de responsabilidade, face ao princípio dispositivo, é ao autor que cabe definir qual a causa de pedir da acção (artigo 5.º do Código de Processo Civil), alegando os factos que integram a mesma.

Como ensina LEBRE DE FREITAS⁸ é monopólio do autor a indicação dos factos principais que integram a causa de pedir da acção.

Logo, é o autor que alega o título jurídico no qual baseia a acção, também como decorrência do princípio da autonomia da vontade, correndo os riscos da sua opção.

Pois bem, os autores optaram pelo regime da responsabilidade civil extracontratual.

⁷ Entre outros, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, p. 637, CARLOS DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, reimpressão, 2003, p. 411 e 412, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas...*, p. 430, J. FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Boletim do Ministério de Justiça n.º 332, p. 40 e ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *A responsabilidade civil do médico*, Colectânea de Jurisprudência, Ano III, 1978, Tomo I, p. 345.

⁸ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 1996, p.130.

Esta conclusão decorre do facto de os autores, na petição inicial, terem invocado a disposições dos artigos 487.º e seguintes do Código Civil, que se referem àquela forma de responsabilidade civil. Não tendo invocado qualquer preceito atinente à responsabilidade contratual. O que também é confirmado pelas normas que os autores, na alegação de recurso para o TSI, entenderam ter a sentença de 1.ª instância violado. As dos artigos 480.º, 479.º, 477.º, e 493.º do Código Civil.

É, pois, o regime da responsabilidade civil extracontratual o aplicável à acção dos autos.

3. Obrigação de meios e obrigação de resultado

Relativamente aos cuidados médicos é tradicional a utilização da distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado. A actividade médica seria uma obrigação de meios e não de resultado na medida em que ela consistiria no emprego da melhor diligência possível, sem poder garantir a cura, isto é, o resultado.

Sem deixar de se reconhecer que, na generalidade das situações, o médico não se obriga a garantir um resultado, actualmente, diz-se que “Melhor será, segundo parece, qualificar essa obrigação como uma obrigação de risco ou de resultado aleatório, porque o médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou

conseguir uma terapia adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável. Ainda que o médico não possa responder pela obtenção de um resultado, ele é responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento”⁹.

Por outro lado, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹⁰ sublinha que “A distinção acaba pois por ser fonte das confusões ou imprecisões que pretenderia evitar, pelo que é preferível renunciar a ela e estabelecer o elenco adequado dos deveres, principais e acessórios, que incidem sobre o médico ou a unidade privada de saúde. O conceito de “obrigação de meios” poderá gerar afinal uma ideia injustificada de responsabilidade diminuída. Colocada no âmbito adequado, como consequência da violação da obrigação de tratar, a responsabilidade contratual do médico não deve ser colocada em plano de exigência menor do que o correspondente a qualquer outra obrigação.

Nos casos – raros – em que o médico se comprometa para além da obrigação de tratamento (por exemplo, em certas operações estéticas), o objecto do contrato, e portanto o objecto da prestação devida pelo médico, é uma predeterminada e acordada modificação no corpo humano, equiparável a uma obra. Mas esse compromisso só pode dar-se por assumido quando a interpretação do contrato conduza à conclusão de que o mesmo contrato insere uma cláusula com sentido diferente da (usual) obrigação de tratamento”.

⁹ M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o ónus da prova...*, p. 126.

¹⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os contratos civis de prestação de serviço médico*, in *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, p. 111 e 112.

As considerações antecedentes aplicam-se, ainda que não esteja em causa um contrato ou que o autor não tenha baseado a causa de pedir no contrato, como é o nosso caso.

4. Ónus da prova da negligência medica no âmbito da responsabilidade civil extracontratual

Nas acções para efectivação da responsabilidade civil médica aplicam-se as regras gerais do ónus da prova, previstas nos artigos 335.º a 338.º do Código Civil¹¹. E que são, fundamentalmente, as seguintes:

Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado (artigo 335.º, n.º 1).

A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita (artigo 335.º, n.º 2).

Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito (artigo 335.º, n.º 3).

¹¹ Neste sentido, M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o ónus da prova...*, p.130.

As regras anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine (artigo 337.º, n.º 1).

No âmbito da responsabilidade civil extracontratual todos os pressupostos da responsabilidade (facto, ilicitude, culpa, dano e nexó causal entre o facto e o dano) devem ser provados pelo lesado, autor da acção de responsabilidade, na medida em que são factos constitutivos do direito alegado.

Como breve parêntesis refira-se que, no âmbito da responsabilidade civil contratual dos médicos, certa doutrina entende não ter aqui aplicação a regra do artigo 788.º, segundo a qual se presume a culpa do devedor¹², face à natureza da obrigação do médico. Não interessa desenvolver o tema dado que no caso dos autos o regime é outro, como se viu.

Em suma, no caso dos autos cabe aos autores a prova da *ilicitude*, isto é, uma violação do dever objectivo de cuidado e a *culpa*, ou seja, um juízo de censura aos médicos e/ou a outros empregados da ré por terem adoptada a conduta que adoptaram, quando estariam obrigados a adoptar conduta diferente.

¹² M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o ónus da prova...*, p.137 e JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Studia Iuridica, Universidade de Coimbra, 1996, p. 225. Contra, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os contratos...*, p. 117 e 118, J. FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica...*, p. 45 e 46 e PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1968, p. 133 e 134.

5. A tese do Acórdão recorrido

O Acórdão recorrido considerou que os profissionais do hospital actuaram com negligência, em dois aspectos:

- Não foi integralmente cumprido o dever de informação que impendia sobre os médicos do hospital da ré, de esclarecer a vítima de que existia um outro método adequado ao mesmo diagnóstico, sem qualquer perigo para a vida e saúde do doente;

- Foi administrada uma dose ineficaz para a detecção da alergia ao iodo.

Abordemos as duas mencionadas vertentes da actuação do pessoal hospitalar.

6. Dever de informação e consentimento

Relativamente ao dever de informação ao doente que impende sobre os médicos, recordemos que, nos termos do artigo 151.º do Código Penal, para efeito da realização de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico do paciente, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave ofensa à saúde,

física ou psíquica.

O consentimento tem de ser obtido pelo médico, pelo que tem de se entender que o ónus da prova de que recebeu o consentimento do doente cabe ao médico, como facto impeditivo do direito invocado pelo lesado¹³.

E também cabe ao médico provar que informou o paciente dos riscos do diagnóstico ou do tratamento¹⁴.

Referindo-se aos termos do consentimento por referência a artigo do Código Penal português semelhante ao mencionado artigo 151.º do Código Penal de Macau, diz ORLANDO DE CARVALHO¹⁵ que “continuamos a entender que ele tem de ser precedido de uma conveniente elucidação sobre as consequências imediatas e mediatas da intervenção ou do tratamento, bem como sobre os riscos típicos que lhe andam ligados. Porém, já não sobre os imagináveis e raros efeitos dos mesmos, ou sobre os efeitos não raros mas desprezíveis”.

A vítima, antes de se submeter ao exame, prestou por escrito o seguinte consentimento:

“1. Consinto na realização da seguinte operação/procedimento de tratamento:

¹³ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004, p. 190.

¹⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento*, ... p. 195.

¹⁵ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3.ª edição, 2012, p. 213.

(Nome de) Operação e anestesia: **Angiografia do membro inferior direito**

2. Confirmando que o médico me explicou, em detalhe, a natureza e o objectivo da operação/tratamento supra referido, seus eventuais riscos e efeitos secundários, as operações/procedimentos de tratamento alternativos disponíveis e os respectivos riscos e efeitos secundários, bem como as eventuais consequências da não submissão à operação/procedimento de tratamento. Discuti também com o médico, tendo-me o mesmo respondido a todas as questões levantadas. Acresce que li as informações explicativas infra dos itens de tratamento e reconheço todo o teor transcrito nos itens de tratamento pelo médico durante a discussão, entendendo perfeitamente o assunto acima referido.

Explicação e discussão dos itens de tratamento

I. Explicação dos itens de tratamento:

Exame de angiografia especial

O exame de angiografia especial de raio x é feito com recurso a uma substância de contraste, cujo objectivo é permitir uma distinção explícita dos diferentes tecidos corporais, aumentando a exactidão do diagnóstico de doentes. A substância de contraste que o N. Hospital utiliza actualmente é uma substância de contraste nova e não iónica, sendo um produto seguro, raramente se verificando reacções adversas. Todavia, e tal como com outras substâncias de contraste, pode vir a produzir efeitos secundários. Para reduzir o risco de reacções adversas, qualquer doente que seja alérgico a algum medicamento ou substâncias de contraste, mulheres grávidas ou epiléticos, têm de comunicar tal facto ao médico imediatamente.

1.Efeitos secundários ligeiros: Pode verificar-se no momento de injeção calor,

náuseas, vômitos e erupções cutâneas em 3.3% dos casos.

2.As substâncias de contraste podem induzir exaustão de função renal, exaustão do coração, arritmia e tensão alta da artéria pulmonar, o que raramente sucede e apenas ocorre entre 0.1 a 0.7% dos casos. Ocorrem principalmente em exames a doentes em que se verificam mudanças patológicas de coração e de rins.

3. Podem causar espasmos e epilepsia a doentes com tumores cerebrais no exame de angiografia.

4.Raramente se verificam efeitos secundários graves aos doentes. As reacções alérgicas graves reflectem-se em hipotensão, choque, edemas na laringe e dificuldade de respirar em 0.03% dos casos. A percentagem de morte conduzida pelas reacções adversas graves provenientes das substâncias de contraste é relativamente baixa, cerca de 6/10000.

No decurso dos exames, os médicos estão sempre atentos à ocorrência de reacções adversas, administrando os devidos tratamentos. Caso ocorram reacções adversas graves, adoptam imediatamente as medidas de primeiro socorro. Portanto, o exame de angiografia é ainda uma técnica radiográfica relativamente segura e útil, sendo frequentemente utilizada nos tratamentos clínicos. Antes de proceder ao exame, os trabalhadores de Radiologia e Patologia deverão reconfirmar.

II. Discussão: ---”.

A tese do Acórdão recorrido é a de que não se pode concluir que o paciente foi informado da existência de outro método sucedâneo, sem risco para a saúde. E que mesmo que não estivesse disponível no hospital dos autos, não quer dizer que não estivesse

disponível em outros estabelecimentos hospitalares de Macau ou em outra parte do mundo.

Discorda-se desta apreciação.

Antes de mais, consta do documento assinado pelo paciente que “o médico me explicou, em detalhe, a natureza e o objectivo da operação/tratamento supra referido, seus eventuais riscos e efeitos secundários, as operações/procedimentos de tratamento alternativos disponíveis e os respectivos riscos e efeitos secundários”.

Mesmo que não tivesse sido explicada a existência de outros meios de diagnóstico alternativos, afigura-se-nos que não era obrigação dos médicos explicarem ao doente tratamentos disponíveis noutros lugares ou em outra parte do mundo. Estava em causa um exame para cirurgia a varizes de uma perna, que é uma intervenção corriqueira em qualquer hospital minimamente apetrechado. Para este efeito, ninguém vai ao outro lado do mundo para fazer cirurgia a varizes. Claro que, mesmo uma intervenção banal, tem os seus riscos. No caso dos autos o risco era mínimo, já que pode ocorrer choque anafilático em 6/100.000. Mas também uma simples picada de abelha pode produzir o mesmo choque e a morte, como se sabe.

Em relação a qualquer meio de diagnóstico estão sempre em causa três ordens de considerações: o risco-custo-benefício.

Certamente, que ninguém vai fazer cirurgia às varizes das pernas ao outro lado do

mundo, atentos os riscos envolvidos, os custos e os benefícios.

E o risco da angiografia era baixo e, como se verá, de seguida, foi testada a reacção alérgica do doente, que foi negativa, além de que ele informou o médico que já tinha realizado exame semelhante.

Em conclusão, os médicos deviam informar o paciente dos riscos envolvidos no exame. Fizeram-no. Parece-nos que cumpriram o seu dever de informação e que o paciente deu o seu consentimento informado.

7. Teste para detecção de alergia ao iodeto de potássio. Negligência.

O Acórdão recorrido considerou que os profissionais do hospital actuaram com negligência, na medida em que foi administrada uma dose ineficaz para a detecção da alergia ao iodo.

Nesta matéria, o Acórdão recorrido incorreu em três tipos de erro na avaliação da matéria de facto.

i) Em primeiro lugar, esta conclusão (que foi administrada uma dose ineficaz para a detecção da alergia ao iodo) não encontra suporte nos factos provados.

O quesito 18.º da base instrutória perguntava:

“O supra aludido prévio teste oral de reacção alérgico foi realizado?”

O Tribunal Colectivo respondeu:

“ Provado que teste prévio de Iodina de reacção alérgica foi realizado por via oral”.

O quesito 18.º-A da base instrutória perguntava:

“E foi feito apenas com 10% de Iodina?”

O Tribunal Colectivo respondeu:

“Provado”.

Bom. Antes de mais a utilização do advérbio “apenas” no quesito 18.º-A da base instrutória foi incorrecta. Não devia ter sido feito, porque conclusivo. A pergunta devia limitar-se a perguntar se o teste foi feito com 10% de Iodina. Se os autores entendiam que a dose foi insuficiente teriam de ter alegado qual a dose correcta e eficaz para detectar alergia. Alegar “apenas” não é nada. É o mesmo que omitir a questão.

O Tribunal Colectivo ao responder à pergunta devia ter suprimido o advérbio “apenas” por ser conclusivo e não terem sido alegados factos com vista a averiguar a dose correcta. Violou o disposto no artigo 549.º, n.º 4, do Código de Processo Civil, segundo o qual se têm por não escritas as respostas do tribunal colectivo sobre questões de direito e as dadas

sobre factos que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados por documentos, confissão ou falta de impugnação.

Como opinam J. LEBRE DE FREITAS, A. MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO,¹⁶ a propósito de norma semelhante do Código português, “às conclusões de direito são assimiladas, por analogia, as *conclusões de facto*, isto é, os juízos de valor, em si não jurídicos”.

Assim, considera-se não escrita a palavra “apenas” na resposta ao quesito 18.º-A.

Mas mesmo que a palavra constasse da matéria provada daí não se poderia retirar que o teste foi incorrectamente realizado, pois em nenhum lugar se deu como provado qual a percentagem correcta de iodina para o fim em vista.

ii) Em segundo lugar, o TSI, no exame desta questão, omitiu os seguintes factos relevantes que foram considerados provados:

Antes de ordenar a realização da angiografia, o médico cirurgião F questionou o falecido no sentido de apurar se o mesmo era alérgico à substância de contraste ou a quaisquer outras (resposta ao quesito da 36º da base instrutória).

Tendo obtido do falecido a informação de que o mesmo não padecia de quaisquer

¹⁶ J. LEBRE DE FREITAS, A. MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra Editora, Volume 2.º, 2.ª edição, 2008, p. 637 e 663.

alergias (resposta ao quesito da 37º da base instrutória).

Antes do injectar o produto «Omnipaque 300mg/ml x 50 ml», pelo método de IODINA, o falecido afirmou ao técnico de radiologia que já tinha sido submetido a exames de igual natureza em Hong Kong (resposta ao quesito da 40º da base instrutória).

E que os mesmos não lhe tinham causado qualquer reacção alérgica (resposta ao quesito da 41º da base instrutória).

iii) Em terceiro lugar, e de outra banda, o Acórdão recorrido também não valorizou dois factos alegados pelos autores (levados aos quesitos 13.º e 14.º da base instrutória) que **o Tribunal Colectivo julgou não provados**, que foram os seguintes:

13.º

O teste oral é um teste mais indirecto, menos eficaz e menos seguro na averiguação da reacção?

14.º

O teste oral encontra-se praticamente em desuso, excepto nos casos em que o médico tenha razões seguras para dispensar a prudência do teste da injeção?

Todos estes factos provados e não provados conjugados – incluindo aquele que assegura que o teste de detecção de alergia foi realizado e deu negativo - levam à conclusão de que não se provou *ilicitude*, isto é, uma violação do dever objectivo de cuidado nem

culpa, isto é, um juízo de censura aos médicos e/ou a outros empregados do hospital da ré, na decisão e no acto de administração do teste alérgico.

Claro que há questões de facto que não ficaram esclarecidas, fundamentalmente:

O teste foi mal feito? Ou o mesmo foi executado segundo as regras da medicina e da farmacologia?

A alergia aconteceu por factores imprevisíveis e impossíveis de detectar?

Porque é que o teste realizado não detectou a alergia do paciente?

A falta de esclarecimento deve-se, em parte, à circunstância de as partes não terem alegado aqueles factos pertinentes.

Em conclusão, não se fez prova nos autos de dois dos pressupostos da responsabilidade civil do hospital, a ilicitude dos actos médicos e a culpa dos agentes.

Logo, impunha-se a absolvição do pedido, como se julgou em 1.^a instância.

Está prejudicado o exame das restantes questões suscitadas.

IV – Decisão

Face ao expendido, concede-se provimento ao recurso e revoga-se a decisão recorrida, para ficar a subsistir a de 1.ª instância que julgou improcedente a acção e absolveu a ré do pedido.

Custas dos recursos pelos autores.

Fixam de honorários ao Ilustre Patrono da 1.ª autora, pela intervenção no presente recurso, a quantia de MOP\$7.000,00 (sete mil patacas).

Macau, 13 de Novembro de 2013.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator) – Song Man Lei – Sam Hou Fai