

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE

FACULDADE DE DIREITO

GILBERTO BOGAIO CONSTANTINO

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERROS DOS MÉDICOS
TRADICIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO**

NAMPULA

2022

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE

FACULDADE DE DIREITO

GILBERTO BOGAIO CONSTANTINO

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERROS DOS MÉDICOS
TRADICIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO**

Tese a ser apresentada no Departamento de
Doutoramento, na Faculdade de Direito da
Universidade Católica de Moçambique, como
requisito para obtenção do grau de Doutor em
Direito Privado.

Orientador: Prof. Doutor Melquisedec Graciano
dos Santos Félix Pedro Muapala

NAMPULA

2022

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, porque sem eles
não seria; aos meus irmãos,
porque com eles sou mais um
pouco.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela certeza de sua existência em todas as coisas. À minha esposa, por todo apoio e pela paciência em dividir nossos primeiros anos de vida marital com esse trabalho. Aos meus pais, pelo dom da vida, pelo amor incondicional e pelo incentivo ao longo dos anos. Aos meus irmãos, e as minhas filhas, pelo apoio em todas as horas. Aos familiares e amigos que, de alguma forma, contribuíram para este trabalho.

Ao meu orientador, Professor Doutor Melquisedec Muapala, por ter aceite este trabalho, pelo exemplo de sabedoria e compromisso científico e pelas úteis orientações.

DECLARAÇÃO DE ORIGINALIDADE

Eu GILBERTO BOGAIO CONSTANTINO, estudante, autor do trabalho final de Doutorado, submetido à Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique, intitulado “Responsabilidade Civil por erros dos médicos tradicionais no ordenamento jurídico Moçambicano” orientado por Professor Doutor Melquisedec Muapala, declaro ser o autor deste trabalho original, que não foi antes submetido a outra instituição para efeitos de obtenção de grau. Declaro ainda que todas as fontes de informação usadas nesta tese foram devidamente referidas.

Nampula, abril de 2022

(Gilberto Bogaio Constantino)

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac- Antes de cristo

Al- Alínea

art- Artigo

arts- Artigos

AMETRAMO- Associação de Médicos Tradicionais de Moçambique

CC- Código Civil

CDC- Código do Consumidor

CEE- Comunidade de Estados Europeus

Cfr- Confirme

C.P.C- Código do Processo Civil

CRM- Constituição da República de Moçambique

Ed- Editora

Ed- Edição

nº- Número

p- Página

pp- Páginas

p. ex- Por exemplo

polic- Policopiado

OMS- Organização Mundial de Saúde

Op. Cit- Obra Citada

reimp- Reimpressão

SNS- Sistema Nacional de Saúde

ss- Seguintes

v.g- Veja

vol- Volume

ADVERTÊNCIAS

Todos os preceitos legais sem indicação de origem são do Código Civil, salvo se do contexto decorra algo distinto. Das obras citadas é dada a identificação completa, e as indicações bibliográficas de todas as obras referidas no texto estão no índice bibliográfico final.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil por erros dos médicos tradicionais no exercício das suas funções no ordenamento jurídico moçambicano. Erros esses que podem resultar de actos próprios ou de terceiros. O tema da responsabilidade por erro médico coloca-se com cada vez maior acuidade no contexto mundial. Em Moçambique não existe um regime legal específico sobre responsabilidade por actos médicos tradicionais. Serão aplicáveis, deste modo, as disposições gerais do Código Civil sobre responsabilidade civil, de natureza subjectiva. Este trabalho analisa algumas questões centrais na disciplina da responsabilidade civil médica: a natureza contratual ou extracontratual da relação que se estabelece entre médico e paciente; que tipo de obrigação é assumida pelo médico; que tipos de erros que são cometidos por esses profissionais de saúde e a qual das partes cabe fazer a prova de violação das regras da ciência médica. Busca igualmente fazer um levantamento histórico evolutivo da responsabilidade civil desde as primeiras sociedades. Trata do aparecimento da responsabilidade civil objectiva e subjectiva. Examina os conceitos de responsabilidade civil, e seus pressupostos necessários mais aceites pela doutrina, que são: facto, culpa, dano e nexo de causalidade.

Palavras chaves: Responsabilidade civil, médico tradicional e erro.

ABSTRACT

The present study deals with the civil liability for the error of the traditional doctor in the act of his work in the Mozambican legal system. Errors that may result from the actions of one's own or third parties. The issue of liability for medical error is being raised with increasing acuity in the world context. In Mozambique there is no specific legal regime on liability for traditional medical acts. Therefore, the general provisions of the Civil Code on civil liability will be applied. This study analyzes some central issues in the field of medical civil liability, such as the contractual or extra-contractual nature of the relationship established between doctor and patient; kind of obligation assumed by the traditional doctors; kind of errors are committed by these traditional health professionals, and which party is responsible for providing proof of violation of the rules of medical science. It also seeks to carry out an evolutionary historical survey of civil liability since the first societies. It deals with the emergence of objective and subjective civil liability. It examines the concepts of civil liability, and its more accepted necessary assumptions by the doctrine: fact, fault, damage and causality.

Key words: Civil liability, traditional doctor and error.

Índice

DEDICATÓRIA	II
AGRADECIMENTO.....	III
DECLARAÇÃO DE ORIGINALIDADE... ..	IV
ABREVIATURAS E SIGLAS... ..	V
ADVERTÊNCIAS... ..	VII
RESUMO.....	VIII
ABSTRACT.....	IX
INTRODUÇÃO	15
OBJECTIVOS.....	18
Objectivo geral.....	18
Objectivos específicos.....	18
Questões de Investigação.....	18
Justificativa	19
CAPITULO I: METODOLOGIA DO ESTUDO.....	20
1.1 Tipo de pesquisa	20
1.1.1 Tipo de pesquisa quanto a abordagem	20
1.1.2 Tipo de Pesquisa quanto aos Objectivos.....	22
1.1.3 Tipo de Pesquisa quanto aos Procedimentos Técnicos	23
1.2 Métodos de abordagem	24
1.3 Técnicas de pesquisa.....	24
1.4 Técnica de apresentação e análise de dados.....	25
1.5 Técnica de discussão de dados.....	26
1.6 Participantes/sujeitos do estudo	26
1.7 Questões de Pesquisa- Guião de Entrevista.....	27
Capítulo II: Fundamentação Teórica.....	28
2.1Evolução histórica da Responsabilidade Civil.....	28
2.2 Conceito e Função.....	30
2.3 Modalidades da Responsabilidade Civil.....	31
2.2.1 Responsabilidade Contratual ou Obrigacional ³⁸	37
2.2.2 Responsabilidade Civil Extracontratual.....	38
2.2.3Responsabilidade Civil Extracontratual por factos Ilícitos ou Subjectiva	39

a) teoria das equivalências das condições.....	49
b) teoria da última condição.....	49
c) teoria da condição eficiente.....	46
d) teoria da causalidade adequada.....	46
e) teoria do escopo da norma violada.....	47
2.2.4 Responsabilidade Civil Extracontratual por risco ou objectiva	50
2.3 A “terceira via” na responsabilidade civil.....	51
2.3.1 A responsabilidade pré- contratual	51
2.3.2 A culpa post pactum finitum.....	55
2.3.3 O contrato com eficácia de protecção para terceiros.....	56
2.3.4 A relação corrente de negócios.....	57
2.3.5 Responsabilidade pelo sacrifício.....	58
2.4 A obrigação de indemnização	59
2.4.1 Modos de indemnização.....	59
2.4.2 Compensation lucrum cum damno e cessão dos direitos do lesado.....	62
2.4.3 Titularidade do direito a indemnização.....	62
2.4.4 Prescrição da obrigação de indemnização	64
2.5 Causas de exclusão da Responsabilidade	65
2.6 Diferença de Regimes Responsabilidade Civil Contratual e Responsabilidade Civil Extracontratual.	66
CAPITULO III: MEDICINA TRADICIONAL.....	68
3.1 Breve resenha sobre a história da Medicina.....	68
a. Pré-História da Medicina	68
b. Medicina Egípcia	68
c. Medicina mesopotâmica	70
d. Medicina Indiana	70
f. Grega e romana Medicina.....	71
g. O Legado da Medicina Antiga	72
h. Os primórdios da medicina moderna: O Califado.....	73
i. O grande médico judaico medieval Maimônides enfatizou a importância da higiene em seus escritos	74
j. Os Primórdios da Medicina Moderna: Europa Medieval.....	75
k. A Ascensão da Medicina Científica: O Renascimento	77
l. O método científico é aplicado à medicina	77
m. A Ascensão da Medicina Científica: A Revolução Científica	79

n. A Ascensão da Medicina Científica: O Século XIX	82
p. Drogas para tratar doenças	86
q. Do Século XX em Diante: entendendo o Sistema Imune	89
r. Do Século XX em Diante: a ascensão da genética.....	91
s. Do Século XX em Diante: o papel da tecnologia.....	92
3.2 Medicina tradicional.....	95
3.2.1 Definições e Delimitação de Conceitos	95
3.2.2 Os Sistemas da Medicina Tradicional.....	97
3.2.2.1 A Medicina Tradicional Chinesa	97
3.2.2.2 A Medicina Ayurveda.....	102
3.2.2.3 A Medicina Unani.....	104
3.2.2.4 A Medicina Tradicional Sul-Americana.....	105
3.2.2.5 A Fitoterapia	106
3.2.2.6 A Homeopatia	106
3.2.2.7 Naturopatia.....	107
3.2.2.8 Osteopatia	108
3.2.2.9 Quiropráxia	109
3.4 A medicina tradicional no mundo e o papel da organização mundial da saúde	110
3.3.1 O crescimento e o papel da medicina tradicional no mundo.....	111
3.3.2 As diferentes análises dos sistemas de saúde mundiais	113
3.3.3 Constrangimentos e Desafios.....	114
3.3.4 O papel da organização mundial de saúde	116
3.4 O sistema tradicional de saúde.....	119
3.4.1 Generalidades.....	119
3.4.2 O curandeirismo	121
3.5 Breve Panorâmica da medicina tradicional em Moçambique	2726
3.5.1 Generalidades.....	127
26	
3.5.2 A medicina tradicional no período antes e pós-independência.....	127
Capítulo IV: Responsabilidade civil do médico.....	136
4.1 Generalidades.....	136
4.2 Actual modelo da relação médico- doente	147
4.3 Papel da ética e da deontologia médicas	150
4.4 Natureza jurídica da responsabilidade civil do médico	151

4.4.1 A Natureza Contratual	160
4.4.2. A natureza extracontratual de determinados casos	161
4.5 Condições da responsabilidade civil do médico.....	162
4. 5.1 O Facto Danoso	162
4.5.2 A ausência médica	162
4.5.3 A acção das “coisas”	171
4.5.4 O Prejuízo	171
4.5.5 Nexo de Causalidade.....	173
4.5.6 A perda de possibilidades de sobrevivência.....	173
4.6 A acção da responsabilidade civil do médico.....	174
a) As condições gerais e o seguro da responsabilidade.....	174
b) A obrigação da prova	174
c) O recurso ao perito.....	175
d) O acesso aos registos médicos	177
4.7 Obrigação de meios ou de resultado?.....	177
4.8 O ónus da prova	181
4.8.1 Posição maioritária:.....	186
4.8.2 Posição minoritária: presunção de culpa do médico	188
4.8.3 Proposta: repartição do ónus da prova	191
4.8.4 Proposta: inversão do ónus da prova.....	192
4.8.5 Inversão do ónus da prova no Direito Português.....	193
4.8.6 Inversão do ónus da prova no Direito Brasileiro.....	196
4.8.7 Natureza jurídica da inversão do ónus da prova.....	199
4.8.8 Apreciação crítica da inversão do ónus da prova	202
4.9 A prova pericial na investigação do erro médico	203
4.9.1 Requisitos de adequação da prova pericial	203
4.9.2 Falibilidade da prova pericial.....	209
4.9.3 Dificuldades inerentes à prova pericial	210
4.9.4 Necessidade de estruturação de um novo rumo	212
4.9.5 Distribuição do ónus de prova.....	213
4.9.6 Análise crítica.....	217
Capítulo V: O erro.....	221
5.1 Generalidades.....	221
5.2 O erro médico	221
5.3 As regras de arte médica e o dever objectivo de cuidado.....	223

5.4 O erro médico não culposo e a negligência médica	227
5.5 Erro de diagnóstico.....	230
5.6 Erro de tratamento.....	235
5.7 Erro de dosagem.....	235
5.8 Distinção entre erro de diagnóstico e erro de tratamento.....	236
5.9 Verificação do dano e do nexo causal na hipótese de erro de diagnóstico	237
5.10 Possibilidade de culpa do paciente no erro de diagnóstico.....	244
5.11 Consentimento informado e sua relação com o erro de diagnóstico.....	245
5.12 Perda de uma chance e sua extensão na fixação da indemnização	247
5.12.1 Conceito.....	247
5.12.2 Natureza jurídica.....	248
5.12.3 Fixação da indemnização pela perda de uma chance.....	251
5.13 O erro médico versus erro não médico.....	252
5.14 Características do erro médico	253
5.16 A visão hodierna sobre o erro médico	254
5.17 Factores concorrentes para o erro médico	255
Capítulo VI: Análise, discussão e interpretação de dados	257
a. Descrição do local pesquisado	257
b. Associação de Médicos Tradicionais de Moçambique(AMETRAMO)	257
c. Assistência médica tradicional	258
Considerações finais.....	274
Sugestões	278
Legislação	279
Bibliografia	280
Anexos.....	299

INTRODUÇÃO

É recorrente na maior parte dos Ordenamentos jurídico, a instituição de diferentes normas que regulam o funcionamento e mecanismos que permitem responsabilizar os praticantes de medicina quando se encontram em conflito com a lei no exercício das suas funções. Moçambique não é excepção, até porque, é notória a ênfase e preocupação que os sucessivos governos dão a medicina convencional, com a sistemática instituição de diplomas normativos que regulam os planos, organização, e estratégias de funcionamento desta área no Sistema Nacional de Saúde (SNS).

À título elucidativo temos desde o período anterior a aprovação da Constituição da República de Moçambique de 1990, os seguintes instrumentos jurídicos: A Lei nº 25/91, de 31 de Dezembro, que cria o Sistema Nacional de Saúde; Diploma Ministerial nº 127/2002, de 31 de Julho, Regulamento que define a caracterização técnica e enunciado das funções do Serviço Nacional de Saúde; Decreto nº 31/89, de 10 Outubro, que aprova as normas reguladoras da criação e funcionamento dos postos e centros de saúde de local de trabalho; Diploma Ministerial nº 40/2004, de 18 de Fevereiro, que aprova o Regulamento Geral dos Hospitais e revoga o Diploma Ministerial nº 39/87, de 18 de Março; Lei nº 26/91, de 31 de Dezembro, que autoriza a prestação de cuidados de saúde, por pessoas singulares ou colectivas de direito com carácter lucrativo ou não; entidades Privadas- revoga o Decreto nº 31/89, de 10 de Outubro; e tantos outros.

Na realidade, o sistema de saúde moçambicano compreende o sector privado e o sector público, sendo este último, o principal prestador de serviços de saúde convencional a nível nacional. Estes cobrem somente cerca de 40% da população no que diz respeito aos cuidados hospitalares.¹

Porém, estima-se que os restantes 60% da população utilizam os serviços fornecidos pela medicina tradicional. Ciente desta realidade, e como forma de permitir maior abrangência da prestação dos cuidados de saúde e de qualidade a esta população, o governo da República de Moçambique, reconhece a Medicina Tradicional como forte parceira na prevenção e na mitigação de determinadas enfermidades, através da Resolução nº 11/2004, de 14 de abril.

¹ REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Resolução nº 11/2004, *Política de Medicina Tradicional*, in Boletim da República, I Série, nº 15.

Como qualquer actividade profissional, a medicina não é isenta de erros e falhas de serviços prestados pelos seus profissionais, seja por imperfeição, negligencia, ou qualquer outra forma. Nessas situações, o lesado, seus familiares ou qualquer outro sujeito interessado pode demandar, dependendo das circunstâncias.

Nos casos em que o agente ou o médico do SNS tiver cometido erros ao paciente, este poderá para efeitos de responsabilização, recorrer-se à conjugação do artigo 13 do Decreto n.º 30/2001 de 15 de Outubro, no qual consta que: “A administração Pública responde pela conduta dos seus órgãos e instituições de que resultem danos a terceiros, nos mesmos termos da responsabilidade civil do Estado, sem prejuízo do Direito de regresso”², com o n.º 2 do artigo 58 da CRM, o qual preconiza que: “O Estado é responsável pelos danos causados por actos ilegais dos seus agentes, no exercício das suas funções sem prejuízo do direito de regresso nos termos da lei”.

Em Moçambique a relação médico-paciente não é disciplinada por uma lei especial.

É inquestionável a relevância que a medicina tradicional desempenha no país, não somente pela sua capacidade de abrangência populacional, mas também pela parceria estratégica que têm estabelecido com o governo na prevenção e mitigação de algumas enfermidades. Aliás, antes mesmo da introdução dos métodos de tratamento e cura convencional de doenças, os povos africanos tinham como recurso à medicina tradicional, por isso é que este vínculo umbilical ainda semantêm.

Veze há, em que devido a confiança e a crença que se tem na medicina tradicional, parte significativa da população rural e não menos a urbana, com algum grau de esclarecimento aceitável, quando não encontra solução na medicina convencional, recorre a medicina tradicional.

Como se sabe, a medicina tradicional, tem como base o conhecimento empírico, a experiências transmitidas de geração para geração de médicos tradicionais quer da mesma família,

² REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Decreto n.º 30/2001 de 15 de outubro, *Normas de Funcionamento dos Serviços de Administração Pública*, in Boletim da República, I Série, n.º 41

quer não. Tal como acontece na medicina convencional, inúmeros erros são cometidos pela classe de médicos tradicionais, quer na administração de medicamentos, quer noutros tipos de tratamento ao paciente que procura ajuda.

Dado a especificidade e pertinência desta profissão, e devido ausência de um instrumento legal específico aplicável à classe de médicos tradicionais, urge questionar o seguinte:

Até que ponto a instituição de um regime jurídico específico no ordenamento jurídico moçambicano permitiria responsabilizar civilmente aos médicos tradicionais pelos eventuais erros cometidos no exercício das suas funções?

A responsabilidade médica abrange várias modalidades: civil, penal e disciplinar. Cingir-nos-emos, neste trabalho, à análise da primeira.

No âmbito de uma actuação médica praticada em clínica privada, os tribunais comuns são os competentes e vigoram as regras do Código Civil. Distingue-se a responsabilidade civil extracontratual, delitual ou aquiliana, prevista nos arts. 483º ss. e a responsabilidade contratual, negocial ou obrigacional, relativamente à qual se aplicam as normas relativas ao incumprimento das obrigações(arts. 798º ss.). Nos arts. 562º ss. (obrigação de indemnização) encontramos regras gerais, nomeadamente no que respeita ao nexo de causalidade, cálculo da indemnização e culpa do lesado. Persistem algumas diferenças entre estes dois modos de responsabilidade, sendo o regime contratual mais favorável ao lesado (credor), no que respeita ao ónus da prova da culpa, ao prazo de prescrição e quanto à responsabilidade por facto de terceiro.

A possibilidade de gradação equitativa da indemnização na situação de negligência está reservada à responsabilidade delitual (art. 494º). Alguma doutrina pugna a não ressarcibilidade de danos não patrimoniais em sede de responsabilidade contratual (art. 496º). Face um caso que preencha simultaneamente a hipótese de responsabilidade delitual e contratual, a doutrina maioritária aceita a teoria do cúmulo de responsabilidades, isto é, o autor pode invocar simultaneamente regras dos modos formas de responsabilidade para sustentat a sua pretensão indemnizatória. Por outra via, os profissionais de saúde respondem pelos danos que causarem, desde que actuem com culpa. Se actuarem no âmbito de um vínculo com uma clínica privada, no âmbito de um “contrato integral”, o médico e a clínica serão solidariamente responsáveis.

OBJECTIVOS

Objectivo geral

Para responder à questão acima colocada, definiu-se como Objectivo Geral: compreender em que medida a instituição de um regime jurídico específico no ordenamento jurídico moçambicano permitiria responsabilizar civilmente o médico tradicional pelos eventuais erros cometidos no exercício das suas funções.

Objectivos específicos

De modo a se atingir este objetivo, propomos como objectivos específicos os seguintes:

- Identificar os erros cometidos pelo Médico tradicional no exercício das suas funções.
- Verificar a relação existente entre os erros do Médico Tradicional e os pressupostos da Responsabilidade Civil do erro Médico na perspectiva da medicina tradicional.
- Investigar possíveis casos de responsabilização dentro e fora do ordenamento jurídico moçambicano por erro do Médico Tradicional
- Identificar o quadro jurídico legal análogo aplicável ao Médico tradicional no exercício da sua profissão.

Questões de Investigação

Para a materialização dos objectivos específicos acima definidos o autor formulou duas questões de pesquisa:

- Quais são os erros cometidos pelo Médico Tradicional no exercício das suas funções?
- Qual é a relação entre os erros do Médico Tradicional e os pressupostos da Responsabilidade Cível?

Justificativa

Dado ao facto de os estudos em Direito abranger ao espaço territorial onde as referidas normas são aplicáveis, o estudo que pretendemos levar a cabo, está delimitado no espaço geográfico moçambicano, ou seja, é aplicável ao ordenamento jurídico moçambicano.

Quanto a matéria que se pretenderá abordar, é especificamente do Direito Civil, e num espaço temporal que vai desde o período em que foi instituído o instrumento legal que reconhece a medicina tradicional como uma actividade de relevo na vida da maior parte dos moçambicanos, até aos dias actuais.

De acordo com Marconi e Lacatos, “A justificativa explica as razões de ordem teórica ou prática na realização da pesquisa, no caso da pesquisa de natureza científica ou académica, a justificativa deve indicar o estágio do desenvolvimento dos conhecimentos referentes ao tema.”³

A opção pela escolha deste tema prende-se primeiro às razões intrínsecas ligadas ao próprio autor com a área de Direito Civil, visto que, nutre gosto e paixão pela área temática. O outro facto, é de ordem extrínseco, que tem que ver com o facto de este ter sido Magistrado Judicial e tendo deparado nos tribunais distritais por onde passou, com situações em que determinados casos e até considerados graves, que envolviam falhas e erros cometidos por médicos tradicionais, não eram dados o devidos tratamento porque o quadro legal vigente não prevê de forma específica como esses casos devem ser dirimidos.

Com efeito, a introdução de um regime jurídico específico dispositivo normativo que permitiria impor ordem e estabelecer balizas na actuação do Médico tradicional asseguraria melhores serviços e cuidados aos inúmeros pacientes que procuram esses serviços vitais à sua saúde.

Do ponto de vista, jurídico o estudo trará mudanças significativas na medida em que, primeiro: vem preencher um vazio na doutrina e possivelmente poderá influenciar ao legislador a instituição de um regime jurídico específico.

³ MARCONI, Marina, LAKATOS, Eva, *Fundamentos de Metodologia Científica*, 3ª ed, Atlas, São Paulo, 2003, p, 23.

CAPÍTULO I: METODOLOGIA DO ESTUDO

Neste capítulo espelhamos os procedimentos metodológicos e técnicos aplicados no presente trabalho. É nesse âmbito que enunciamos o tipo de pesquisa desenvolvida para a materialização desta abordagem. Directamente relacionados com o tipo de pesquisa, são os métodos aplicados e as técnicas adoptadas neste trabalho. Entende-se por métodos os procedimentos mais amplos de raciocínio, enquanto técnicas os procedimentos mais restritos que operacionalizam os métodos, mediante emprego de instrumentos adequados.

1.1 Tipo de pesquisa

Na realização do presente trabalho priorizamos os seguintes tipos de pesquisas: quanto a finalidade; quanto ao modo de abordagem, quanto aos objectivos e quanto aos procedimentos técnicos. Quanto a finalidade, optamos pela pesquisa elementar, na medida que a nossa pesquisa está apontada para o aprofundamento da responsabilidade Civil decorrente dos erros dos médicos tradicionais no exercício das suas funções.

1.1.1 Tipo de pesquisa quanto a abordagem

Quanto ao modo de abordagem, é uma pesquisa de natureza qualitativa, na medida em que realizamos, por via dela, um estudo principalmente interpretativo, assente na análise do regime jurídico da responsabilidade Civil extracontratual e contratual.

Pesquisa qualitativa é definida por Denzin e Lincoln como, aquela que envolve uma abordagem interpretativa do mundo, o que significa que seus pesquisadores estudam as coisas em seus cenários naturais, tentando entender os fenómenos em termos dos significados que as pessoas a eles conferem¹.

Ao discutir as características da pesquisa qualitativa, Creswel chama atenção para o facto de que, na perspectiva qualitativa, o ambiente natural é a fonte directa de dados e o pesquisador, o principal instrumento, sendo que os dados colectados são predominantemente descritivos.² Além

¹ DENZIN, N. K. & LINCOLN, Y. S. (Orgs.). *O planeamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens*. 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed 2006, p.18.

² CRESWELL, John. *Qualitative inquiry and research design: Choosing among five traditions*. 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Sage, 2007. P. 186

disso, o autor destaca que a preocupação com o processo é muito maior do que com o produto, ou seja, o interesse do pesquisador ao estudar um determinado problema é verificar "como" ele se manifesta nas actividades, nos procedimentos e nas interacções quotidianas. Outro aspecto é que a análise dos dados tende a seguir um processo indutivo – a pesquisa qualitativa é emergente em vez de estritamente pré configurada.³

Seguindo essa linha de raciocínio, Richardson destaca que "o objectivo fundamental da pesquisa qualitativa não reside na produção de opiniões representativas e objectivamente mensuráveis de um grupo; está no aprofundamento da compreensão de um fenómeno social por meio de entrevistas em profundidade e análises qualitativas da consciência articulada dos atores envolvidos no fenómeno".⁴ Por esse motivo, a validade da pesquisa não se dá pelo tamanho da amostra, como na pesquisa quantitativa, mas, sim, pela profundidade com que o estudo é realizado

O estudo do fenómeno teve como assento tónico a discussão das actuais questões no âmbito da responsabilidade Civil decorrente do erro dos médicos tradicionais no exercício das suas funções, analisando os diversos mecanismos que enquadram todo um sistema normativo da responsabilidade Civil no ordenamento jurídico moçambicano. Tendo em conta ao problema da pesquisa, importa ainda afirmar que o estudo, no âmbito qualitativo, nos permitiu aprofundar, interpretar dentro do contexto temático, os dados recolhidos nos tribunais judiciais, na AMETRAMO e noutros participantes da pesquisa, viabilizando, assim, a pesquisa em causa. A aplicação desta modalidade de pesquisa exigiu um número de sujeitos ou participantes, que foram seleccionados por amostra por conveniência.

A opção por esta modalidade de amostra teve em vista a natureza do problema e a especificidade das questões que foram compondo o quadro das entrevistas que determinaram a priori a qualidade de informação obtida em cada depoimento, assim como da profundidade da questão em análise.

A pesquisa qualitativa optada no presente estudo, tem como finalidades e características a compreensão dos significados dos dados apresentados pelos entrevistados. Por isso, foi acompanhada

³ CRESWELL, John. *Qualitative inquiry and research design: Choosing among five traditions*. 2ª ed. Thousand Oaks, CA: Sage, 2007. P. 186

⁴ ICHARDSON, Robert & Colaboradores, *Pesquisa Social: Métodos e Técnicas*, 3ª Edição Revista, Editora Atlas, SA, São Paulo, 2010, p. 102

com uma abordagem indutiva, conduzida pelos dados recolhidos, onde os resultados e conclusões foram obtidos através destes.

A pretensão, na investigação qualitativa, foi trazer factores prático-jurídicos que obstaculizam a responsabilização civil dos erros dos médicos tradicionais decorrente no exercício das suas funções.

Em suma neste tipo de estudo, o pesquisador foi responsável por fazer a análise das informações recolhidas, tendo baseado nas interpretações de natureza subjectiva.

1.1.2 Tipo de Pesquisa quanto aos Objectivos

Quanto aos objectivos, a pesquisa é do tipo descritiva, pois, a pesquisa descritiva tem como objectivo primordial a descrição das características de determinadas populações ou fenómenos. Uma das suas características está na utilização de técnicas padronizadas de colecta de dados, tais como o questionário e a observação sistemática⁵.

Destacam-se também na pesquisa descritiva aquelas que visam descrever características de grupos (idade, sexo, procedência etc.), como também a descrição de um processo numa organização, o estudo do nível de atendimento de entidades, levantamento de opiniões, atitudes e crenças de uma população (...).⁶

É neste tipo de pesquisas em que se enquadram as pesquisas em Direito, ou de âmbito jurídico, pois o que se pretende é a descrição da realidade jurídica, ou de determinado facto passível de amparo legal.

O principal objectivo é explicar e racionalizar o objecto de estudo e tentar construir um conhecimento totalmente novo. É nessa senda que, a partir do objecto do estudo, buscamos construir categorias que possam dar resposta mais precisas a volta do objecto do nosso estudo.

Nesta óptica, definimos como objectivos específicos os seguintes: Identificar os erros cometidos pelos médicos tradicionais no exercício das suas funções; Verificar a relação existente entre os erros dos médicos tradicionais e os pressupostos da Responsabilidade Civil do erro Médico na perspectiva da medicina tradicional; Investigar possíveis casos de responsabilização dentro e fora

⁵ GIL, António Carlos, *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*, 6ª ed, Editora Atlas, SA, 2012, p.28

⁶ Idem

do ordenamento jurídico moçambicano por erros dos médicos tradicionais e Identificar o quadro jurídico legal análogo aplicável ao médico tradicional no exercício da sua profissão.

A ideia fulcral é trazer um raciocínio partindo dos objectivos do estudo alinhados ao objecto do presente estudo e construir conhecimento, a partir do já existentes no intuito de perceber o regime jurídico da responsabilidade civil dos médicos tradicionais no ordenamento jurídico moçambicano.

Aplicamos o método documental, cujos fundamentos assentam na discussão do posicionamento do legislador e modos práticos do aplicador da Lei em relação a matéria em análise. A legislação e a doutrina permitiram também, tomar conhecimento sobre a realidade objectiva em matéria sobre a responsabilidade civil.

Sendo também uma pesquisa de índole qualitativa, os seus métodos são múltiplos, interactivos humanístico que se move entre dedução e indução. Porém, o assento tónico baseou-se no uso do método indutivo, tendo sido analisados os aspectos particulares sobre o instituto da responsabilidade civil disciplinado no Código Civil aprovado em 1966. Em algumas análises do estudo foi pertinente aplicação do método dedutivo, para verificar a forma de efectivação da responsabilidade civil dos médicos tradicionais no ordenamento jurídico moçambicano.

De forma geral foi usado o método jurídico, tendo em vista a natureza do próprio estudo, que corresponde ao empreendimento de construção do saber científico na vertente jurídica, tendo iniciado da fase de investigação à fase expositiva, que se consubstanciou na colocação dos discursos de ideias concebidas no momento de levantamento de dados às fases conclusivas do presente trabalho.

1.1.3 Tipo de Pesquisa quanto aos Procedimentos Técnicos

Quanto aos procedimentos técnicos, foi aplicada a pesquisa bibliográfica pelo facto de ser uma das mais comum em pesquisas em Direito. É considerada obrigatória em quase todos os moldes de trabalhos científicos. Com base neste tipo de pesquisa, recolhemos informações a partir de textos, livros, artigos e demais materiais de carácter científico, como se pode observar nas referências bibliográfica ao longo do nosso texto e segundo a lista bibliográfica. Nisso, a pesquisa bibliográfica ajudou a compreender, no âmbito da doutrina, o regime jurídico da responsabilidade civil no contexto jurídico moçambicano.

A pesquisa bibliográfica trata-se de levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita. Sua finalidade é colocar o

pesquisador em contacto directo com tudo aquilo que foi escrito sobre determinado assunto, com objectivo de permitir ao cientista “o reforço paralelo na análise de suas pesquisas ou manipulação de suas informações “⁷.

A consulta bibliográfica teve em vista o aprofundamento dos conceitos e definições sobre os vários institutos jurídicos em volta do tema, do presente estudo, além de que tal permitiu, nalguns casos a apresentação de uma abordagem mais aprofundada e abrangente sobre a problemática da responsabilidade civil dos médicos tradicionais.

Ainda quanto aos procedimentos técnicos, foi aplicado um estudo de natureza documental, visto ter sido como fontes de dados documentos com conteúdo informacional muito úteis para a pesquisa, por exemplo, legislação pertinente etc., tendo criado um vínculo entre o discurso teórico e a realidade apresentada nos documentos. Nesse âmbito foi feita análise e interpretação da legislação pertinente, que são documentos normativos.

1.2 Métodos de abordagem

Para o estudo em apreço, optou-se pelo método indutivo, que segundo Richardson e colaboradores, conceituam como um processo pelo qual partindo de dados ou observações particulares constatadas, podemos chegar a proposições gerais.⁸

ANTÓNIO CARLOS GIL, vai mais longe ao elucidar que o método indutivo procede inversamente ao dedutivo: parte do particular e coloca a generalização como um produto posterior do trabalho de colecta de dados particulares.⁹

De acordo com o raciocínio indutivo, a generalização não deve ser buscada a prioristicamente, mas constatada a partir da observação de casos concretos suficientemente confirmadores dessa realidade.

Neste caso, o pesquisador partiu de constatações de informação concreta obtida a partir das entrevistas realizadas aos participantes, tais como, médicos tradicionais, juizes e potenciais utentes da medicina tradicional.

1.3 Técnicas de pesquisa

⁷ MARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Marina. *Método do Trabalho Científico*, Atlas, Editor, 2012, pp. 43-44.

⁸ RICHARDSON, Robert & Colaboradores, *Pesquisa Social: Métodos e Técnicas*, 3ª ed Revista, Editora Atlas, SA, São Paulo, 2010, p. 35

⁹ GIL, António Carlos, *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*, 6ª ed, Editora Atlas, SA, 2012, p.10

Foram definidos como instrumentos de recolha de dados, a entrevista, instrumentos que nos permitiu uma análise profunda das questões a volta do problema. Foi definida entrevista não estruturada, tendo sido levantadas questões inerentes as diversas categorias, destacados na introdução e espelhadas ao longo do trabalho.

Richardson e colaboradores, definem entrevista não estruturada que também chamam de entrevista em profundidade como aquela que em vez de responder à pergunta por meio de diversas alternativas pré-formuladas, visa obter do entrevistado o que ele considera os aspectos mais relevantes de determinado problema: as suas descrições de uma situação em estudo.¹⁰

Ainda na óptica dos mesmos autores, a entrevista não estruturada procura saber que, como e por que algo ocorre, em lugar de determinar a frequência de certas ocorrências, nas quais o pesquisador acredita.¹¹

Por exemplo temos como destaque as fundamentais categorias do estudo: abordar sobre a medicina tradicional em Moçambique; explicar o erro médico, suas características e os factores que concorrem para o erro médico, a obrigação do médico, a relação do direito e o doente, a natureza jurídica da responsabilidade civil do médico. A ideia central é trazer um raciocínio partindo dos objectivos do estudo alinhados ao objecto do presente estudo e construir conhecimentos, a partir dos já existentes, de forma a perceber a como que os médicos tradicionais são responsabilizados civilmente no ordenamento jurídico moçambicano. Ligado a isso, foram apontadas também as sub - categorias formuladas a partir do problema e aos objectivos do estudo. como por exemplo, apresentar os antecedentes históricos da medicina tradicional, o papel da OMS na medicina tradicional, o curaderismo, os pressupostos da responsabilidade civil. O uso de entrevistas fundamenta-se na possibilidade de ter ampliado o entendimento do objecto do estudo, através da interação entre entrevistados e entrevistador. A sua importância consistiu na obtenção de informações sobre realidades sócio - jurídicas e contribuiu para o aprimoramento do conhecimento nesta área. Os dados foram também recolhidos a partir das análises do material bibliográfico e outros documentos normativos, como focalizamos no ponto 1.1. do presente capítulo.

1.4 Técnica de apresentação e análise de dados

¹⁰ RICHARDSON, Robert & Colaboradores, *Pesquisa Social: Métodos e Técnicas*, 3ª Edição Revista, Editora Atlas, SA, São Paulo, 2010, p. 208

¹¹ Idem, p. 208

Para apresentação e análise de dados foi aplicado o principal critério que é a categorização. A categorização deve ser entendida como um processo de redução de dados. A definição de categorias no presente estudo, foi resultado de um esforço de síntese de aspectos marcadamente importantes para o estudo.

A categorização permitiu-nos fazer uma análise mais profunda da informação obtida ao longo da recolha dos dados e na análise dos conteúdos. Por isso, pela natureza das informações recolhida, foram apresentadas sob forma de descrição, de modo a criar maior simplicidade na leitura e interpretação dos mesmos. Esse exercício foi acompanhado pela análise de conteúdo e análise hermenêutica-dialética (ilidir as questões básicas do estudo, apresentadas sob forma de categorias e subcategorias).

1.5 Técnica de discussão de dados

Sendo uma pesquisa múltipla (segundo a finalidade, abordagem, objectivos e procedimentos técnicos), teve como base de discussão dos resultados a análise do conteúdo, que consistiu na leitura e interpretação dos conteúdos abordados na fase da apresentação e análise dos dados, isto é, a base da discussão assentou nos resultados interpretados das diversas categorias do estudo. A análise de conteúdo, coadjuvado com o método hermenêutico, foi tomada como base neste estudo, na medida em que representa um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter dados, através de procedimentos sistemáticos e objectivos de descrição do conteúdo das mensagens, que permitiram inferir conhecimentos relativos às condições de produção ou de recepção dessas mensagens”.

1.6 Participantes/sujeitos do estudo

A escolha dos participantes/sujeitos do presente estudo, foi feita tendo em atenção os seguintes factores:

- Dada a sua experiência de trabalho, no sector da justiça de natureza formal; são pessoas que melhor conhecem e vivem os problemas desta natureza nos Tribunais judiciais;
- Dada a sua experiência de trabalho, no sector da medicina tradicional/ informal; são pessoas que melhor conhecem e vivem os problemas desta natureza nesse sector;
- São pessoas que facilmente disponibilizaram-se para contribuir com o seu conhecimento, para a concretização desta abordagem;
- São pessoas que já haviam contribuído noutras pesquisas de natureza similar nos anos anteriores e daí conseguimos manter contactos permanentes a volta do assunto;

- A maioria dos juizes dos tribunais judiciais contactados, já eram conhecidos e já havíamos estabelecido relações de trabalho nas pesquisas anteriores;

- Alguns médicos tradicionais são renomados no local onde se efectou a pesquisa, outros temos laços de familiaridade e amizades;

- Pela facilidade de acesso na maioria dos tribunais judiciais (estão sediados na cintura da Cidade de Nampula); ainda os aspectos empíricos do estudo tiveram como fonte os sujeitos que seguem:

1. (10) Membros da AMETRAMO;
2. (10) Magistrados (Magistratura judicial);
3. (15) pacientes;

1.7 Questões de Pesquisa- Guião de Entrevista

Os sujeitos apresentados no ponto 1.6 do presente capítulo, foram submetidos a entrevistas, cuja as informações foram analisadas no capítulo 5 da presente tese. Dessa forma foi usada uma entrevista semi – estruturada cuja as questões são as que constam no guião em anexo:

Capítulo II: FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

No presente capítulo levou-se em vista a consulta e a triangulação de várias abordagens teóricas relativamente ao tema, com maior destaque para conceitos e institutos que versam sobre a responsabilidade civil e seus desdobramentos, a medicina tradicional no mundo, em África e particularmente em Moçambique, os contornos do erro médico quer na medicina convencional, quer na medicina tradicional, sem descartar trazer a tona alguma abordagem antropológica da medicina tradicional no contexto global, africano e particularmente moçambicano.

2.1 Evolução histórica da Responsabilidade Civil

O termo responsabilidade é utilizado em várias áreas da ciência, possuindo significados diversos segundo o contexto. De acordo com Abbagnano, no âmbito filosófico, responsabilidade é “a possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigi-lo com base em tal previsão (...).”⁵ Conforme refere Stoco, a expressão “tanto pode ser sinónima de diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos actos que praticam, no plano jurídico.”⁶

Etimologicamente, o termo responsabilidade tem a sua origem do vocábulo *respondere*, *spondeo*, e possui ligação directa com o conceito de obrigação de natureza contratual originária do direito romano. De acordo com AZEVEDO, neste sistema a responsabilidade vinculava o devedor ao credor por meio de um contrato realizado verbalmente, com perguntas e respostas.⁷

JOHN GILISSEN, explica que a responsabilidade civil, igualmente conhecida por responsabilidade aquiliana, aparece provavelmente no século III a.c. para sancionar como delito privado um certo número de factos precisos que são agrupados sob a designação *dannium iniuria datum* (dano causado ilicitamente), como por exemplo a morte do escravo ou animal de outrem, ou duma forma mais geral, qualquer destruição ou deterioração de uma coisa, desde que o dano tenha sido causado *corpori* (pelo contacto do corpo do delinquente) e *corpore* (por lesão material);

⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 855

⁶ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 111

⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 276

a multa devida à pessoa lesada era calculada a partir do valor mais elevado que a coisa tivesse tido durante para certas coisas, o ano, para outras, o mês precedente.⁸

Nesta óptica, pode-se afirmar que a responsabilidade civil tem a sua origem inteiramente ligada a responsabilidade penal. Aliás, mesmo anterior a Cristo, as sanções, que consistiam em sacrifícios e penitências, pareciam desprovidas de qualquer pretensão indenizatória. Não se procurava punir senão os agravos contra o ser social ou ao Deus que simbolizava. A vingança, geralmente cruel, pela qual o clã ou a família se reparava das ofensas que sofria, tinha característica eminentemente repressiva⁹.

Da vingança colectiva contra o agressor de um dos seus membros, para a reparação do dano, evoluiu-se para a vingança privada que retribuía o mal pelo mal, “o olho por olho, dente por dente”, princípio vigente na lei de talião que veio a representar uma primeira atenuação, pela reciprocidade do castigo.

Mais tarde, e a despeito do quadro violento da vingança privada e familiar, vieram a surgir, por meio de composições pecuniárias e penas privadas, as primeiras manifestações de reparação civil. Elas reparavam os danos privados ao mesmo tempo em que puniam o responsável, dando origem às formas de responsabilidades mistas.

Posteriormente, adveio a ideia da reparação pecuniária do prejuízo, quer voluntariamente, quer como obrigação compulsória e, às vezes, tarifada – como vigente na Lei das XII Tábuas –, metaforizada na Lex Aquilia, que é o marco da responsabilidade civil, punindo com pagamento em dinheiro o agente causador do dano, independente de relação obrigacional, originando a obrigação extracontratual, também chamada de responsabilidade aquiliana. Ressaltava-se, aí, a ideia de culpa no seu sentido lato, e a de que o patrimônio do agressor responderia pelo dano causado à vítima¹⁰.

Esta composição permaneceu no Direito romano com o carácter de pena privada e como reparação, visto que não havia, ainda, nítida distinção entre responsabilidade civil e penal.

⁸ GILISSEN, John. *História do Direito*, Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Maiheiro, 2ª Ed. Lisboa, 1979. p. 751

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.vol. 7: responsabilidade civil*. 17a ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 37.

¹⁰ MIGUEL Frederico de Ávila, *Responsabilidade Civil: Evolução e Apanhado Histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto*. São Paulo. p.10

Quando a autoridade central foi forte o suficiente para se sobrepor aos chefes dos clãs ou tribos, vimos aparecer os delitos públicos, punidos com penas públicas e laicas, substituindo os delitos e penas privadas. A punição não seria dada pela vítima, mas sim, pela função exclusiva do Estado. Com esta publicitação da responsabilidade penal, a pena privada acaba e a responsabilidade mista se desdobra. No momento em que uma responsabilidade, exclusivamente, penal, pública e laica se afirma, a noção de dano individual se separa do prejuízo social. A responsabilidade civil ganha a sua autonomia.

Com a evolução, dois fenómenos predominaram: a objectivação e a colectivização. Foram frutos da transformação radical da sociedade, com a Revolução Industrial trazendo a multiplicação e o agravamento dos riscos, e da valorização da pessoa humana, com o cidadão a exigir, sempre mais, do Estado-previdência.

De uma responsabilidade total e caracteristicamente subjetiva, fundada na culpa, a responsabilidade civil ganha traços de responsabilidade civil objetiva, fundada no risco.

2.2 Conceito e Função

Conforme acima aludido, a ideia de Responsabilidade Civil está estritamente vinculada à noção de reparar um dano sofrido por outra pessoa. E isto implica a aplicação de medidas que obriguem o agente a reparar o dano causado a outrem em razão de sua acção ou omissão. A lei faz surgir uma obrigação em que o responsável é devedor e a vítima é o credor. Trata-se, portanto, de uma obrigação que nasce directamente da lei e não da vontade das partes, ainda que o responsável não tenha pretendido causar o prejuízo.

Está subjacente à responsabilidade civil a ideia de reparação patrimonial de um dano privado, pois o dever jurídico infringido foi estabelecido directamente no interesse da pessoa lesada¹¹. O que verdadeiramente importa nas sanções civis é a restituição dos interesses lesados. Daí que sejam privadas e disponíveis.¹²

¹¹COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6ª Edição Revista Actualizada, com colaboração de António Alberto Vieira Cura, Almedina, Coimbra, 2013, p.79.

¹²ISSÁ, Abdul Carimo Mohamed, AMARAL, Aires José Mota et al, *Temas do Direito Bancário*, Maputo, 1999. p .178.

A Responsabilidade Civil, é segundo Menezes Leitão, o conjunto de factos que dão origem a obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem¹³.

Por sua vez, Ana Prata, elucida que alguém incorre a Responsabilidade Civil quando se constitui na obrigação de indemnizar outrem por danos que lhe cause, quer esses danos decorram da inexecução de uma obrigação (responsabilidade obrigacional, também dita contratual) , quer na violação de um direito subjectivo, não creditício ou de uma norma legal destinada a proteger interesses alheios (responsabilidade dilitual), podendo também suceder que uma pessoa tenha de suportar os prejuízos resultantes de um acto que não é ilícito ou não é culposo (responsabilidade objectiva, que compreende a responsabilidade pelo risco e a Responsabilidade por actos lícitos)¹⁴.

Classificação análoga sobre a Responsabilidade Civil é feita por Menezes Leitão, nos termos que se seguem: Responsabilidade por culpa, pelo risco ou pelo sacrifício, consoante o tipo de imputação a que recorra para transferir o dano da esfera do lesado para outrem.

Estas classificações encontram eco na legislação civil moçambicana, concretamente nos artigos 798º e ss; 483º ss e; 499º ss, todos eles do C.C.

2.3 Modalidades da Responsabilidade Civil

O nosso sistema jurídico consagra duas modalidades de responsabilidade. Trata-se da responsabilidade contratual a responsabilidade civil, que na sistematização da lei coincide com a responsabilidade extracontratual, que engloba responsabilidade por factos ilícitos, a responsabilidade por risco e a responsabilidade por factos lícitos. Este último tipo de responsabilidade, o sistema jurídico admite, com carácter excepcional, tanto que não se encontra no Código Civil um regime genérico comum, ou seja, ao longo do Código Civil encontramos algumas disposições dispersas onde se revela tal figura, que não é objecto de qualquer regulamentação geral.

¹³ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, V I, 9ª ed, Almeida, Coimbra, 2010, p. 291

¹⁴ PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*.

A responsabilidade contratual atende a violação de direitos relativos, de direitos contratuais, enquanto a responsabilidade extracontratual diz respeito a violação de interesses legalmente protegidos ou de direitos absolutos.¹⁵

A responsabilidade civil assenta na culpa, ou seja, ela exige a culpa do agente. A culpa consiste no facto de o agente se ter posto em contradição com a ordem jurídica, sendo-lhe esta sua conduta imputável por ser censurável.¹⁶ A obrigação de indemnizar funda-se na responsabilidade pessoal pelos seus próprios actos e pelos prejuízos daí resultante. Pelo que a lei tem em vista a responsabilidade da pessoa individualmente definida. É com base desta ideia que foi concebido o princípio geral do art. 483º.nº 1, que consagra a doutrina da responsabilidade subjectiva, cabendo neste contexto ao lesado a prova da culpa art. 483º.nº 1.¹⁷

A responsabilidade civil fundada na conduta culposa do lesante, permite ao lesado provar os danos, individualizar o lesante e provar a culpa deste, fundamentando desta forma o seu dever de indemnizar pelos prejuízos sofridos. Todavia, por vezes torna-se difícil ou não existem condições por parte do lesado fazer prova da culpa do lesante. Dai que a lei prevê para determinados factos danosos, uma inversão do ónus da prova ou uma presunção da culpa do lesante (arts.491º,493ºnº1,503ºnº 1).¹⁸

Contrariamente a responsabilidade civil baseada na culpa, a lei prevê responsabilidade sem culpa, que decorre da existência de danos, mas da ausência da culpa do agente. Nestes casos, seria de não aceitar que os danos fossem suportados pelo lesado, que não os causou.

A responsabilidade sem culpa é designada por responsabilidade objectiva ou por risco, ela existe nos casos especificados na lei.¹⁹

¹⁵ Cfr.art.483º. nº 1.

¹⁶ HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. 2º impressão da edição de 1992. Almedina. Novembro de 2003.p.72

¹⁷ Idem

¹⁸ HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. 2º impressão da edição de 1992. Almedina. Novembro de 2003.p.73

¹⁹ Cfr. 483º.nº 2

A responsabilidade pelo risco não se funda na razão do agente causador de danos, ter cometido um facto ilícito, mas na ideia que o agente é obrigado a indemnizar por virtude dos riscos respeitante e resultantes da sua actividade, actividade essa que o Estado não quer ver proibida, por ser socialmente útil e que, por isso mesmo, é lícita, todavia, com cujos riscos também não quer ou não pode suportar.²⁰

Na responsabilidade pelo risco (objectiva) parte-se do raciocínio que quem tira vantagens da sua actividade deve também arcar as desvantagens ou seja, deve suportar com os danos ocorridos, não se afigurando como justificável nem socialmente correcto a sua deslocação para outros (*ubi commoda, ibi incommoda*).²¹

Actualmente nota-se uma forte tendência no sentido de alargar a extensão da responsabilidade pelo risco, introduzindo nela novos tipos.²² Estas tendências encontram-se ligadas a defesa do consumidor, de “interesses difusos”, como o da protecção do ambiente, e está em harmonia com a tendência mais geral de defesa do lesado, pela necessidade de uma maior protecção face aos riscos que o desenvolvimento tecnológico da sociedade industrial acarreta.²³

A última espécie da responsabilidade civil (extracontratual), é a responsabilidade pelos factos lícitos. Como dissemos anteriormente que o nosso sistema jurídico admite esta responsabilidade com carácter de excepcional. Trata-se aqui de situações em que o titular de um direito fica obrigado a tolerar determinadas intervenções no mesmo, adquirido em contrapartida um direito de ser indemnizado.²⁴

A prior parece contraditório que o direito reconheça um facto como lícito e obrigue ao seu autor o dever de indemnizar outrem. Porém não é de modo algum paradoxal. Pretende-se em tais

²⁰ HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. 2º impressão da edição de 1992. Almedina. Novembro de 2003.p.73

²¹ Idem

²² É o caso por exemplo da responsabilidade do produtor ou fabricante decorrente dos produtos defeituosos.

²³ PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ªed. 2º impressão. Coimbra editora.2012. p.134

²⁴ HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. 2º impressão da edição de 1992. Almedina. Novembro de 2003.p.75

situações compensar o sacrifício de um interesse menos valorado na composição de um conflito teleológico, porque uma prevalência absoluta e total do interesse oposto seria injusto.²⁵ Estas situações sendo excepcionais, estão expressamente previstos na lei (cfr. 339º nº 2, 1322º nº 1, 1347º nº 3, 1348º nº 2, 1349º nº 3, e 1367º).²⁶

Sublinhar que todas as espécies de responsabilidade civil (extracontratual) têm a sua origem somente na lei, constituindo desta forma uma obrigação por força da lei. Diferentemente da responsabilidade contratual, esta baseia-se na vontade das partes, na sua autonomia privada. Há que diferenciar as consequências jurídicas oriundas de uma conformação autónomo-privada, das simples consequências legais que se verificam na lei somente por comando da lei.²⁷

A responsabilidade civil não abrange unicamente os particulares, também atinge o Estado, quer dizer o Estado pode responder extracontratualmente. Porém o Estado não responde por actos próprios, mas pelos actos de outrem²⁸, que lhes são imputáveis. De igual forma, acontece com outras entidades públicas com personalidade jurídica, igualmente estas respondem perante terceiros pelos prejuízos causados pelos seus órgãos, agentes e representantes. São estes princípios que decorrem do artigo 58º. nº 2 da CRM.²⁹

No exercício das suas funções o Estado pratica actos de “gestão privada” e actos de “gestão pública”, razão pela qual que o Estado e outras entidades públicas não respondem por danos de igual modo. Há que distinguir danos resultantes em actividade de “gestão privada” e danos

²⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ªed. 2ª impressão. Coimbra editora.2012. p.136

²⁶ HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª impressão da edição de 1992. Almedina. Novembro de 2003.p.75

²⁷ HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª impressão da edição de 1992. Almedina. Novembro de 2003.p.76

²⁸ r e f e r i m o s aqui aos actos praticados pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de actividades de gestão privadas.

²⁹ O n.º 2 do artigo 58 de CRM estabelece que “O Estado é responsável pelos danos causados por actos ilegais dos seus agentes, no exercício das suas funções, sem prejuízo do direito de regresso nos termos da lei.”.

causados em actividade de “gestão pública”. Esta distinção faz-se de acordo com os critérios delimitativos de direito público e direito privado.³⁰

O artigo 501º do Código Civil³¹, aplica-se nos casos da responsabilidade do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público em actividade de gestão privada, quer dizer, nas situações em que actua despido do seu *ius imperium*. Este artigo remete para regime da responsabilidade do comitente previsto no art. 500º, que estabelece um regime específico da responsabilidade pelo risco. Nestes casos o Tribunal competente para dirimir os eventuais litígios é o Tribunal judicial (comum).³²

Relativamente a responsabilidade do Estado ou outras pessoas colectivas públicas no domínio da gestão pública, não se aplica o art. 501º, mas outros dispositivos legais (cfr. art. 13º da Lei 14/2011 de 10 de agosto; art. 27º da Lei 14/2011 de 8 de fevereiro). Segundo estes diplomas o Estado e demais pessoas colectivas públicas respondem perante terceiros pelas ofensas dos direitos destes ou das disposições legais destinadas a proteger os seus direitos, decorrente de actos ilegais praticados pelos respectivos órgãos ou agentes administrativos no exercício das suas funções ou por causa desse exercício. Aqui no caso de litígio o Tribunal competente para julgar a matéria é o Tribunal administrativo (cfr. art. 230º CRM; art. 4º da Lei 24/2013 de 01 de dezembro)

Já vimos anteriormente que o sistema jurídico Moçambicano consagra duas formas de responsabilidade: por um lado temos a responsabilidade contratual que resulta da violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico; é a responsabilidade do devedor para com o credor pelo não cumprimento da obrigação, por outro lado, encontramos a responsabilidade

³⁰ HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª impressão da edição de 1992. Almedina. Novembro de 2003. p.77

³¹ Entretanto, o artigo 501 do CC refere que “O Estado e demais pessoas colectivas públicas, quando haja danos causados a terceiros pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de actividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários”.

³² HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª impressão da edição de 1992. Almedina. Novembro de 2003. p.78

extracontratual, também denominada *aquiliana*, ou *delitual*, que decorre da violação de um dever geral contraposto a um direito absoluto (direito de personalidade, direito real).³³

Alguns autores queixam-se da ausência de alguma rigorosidade no conceito da responsabilidade contratual. Entendem que nesta responsabilidade a obrigação de indemnizar pelo não incumprimento não se esgota unicamente na violação do contrato, pois pode advir de uma fonte diferente do contrato (negocio unilateral, gestão de negócios), razão pela qual, sugerem a substituição da fórmula da responsabilidade, pelas expressões *responsabilidade negocial ou responsabilidade obrigacional*.³⁴

Outrossim, tem sido pugnado uma terceira via da responsabilidade civil, cuja localização estaria entre a responsabilidade extracontratual (aquilina) e a responsabilidade contratual. Trata-se em responsabilidade fundada em *culpa in contrahendo*, violação de deveres laterais ao contrato, “responsabilidade pela confiança”.³⁵

Resta dizer que a responsabilidade civil é distinta da responsabilidade penal. A primeira mira a reparação de danos causados em interesse ou direitos em conformidade com a iniciativa do próprio, do lesado. A outra visa a satisfação do interesse público, quer dizer, a convivência pacífica dos indivíduos na sociedade, protegida pelo direito penal.³⁶

Na responsabilidade civil, a defesa do direito lesado compete ao particular, a responsabilidade penal é uma obrigação que somente cabe ao Estado. Responsabilidade civil e responsabilidade penal (criminal) podem ocorrer simultaneamente quando um facto civil

³³ PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ªed. 2ª impressão. Coimbra editora.2012. p.137

³⁴ Idem

³⁵ CARNEIRO DA FRADA, Manuel. *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedade*. Coimbra, 1997; PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, AntónioPinto, PINTO, Paulo Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ªed. 2ªimpressão. Coimbra editora.2012. p.137; ANTUNES VARELA,João de Matos. *Das obrigações em geral*, Vol.I, 10ª ed. Coimbra. 2000.

³⁶ HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. 2ªimpressão da edição de 1992. Almedina. Novembro de 2003.p.76

configurar ao mesmo tempo um crime³⁷ (p.ex., ofensas ou violações de direitos de personalidade, art. 70º e ss podem constituir crimes contra as pessoas segundo o código penal).

2.2.1 Responsabilidade Contratual ou Obrigacional³⁸

Há responsabilidade contratual (obrigacional) sempre que por força de um contrato surgem direitos e deveres para ambas as partes.

Na responsabilidade contratual atende-se à violação de direitos relativos. Se quem contrata tem direito a receber a coisa ou o serviço contratado, o contratado, por outra via, terá o dever de prestar a coisa ou o serviço acordado.

Outrossim, o contratante tem o dever de pagar o preço da coisa ou do serviço recebido e a contraparte o direito de receber o preço. Estamos, perante contratos sinalagmáticos ou bilaterais, isto é, contratos que impõem direitos e deveres para ambas as partes.

Nota-se, todavia, que apesar do contrato ser a fonte mais geral da responsabilidade contratual, ela poderá advir igualmente por via de um negócio unilateral ou da lei³⁹. Quanto a responsabilidade médica, podemos afirmar que ela igualmente está presente sempre que o médico viole os seus deveres contratuais para com o seu paciente-cliente. Estaremos face a responsabilidade contratual médica quando, por ex., um paciente se dirija a uma clínica ou consultório privado e celebre com o médico um contrato de prestação de serviços⁴⁰.

Numa relação contratual, o contrato deve ser pontualmente cumprido⁴¹. O incumprimento, total ou parcial, impõe a obrigação de indemnizar⁴². Mas, nem sempre foi desta forma. Na verdade, durante muito tempo rejeitou-se a ideia que entre o médico e o paciente pudesse existir uma responsabilidade com base no incumprimento de uma obrigação assumida pelas partes⁴³. Actualmente, esta ideia há muito que ficou para trás e, no âmbito das relações privadas da saúde,

³⁷ HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª impressão da edição de 1992. Almedina. Novembro de 2003.p.76

³⁸ Cf. arts. 798º e ss

³⁹ VARELA, João De Matos Antunes. *Das Obrigações Em Geral*, vol. 1, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000. P.519

⁴⁰ Cf. art. 1154º do CC.

⁴¹ Cf. n. 1 do art. 406º do CC

⁴² Cf. arts. 798º e ss e arts. 562º e ss todos do CC

⁴³ PINTO, Rute Teixeira, “*A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção da Perda da Chance e a Tutela do Doente Lesado*”, Coimbra Editora, 2008, págs. 56 e ss

está recomendado na doutrina maioritária a ideia de que o acordo celebrado entre o médico e o paciente é realmente um contrato de prestação de serviços.

2.2.2 Responsabilidade Civil Extracontratual

A responsabilidade extracontratual ou delitual é uma modalidade de responsabilidade que tem origem em fonte distinto da obrigacional. Comumente, esta responsabilidade, igualmente chamada por aquiliana, desencadeia-se com a violação de um direito absoluto, nomeadamente a honra, vida, integridade física, etc.

O nosso ordenamento jurídico, por via de regra, somente abre espaço a responsabilidade extracontratual por factos ilícitos.

É justamente esta forma de responsabilidade que está presente sempre que um médico pratique um acto médico em desacordo com violação do dever objectivo de cuidado num estabelecimento estatal de saúde⁴⁴.

Da mesma forma, sobre o médico, que preste os seus serviços num estabelecimento privado de saúde, pode recair uma responsabilidade extracontratual.

Olhemos, a título de exemplo, a situação de o médico pôr em causa um qualquer direito absoluto do paciente, por ex., se numa mera cirurgia, realizada numa clinica, é posta em risco a vida do paciente. Num tal caso, o médico estará igualmente sob o escrutínio da responsabilidade extracontratual, porque para além de ter violado o contrato de prestação de serviços, que deve ser pontualmente cumprido, violou igualmente um direito absoluto do paciente⁴⁵. Estamos face concurso de responsabilidade.

⁴⁴Estabelecimentos estatal de saúde são “todas as pessoas colectivas públicas que, no seio do SNS, asseguram cuidados de saúde aos beneficiários deste”. Noção proposta por Sérvulo Correia apud Ana Raquel Gonçalves Moniz, “**Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa**”, Coimbra Editora, 2003, p. 12

⁴⁵ Cf. n. 1 do art. 70º e n. 1 do art. 483º do CC

2.2.3 Responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos ou subjectiva

A responsabilidade civil extracontractual, também chamada aquiliana, segundo professor Mário Júlio de Almeida Costa, deriva da violação de um dever ou vínculo jurídico geral (obrigação em sentido lato), isto é, de um daqueles deveres de conduta impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos⁴⁶. Pese embora esta abordagem não seja a que o estudo em apreço se prese centrar a sua abordagem, para uma compreensão exaustiva e mais detalhada dos aspectos distintivos de cada uma das responsabilidades, julgou-se pertinente, que a mesma fosse aqui aflorada.

A cláusula geral da responsabilidade civil extracontratual está prevista no art. 483 do CC, que apresenta como pressupostos: o facto voluntário do agente; ilicitude; culpa; dano e; nexo de causalidade entre o facto e o dano.

De acordo com Menezes Leitão, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil é o *facto voluntário do agente*, que se traduz no comportamento dominável pela vontade que possa ser imputado a um ser humano e visto como expressão da conduta de um sujeito responsável.⁴⁷

Ainda na óptica do referido autor, o facto voluntário do agente pode revestir duas formas: a acção e a omissão. tratando-se de uma acção, a imputação da conduta ao agente apresenta-se como simples. Já no caso da omissão essa imputação ao agente exige algo mais: a sua oneração com um dever específico de praticar o acto omitido. Efectivamente, se existe um dever genérico de não lesar os direitos alheios (*neminem laedere*), já não existe um correspondente dever genérico de evitar a ocorrência de danos para outrem, uma vez que a sua instituição multiplicaria exponencialmente as ingerências na esfera jurídica alheia, tornando a vida em sociedade impossível.⁴⁸

O legislador optou claramente por este último sistema, estabelecido no art.483º, uma cláusula geral limitada, correspondente ao somatório, ainda que com a formulação mais abrangente.⁴⁹

⁴⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6ª ed Revista Actualizada, com colaboração de António Alberto Vieira Cura, Almedina, Coimbra, 2013, p. 84

⁴⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 296

⁴⁸ Idem

Temos como segundo pressuposto a *ilicitude*, que nos termos do art. 483º CC, pode consistir na violação de direitos subjectivos alheios, ou de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios. surgindo ainda noutros locais previsões específicas de comportamentos ilícitos (arts. 334º, 335º, 484º e 485º.)⁵⁰.

Em qualquer dessas previsões a ilicitude aparece sempre configurada como um juízo de desvalor atribuído pela ordem jurídica. A dúvida que se coloca reside, porém, em determinar se esse juízo de desvalor se refere em relação ao comportamento do agente (teoria de desvalor do facto) ou se pelo contrário incide sobre o próprio resultado (teoria do desvalor do resultado).

A teoria do desvalor do resultado foi durante imenso tempo maioritariamente defendida, em virtude da influência da doutrina da acção causal. De acordo com esta concepção, o desvalor do resultado causado pela acção (v.g. a morte da vítima) preenche logo o requisito da ilicitude, sendo o agente responsabilizado se o seu comportamento é culposos. Esta solução foi, no entanto, posteriormente posta em causa na medida em que qualificaria como ilícitos comportamentos perfeitamente conforme ao tráfego, apenas porque são casualmente adequados a produzir o resultado. ora se o agente actuou conforme as regras do tráfego parece incorrecto considerar presente a ilicitude (ainda que excluída por uma causa de justificação), só porque esse comportamento conduzido ao resultado, como no exemplo de condutor de comboios que, conduzindo correctamente mata um suicida que se tinha colocado sobre a linha ferea, ou no caso de fabricante de armas e automóveis, relativamente a danos causados por objectos.⁵¹

Mais adiante iremos debruçar de forma separada e detalhadamente sobre cadauma das responsabilidades acima mencionadas.

Portanto a condição essencial da responsabilidade civil, nesta óptica, incide na culpa, que pode traduzir-se num facto intencional, ou em simples imprudência ou negligência. Esta mudança de condicionalismos levou a encarar a responsabilidade civil de novos ângulos. A dinâmica de vida moderna, impõe aos actores sociais a incorporar nos seus ordenamentos jurídicos diplomas legais ajustados a realidade e que satisfaçam os reais anseios e expectativas da sociedade.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 296

49

⁵⁰LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 298

⁵¹LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 300

O terceiro requisito é a *culpa*, ela pode ser definida como um juízo de censura ao agente por ter adoptado o comportamento que tomou, quando de acordo com o imperativo legal seria obrigado a adoptar conduta distinta. Deve ser percebida em sentido normativo, como a omissão da diligência que seria exigível ao agente de acordo com o padrão da conduta que a lei impõe. Nesta ordem de ideia, o juízo de culpa representa um desvalor atribuído pela ordem jurídica do facto voluntário do agente, que é visto como axiologicamente reprovável⁵².

O art. 483º CC admite dois modos de culpa: o dolo e a negligência. O dolo para efeitos de responsabilidade civil corresponde à intenção do agente de praticar o facto. Já na negligência ou mera culpa não se verifica esta intenção, todavia a conduta do agente não deixa de ser censurável em virtude de ter omitido a diligência a que estava legalmente obrigado⁵³.

No que concerne aos critérios de apreciação e graduação da culpa podem ser estabelecidos por duas formas. O primeiro critério indica para apreciação de culpa em concreto, exigindo ao agente a diligência que ele põe habitualmente nos seus próprios negócios ou de que é capaz. Um segundo critério aponta para apreciação de culpa em abstracto, exigindo a lei ao agente a diligência padrão dos membros da sociedade, a qual é naturalmente a diligência do homem médio⁵⁴

O art. 799ºnº 2 estabelece que o critério para apreciação de culpa na responsabilidade obrigacional é comum à responsabilidade delitual. Este critério encontra-se formulado no art. 487ºnº 2, onde prevê “a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom de família, segundo as circunstâncias do caso”. Aponta-se desta forma para apreciação de culpa em abstracto segundo a diligência do homem médio⁵⁵.

Relativamente as causas de exclusão da culpa, ela pode ser excluída sempre que o agente se encontre em determinada situação que afaste a possibilidade de a ordem jurídica estabelecer um juízo de censura em relação a sua conduta. Podemos indicar como causas de exclusão da culpa as seguintes:

⁵²LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 323

⁵³LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 325

⁵⁴ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 330

⁵⁵ Idem

Erro desculpável: Este erro acontece sempre que a actuação do agente resulte de uma falsa representação da realidade, que não possa, em face das circunstâncias, ser censurada. Por exemplo, determinado sujeito anda a ser perseguido numa floresta por um grupo de malfeitores e na fuga depara com três homens armados que julga fazerem parte do grupo, pelo que decide atirar, vindo, porém, mais tarde a descobrir que esses três homens eram meros caçadores. Nesta situação, ocorrerá a exclusão da culpa do agente, uma vez que a sua reacção é compreensível naquelas circunstâncias;

Medo invencível: Este caso ocorre sempre que a actuação do agente tenha sido provocada por um medo que ele não conseguiu ultrapassar, sem que tal lhe possa, em face das circunstâncias, ser censurado, por exemplo dois náufragos numa jangada, na iminência de morrer de inanição, matam e comem um terceiro náufrago, assim sobrevivendo. Naturalmente esta morte não pode considerar lícita, mas o medo invencível dos agentes pode excluir a sua culpa. Um outro caso em que a lei prevê ainda o medo como causa de exclusão da culpa, diz respeito ao excesso de legítima defesa⁵⁶.

Desculpabilidade: Fora das causas de exclusão da culpa retro mencionadas, admite-se ainda de forma comum a exclusão da culpa do agente, sempre que, não se verificando medo nem erro, em face das circunstâncias da situação não lhe fosse exigível conduta distinta. Por exemplo, o caso de um médico que causa danos ao doente numa intervenção cirúrgica de emergência geral provocado por uma catástrofe, ter sido obrigado a trabalhar dezoito horas seguidas sem o descanso adequado. Nesta situação, não obstante a existência do erro médico as circunstâncias concretas em que ele ocorreu tornam-no desculpável, excluindo assim a indemnização⁵⁷.

A culpa nem sempre é exclusiva do lesante pode concorrer com a existência simultânea de culpa do lesado, entendendo-se essa, nos termos do art. 487º n.º 2, como omissão de diligência que teria levado um bom pai de família, nas circunstâncias do caso, a evitar ou reduzir os danos sofridos. Nesta situação, tendo sido demonstrada a culpa do lesante, o art. 570º n.º 1, estabelece que “cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida

⁵⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, **Direito das Obrigações**, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 340

⁵⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, **Direito das Obrigações**, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 341

ou mesmo excluída”⁵⁸. Na situação de a culpa do lesante não ter sido provada, mas ser apenas presumida, salvo disposição em contrário, excluirá o dever de indemnizar (art.570ºnº 2), regra que se deve igualmente considerar aplicável, por maioria de razão à hipótese da responsabilidade pelo risco. No caso da responsabilidade subjectiva ou por culpa, caberá o tribunal apreciar se e em que medida a concorrência da culpa do lesado com a culpa do lesante deve relevar para efeitos da atribuição da indemnização⁵⁹.

Para o regime da culpa do lesado se aplicar é preciso que a actuação do lesado seja subjectivamente censurável em termos de culpa, não sendo suficiente a simples casualidade do seu comportamento face aos danos. Para que isso ocorra é que o lesado seja imputável⁶⁰. Actuação culposa do lesado que contribui para os danos, não corresponde, porém, a um acto ilícito, todavia somente a inobservância de um *ónus jurídico*, visto que não existe um dever jurídico de evitar a o surgimento de danos para si próprio.

Relativamente ao dolo do lesante, não parece que a sua existência afasta a possibilidade de ponderação da culpa do lesado, visto que o art. 570º não consagra este pressuposto, ao contrário do que ocorre no art. 494º. Por exemplo, se determinado sujeito atingir outrem com um punhal, com intenção de lhe provocar danos corporais, e os danos vêm a ser consideravelmente agravados por o lesado se recusar a tratar o ferimento, a agravação dos actos sofridos deve ser-lhe imputado, e não ao lesante⁶¹.

A lei consagra ainda uma correlação entre a culpa do lesado e a culpa dos seus auxiliares ou das pessoas de que ele se tenha utilizado (art.571º), evitando desta forma que o juízo da culpa que pode recair sobre o lesado seja prejudicado pela interposição da culpa de algumas dessas entidades. Quanto a prova da culpa do lesado, a lei faz correr o *ónus* da prova por conta do lesante, admitindo-se, todavia que o tribunal conheça oficiosamente, ou seja, sem que seja alegada(art.572º).

⁵⁸ PROENÇA, Brandão, **Direito das Obrigações**, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 139-151

⁵⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, **Direito das Obrigações**, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 342

⁶⁰ FARIA, J. Ribeiro. **Direito das obrigações**, vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, p. 524

⁵⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, **Direito das Obrigações**, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 341

Como quarto requisito encontramos o *dano*. De acordo se mencionou, da responsabilidade civil decorre a obrigação de indemnizar “os danos” sofridos pelo lesado. O dano aparece por isso como condição essencial da responsabilidade. Por mais censurável que seja a conduta do agente, se as coisas sucederem bem e ninguém sair lesado, não poderá ele ser sujeito à responsabilidade civil.

Entende-se por dano a supressão de uma vantagem que o sujeito beneficiava. Este conceito não será, porém, bastante para definir o dano em termos jurídicos, uma vez que as vantagens que não sejam juridicamente tuteladas não são susceptíveis de indemnização. A noção de dano terá por isso que ser definido num sentido simultaneamente fáctico e normativo, isto é, como *a frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica*⁶².

Dentro da noção de dano, é possível estabelecer uma diferença entre o *dano em sentido real* e o *dano no sentido patrimonial*. Em sentido real, o dano corresponde à avaliação em abstracto das utilidades que eram de tutela jurídica, o que implica a sua indemnização através do objecto lesado (restauração natural) ou de entrega de um outro equivalente (indemnização específica). Em sentido patrimonial, o dano corresponde à avaliação concreta dos efeitos da no âmbito do património do lesado, consistindo assim a indemnização na compensação da diminuição verificada nesse património, em virtude da lesão.

Por exemplo, se um determinado sujeito embate na viatura de outra pessoa, o dano em sentido real consistirá na perda ou deteiorização do carro. Já o dano em sentido patrimonial corresponderá às alterações que se verificam no património do lesado em consequência dessa perda ou deteiorização, nomeadamente as despesas do conserto e as importâncias que deixou de auferir em consequência da não utilização da viatura.

O art.562º reza como princípio geral de que “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”, o que implica a lei dar primazia à sua reconstituição natural ou à sua indemnização em espécie, no âmbito da obrigação de indemnização. Neste sentido, pode afirmar-se que o critério predominante é o da determinação do dano em sentido real. Desta forma deve-se proporcionar-se

⁵⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 341

ao lesado as mesmas utilidades que ele possuía antes da lesão, através da reconstituição do bem afectado ou da entrega de um bem idêntico⁶³.

Todavia, já o art. 566º nº 1 estabelece que “a indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos, ou seja, excessivamente onerosa para o devedor”. Quando já não é possível reparar o bem ou entregar outro equivalente, ou quando este modo de indemnização não seja bastante para reparar todos os danos sofridos pelo devedor, ou ainda quando se torna absolutamente desproporcionado em face dos sacrifícios que importa exigir do lesante a reconstituição natural do dano, a lei vem consagrar que a indemnização seja fixada em dinheiro. Nesta situação, “a indemnização em dinheiro toma como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data, se não existissem danos (art. 566º nº 2), o que implica partir de uma noção de dano em sentido patrimonial, determinado pela diferença entre a situação patrimonial hipotética, se não existissem os danos⁶⁴.

Em relação aos danos patrimoniais é possível estabelecer uma distinção entre *danos emergentes* e *lucros cessantes*. Os danos emergentes correspondem desta forma à situação em que um sujeito em consequência da lesão vê frustrada uma utilidade que já tinha adquirido. O lucro cessante corresponde àquela situação em que é frustrada uma utilidade que o lesado iria adquirir, se não fosse a lesão.

A indemnização pelos danos emergentes não coloca problemas especiais, bastando que o lesado possuísse uma utilidade que perdeu em consequência da lesão. Já em relação aos lucros cessantes, tem-se entendido que os mesmos somente se verificam se o lesado, no momento da lesão for titular de uma expectativa jurídica que lhe permitisse a aquisição de um benefício, tende deixado esta aquisição se verificar em consequência da lesão⁶⁵. Não basta, todavia, uma simples hipótese de aquisição desse ganho, tendo que existir uma probabilidade quase em termos de certeza de que essa aquisição sucederia⁶⁶

⁶³ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 344

⁶⁴ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 345

⁶⁵ TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 337

Estabelece-se igualmente uma diferença entre *danos presentes* e *danos futuros*. Correspondem os danos presentes os verificados no momento da fixação da indemnização, sendo danos futuros da situação inversa.

O art. 564º nº 2 reza que “na fixação da indemnização pode o Tribunal atender os danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior”. Desta regra decorre, em primeiro lugar, que o facto de o dano ainda não ter ocorrido não é motivo para afastar a indemnização, bastando-se o tribunal com previsibilidade da ocorrência do dano para a fixar. A fixação da indemnização naquele momento depende, todavia, da determinabilidade do dano futuro. Efectivamente, se este não for logo determinável em objecto ou quantidade a fixação da indemnização deverá ser remetida para a execução.

Estabelece-se também uma distinção entre os danos patrimoniais e os danos não patrimoniais, igualmente designados danos morais. Os danos patrimoniais são aqueles que correspondem à frustração de utilidades susceptíveis de avaliação pecuniária, como no caso de destruição de coisas pertencentes ao lesado. Os danos não patrimoniais são aqueles que correspondem à frustração de utilidades não susceptíveis de avaliação pecuniária, como a dor decorrente da perda de um ente querido. A diferença entre estes dois danos não tem por isso haver com a natureza do bem afectado, todavia com o tipo de utilidades que esse bem proporcionava e que vieram a frustrar com a lesão. Deste modo, se um sujeito causa uma lesão no corpo de outrem, este sofrer danos não patrimoniais, correspondentes à dor e sofrimento físico suportados, todavia pode igualmente sofrer danos patrimoniais, correspondentes à redução no valor da sua força de trabalho⁶⁷De igual maneira, a lesão de uma coisa pode provocar danos patrimoniais como diminuição do seu valor comercial, mas igualmente danos não patrimoniais, se esta possuir elevado valor estimativo.

Entre os danos patrimoniais inclui-se a privação do uso das coisas ou prestações, como ocorre na situação de um sujeito ser privado da utilização de uma viatura seu ou ser impedido de

⁶⁶JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa, CEF, 1968, reimp. Coimbra, Almedina, 1995. p. 378

⁶⁷LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 347

realizar uma viagem turística que tinha contratado. Efectivamente, o simples uso configura uma vantagem susceptível de avaliação pecuniária, pelo que a sua privação constitui um dano⁶⁸.

A atribuição da indemnização por danos não patrimoniais desde a bastante tempo foi objecto de confusão⁶⁹. Fundamentava-se sentido oposto que os mencionados não são por natureza passíveis de reparação já que não há nada que permita compensar a dor ou o desgosto sofrido por alguém. Deste modo, a atribuição de indemnização em dinheiro quando o dano não se reveste de natureza acabaria por conduzir a um enriquecimento da vítima, que receberia uma quantia em dinheiro sem que seu património tivesse sofrido qualquer diminuição. Fora disso, a indemnização dos danos morais equivaleria a um modo de comercialização do sentimento, que se teria de considerar como imoral, correspondente a uma visão materialista da sociedade. Por último diz-se que, sendo os danos não patrimoniais insusceptíveis de avaliação pecuniária, o quantitativo que se viesse a fixar para a sua reparação seria totalmente arbitrário, por não haver critério que permitisse ao julgador calcular o valor da indemnização a atribuir⁷⁰.

A estes fundamentos tem-se respondido que, se a indemnização por danos não patrimoniais não elimina o dano sofrido pelos menos permite atribuir ao lesado determinadas utilidades que lhe permitirão alguma compensação do que coisa nenhuma. Atribuição dessa compensação não representa qualquer imoralidade, visto que não decorre do comércio de bens não patrimoniais, representando, pelo contrário, uma sanção ao ofendido por ter privado o lesado das utilidades que aqueles bens lhe proporcionam⁷¹.

Hodiernamente, o caso encontra-se resolvido em virtude do art. 496º nº 1 estabelece que “a fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam tutela do direito”. Deste artigo decorre de forma clara a admissibilidade comum do ressarcimento dos danos não patrimoniais.

⁶⁸ PINTO, Paulo Mota. *Dano da privação do uso*, EDC nº 8(2006/2007). pp 229-273 e *Interesse contratual negativo e Interesse contratual positivo*, I ed. Coimbra, Coimbra editora.2008, pp 568 e ss; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, Vol.I, 10 ed. Coimbra. 2000, pp.909, PROENÇA, Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra, Almedina. 1997, p.676

⁶⁹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 379

⁷⁰ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 349

⁷¹ Idem

A lei ainda nos diz que a indemnização por danos não patrimoniais é fixada equitativamente, tomando em consideração não apenas a extensão dos danos causados, mas igualmente o grau da culpabilidade do agente, a situação económica desde e do lesado e as demais circunstâncias do caso (arts. 496º, nº 3, primeira parte, e art. 494º. Daqui decorre que a indemnização por danos não patrimoniais não reveste natureza exclusivamente ressarcitória, mas também cariz punitivo, assumindo-se com uma pena privada, estabelecida no interesse da vítima por forma a desagravá-la da conduta do lesado⁷².

Como quinto e último requisito encontramos *nexo de casualidade entre facto e o dano*. O art. 483º, ao consagrar a obrigação de indemnização como sanção “para a conduta ilícita e culposa do agente, limita, no entanto, essa indemnização aos “danos decorrentes da violação”, o que implica exigir que essa conduta seja causa dos danos sofridos, ou seja que haja um nexo de casualidade entre facto e o dano⁷³.

Este pressuposto tem gerado algum problema quanto ao limite em que se pode admitir esse nexo de casualidade entre facto e o dano, visto que o facto pode ser causa do dano em termos muito longínquos, que tornam difícil responsabilizar o agente por este.

Assim por exemplo, um comerciante vendeu a um lavrador uma vaca que ele sabia estar infectada como uma doença contagiosa, tendo dissimulado este vício. O lavrador coloca a vaca juntos dos seus outros animais, acabado todos por vir a perecer da mesma doença. Em consequência o lavrador vê-se impedido de lavrar as suas terras, perdendo assim o rendimento agrícola que habitualmente auferia. Daí que os credores decidem executar os seus bens que são vendidos judicialmente ao desbarato. O lavrador, desesperado com a triste sorte põe termo a sua vida⁷⁴.

Neste caso naturalmente não faria sentido que o comerciante, por ter vendido uma vaca doente, seja responsabilizado por todos os infortúnios que atingiram o lavrador. Razão pela qual

⁷² TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 387 e LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p.285 e ss

⁷³ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 358

⁷⁴ Idem

haver necessidade de fixar um critério para o estabelecimento de nexo de causalidade, que permitam que ele seja percebido não em termos naturalísticos, todavia em termos jurídicos⁷⁵.

No seio da doutrina os critérios para o estabelecimento do nexo de causalidade têm consistido nas seguintes teorias:

a) teoria das equivalências das condições

A teoria das equivalências das condições, também chamada como teoria da *condition sine qua non* considera causa de um evento toda e qualquer condição que tenha concorrido para a sua produção, em termos tais que a sua não ocorrência implicaria que o evento deixasse de se verificar, ou seja o que caracteriza o conceito da causa de um evento é somente a imprescindibilidade de uma condição para a sua verificação não se justificando estabelecer qualquer apreciação da relevância jurídica dessas condições, uma vez que todas elas são equivalentes para o processo causal, mesmo que o evento apenas decorra da acção conjugadas de ambas. Assim por exemplo, duas empregadas de restaurante, actuando isoladamente uma da outra, colocaram veneno na comida de uma pessoa em dose individuais insuficientes para lhe causarem a morte, mas vindo esta a ocorrer em resultado do efeito conjugado das duas doses, qualquer dessas doses é considerada causa da morte, uma que sem qualquer delas fosse retirada, o evento deixava de se verificar⁷⁶.

Esta teoria empregada ao Direito a resultados ridículo. Efectivamente, ao se dizer a relevância de todas as condições para o processo causal, já que por si nenhuma teria força bastante, para afastar a outra, o resultado é abdicar-se de efectuar uma selecção das condições jurídicas⁷⁷

b) teoria da última condição

A teoria da última condição ou da causa próxima, somente considera causa do evento a última condição que se verificou antes de este ocorrer e que, portanto, o procede directamente.

A teoria não é, todavia, aceitável, uma vez que a acção não tem que produzir directamente o dano, podendo produzi-lo apenas indirectamente e nem sequer há obstáculos a que decorra um

⁷⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p. 358

⁷⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 359

⁷⁷ Idem

lapso considerável entre o facto ilícito e os danos (art.564º, nº2). Seria, por outra vai, muito injusto colocar toda a relevância do processo causal numa última condição, que maioria das vezes é provocada por uma condição antecedente, que se apresenta como a verdadeiramente decisiva para efeitos causais. Pense-se por exemplo, de alguém prender um inimigo numa jaula de leões, que vem a ser morto pelos animais. É evidente que a última condição (o ataque dos leões) não afasta a relevância causal do ilícito antecedente (a prisão na jaula)⁷⁸.

c) teoria da condição eficiente

A teoria da condição eficiente pretende que, para descobrir a causa do dano terá que ser efectuada uma avaliação quantitativa da eficiência das diversas condições do processo causal, para averiguar qual a que apresenta mais relevante em termos causais.

Esta teoria não fornece um verdadeiro critério para o estabelecimento do nexo causal. Efectivamente, escolher a condição mais eficiente em termos causais apenas é possível remetendo para o ponto de vista do julgador, o que acaba por redundar num subjectismo integral, totalmente inadequado para a construção jurídica.

Olhemos para o seguinte exemplo, uma mulher que habitualmente se dá mal com o marido, sem que, no entanto, tenha fundamento para dele se divorciar, vê-o chegar a casa alcoolizado, o que conduz a uma discussão entre os dois. No calor dessa discussão, o marido puxa de um revólver e atinge a mulher a tiro. Esta faz-se tratar por um curandeiro e morre, quando teria sido salva se tivesse sido tratada por um médico capaz. Se se perguntasse a uma série de pessoas qual é a causa da morte, obter-se-ia um conjunto de respostas diferentes, consoante as preocupações particulares de cada uma. Assim, um reformador social diria que a causa da morte foi a ausência de uma boa lei de divórcio; um apóstolo da anti-alcoolismo diria a causa da morte foi o consumo do álcool; um pacifista diria que a causa da morte foi não estar eficazmente proibido o uso de armas de fogo; um médico colocaria como causa da morte o curanderismo⁷⁹.

d) teoria da causalidade adequada

⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações* 2º, Lisboa. AAFDL,1980. p.335, e *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, Tomo III, Coimbra. Almedina. 2010.p.572

⁷⁹ ANDRADE, Manuel Domingos de. *Teoria Geral das Obrigações*, em colaboração de Rui de Alarcão, 3ª ed, Almedina, Coimbra, 1966, p. 358

De acordo com esta teoria para que exista nexo de causalidade entre o facto e o dano não basta que o facto tenha sido em concreto causa de dano, em termos de *condition sine qua non*. É preciso que, em abstracto, seja igualmente adequado a produzi-lo, de acordo o curso normal das coisas⁸⁰

A averiguação da adequação abstracta do facto a produzir o dano apenas pode ser efectuado *a posteriori*, através da avaliação se seria previsível que a prática daquele facto originasse aquele dano (*prognose póstume*). A doutrina da adequação admite que essa avaliação tome por base não apenas as circunstâncias normais que conduziria um observador externo a efectuar um juízo de previsibilidade, todavia igualmente circunstâncias anormais, desde que recognoscível ou conhecidas pelo agente. Assim por exemplo, acontecendo a morte da vítima, não deixaria de haver causalidade no apontar de uma arma descarregada, ou na ingestão de açúcar, se o agente soubesse ou devesse saber que a vítima tinha uma grave lesão cardíaca, na primeira situação, ou era diabético, na segunda. Na visão de MENEZES LEITÃO e BRANDÃO PROENÇA, a doutrina da causalidade adequada remete, no fundo para problemas de imputação subjectiva⁸¹.

Em qualquer caso esta teoria encontra-se subjacente ao art. 563º. Na verdade, esta regra vem procurar solucionar o problema do nexo de causalidade ao mencionar que “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

e) teoria do escopo da norma violada

A teoria do escopo da norma violada⁸² pugna, pelo inverso, que para o estabelecimento do nexo da causalidade é apenas necessário averiguar se os danos que decorreram do facto

⁸⁰COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª ed, Coimbra. Almedina. 2009, p. 763

⁸¹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Lisboa, CEF., 1991, reimp., Almedina, Coimbra. 2005, p. 237 e Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra, Almedina. 1997, p.193

⁸² CORDEIRO, António Menezes. *Da responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa. Lex, 1997. pp.532, e *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, Tomo III, Coimbra. Almedina. 2010. pp.537 e ss

corresponde à frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito através do direito subjectivo ou da norma da protecção.

Desta forma, o problema da determinação do nexo da causalidade termina por se reconduzir a uma questão de interpretação do conteúdo e fim específico da norma que serviu de base à imputação dos danos. Para MENEZES LEITÃO, a obrigação de reparar os danos causados constitui uma consequência jurídica de uma norma relativa à imputação de danos, o que implica que a averiguação do nexo causalidade somente se possa fazer a partir da determinação do fim específico e do âmbito de protecção da norma que determina essa consequência jurídica⁸³.

Fora das teorias retro analisadas, uma outra questão que se coloca no âmbito do nexo de causalidade diz respeito à designada relevância da causalidade virtual. Esta ocorre sempre que o dano decorrente da causa real se tivesse também ocorrido, na falta desta, por via de outra causa, designada a causa virtual. É o que ocorre no exemplo de alguém ter envenenado um cavalo, com intenção de lesar o seu proprietário, sendo, todavia antes disso o animal abatido a tiro por outra pessoa, com as mesmas intenções. Nesta situação, o disparo é a causa real do dano sofrido pelo lesado, constituindo o envenenamento uma causa virtual que iria da mesma forma produzi-lo.

Em abstracto seria possível conceber três soluções jurídicas para a questão da causa virtual. A primeira seria a da relevância positiva virtual, segundo a qual o autor da causa virtual seria responsabilizado pelo dano, nos exactos termos que o autor da causa real. A segunda seria a da relevância negativa da causa virtual, segundo a qual o autor da causa virtual não seria responsabilizado, todavia a existência dessa causa virtual serviria para afastar a responsabilidade do autor da causa real. A terceira seria a da irrelevância da causa virtual, Segundo a qual responsabilidade do autor do dano não seria minimamente afectada pela existência de uma causa virtual⁸⁴.

A solução da relevância positiva da causa virtual implicaria prescindir do nexo de causalidade, já que este é interrompido pela ocorrência da causa real. O autor da causa virtual

⁸³ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Lisboa, CEF., 1991, reimp., Almedina, Coimbra. 2005, p. 281

⁸⁴ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 363

seria por isso responsabilizados pelos danos que não resultaram da sua conduta, o que não é aceitável face ao disposto no art. 483°. Esta solução não é, por isso, admissível⁸⁵.

A solução da relevância negativa da causa virtual é mais discutível. Na verdade, esta é expressamente admitida na lei para determinado tipo de caso (arts. 491°, 492°, 493°, n°1, 616°, n°2 e 807°, n°2) onde se admite que a responsabilização possa não acontecer se ele demonstrar que o dano seria igualmente causado por um outro fenómeno (causa virtual). A dúvida que se coloca é, no entanto, a de determinar se estas regras são excepcionais ou se representam antes um afloramento de um princípio geral de relevância negativo da causa virtual⁸⁶.

Para PEREIRA COELHO, aquelas regras representam uma excepcionalidade e não correspondem ao regime normal da responsabilidade civil, mas antes instituem uma responsabilidade agravada em resultado de uma presunção de culpa ou de uma imputação pelo risco, funcionando a relevância negativa da causa virtual como uma compensação pelo agravamento da responsabilidade. Por outra via, desempenhando a responsabilidade civil não apenas funções reparatórias, mas também funções preventivas e punitivas, não se justificaria estabelecer genericamente a relevância negativa da causa⁸⁷.

Para PESSOA JORGE, este pronunciou-se a favor da aplicação comum desta solução, considerado ela a solução lógica em consequência da posição por si propugnada da fixação sempre da indemnização com base na teoria da diferença e que a função reparatória é a função primordial da responsabilidade civil, pelo que não se deve a prossecução de funções acessórias impedir a consagração da relevância negativa⁸⁸.

Para PAULO MOTA PINTO, igualmente admite a relevância negativa da causa virtual se a mesmo decorrer da ponderação da finalidade da norma, uma vez que esta relevância se imporia

⁸⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, **Direito das Obrigações**, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 363

⁸⁶ Idem

⁸⁷ COELHO, Francisco Pereira. **Obrigações**. Coimbra, polic.1967, pp.184-185

⁸⁸ PESSOA, Fernando Jorge. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Lisboa, CEF., 1968, reimp., Coimbra Almedina. 1995, pp. 417-418

quando a responsabilidade tenha somente uma função reparatória, de acordo com a teoria da diferença e se pretende evitar o enriquecimento do lesado⁸⁹.

Julgamos que esta solução é de acolher, visto que ocorrendo uma imputação delitual de um facto ao agente, ele irá responder pelos danos causados, não prevendo a lei como regime geral que essa responsabilidade impedida ou afastada pela causa virtual, o que configuraria ridículo perante às funções preventivas e punitivas conduzidas pela responsabilidade delitual. Se a lei concede relevância à virtual em casos específicos, é como uma causa acessória de exclusão da responsabilidade, que concede em casos restritos da responsabilidade agravada.

2.2.4 Responsabilidade Civil Extracontratual por risco ou objectiva

A responsabilidade objectiva- é a denominada responsabilidade pelo risco. Nesta situação, o lesante tem de indemnizar o lesado pelos danos ocorridos sem procedência de qualquer culpa sua. O fundamento da obrigação de indemnizar, nesta situação, já não é a censura da conduta do agente. Está em causa um critério principal de justiça. A lei identifica certas circunstâncias em que é justo responsabilizar um determinado sujeito pelos danos que sejam causados a terceiro. Nestas situações, não é justo que quem sofre certos danos conserve esses mesmos danos na sua esfera jurídica sem que possa fazer valer o seu direito à reparação.

Esta ideia baseia-se no princípio de que quem retira o proveito de um certo risco deve suportar as consequências negativas que a concretização desse risco venha a causar. Quando alguém exerce uma actividade perigosa colocando em risco um terceiro, não é justo que estes últimos fiquem com as consequências negativas na sua esfera jurídica.

Esta Responsabilidade não depende da comprovação do dolo ou da mera culpa do agente causador do dano, somente do nexo de causalidade entre o seu comportamento e o dano causado à vítima, ou seja, mesmo que o agente causador não tenha agido com dolo ou mera culpa, deverá indemnizar a vítima.

⁸⁹ PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e Interesse contratual positivo*, I ed. Coimbra, Coimbra editora.2008, pp 704 e ss

2.3 A “terceira via” na responsabilidade civil

Actualmente tem-se vindo discutir uma nova modalidade da responsabilidade civil, entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual, para abarcar a violação dos deveres específicos que embora constituído um adicional quanto à protecção delitual, não chegam a configurar obrigações em sentido técnico. Tratar-se-ia desta forma de casos de responsabilidade quase-obrigacional, ou de uma “terceira via” na responsabilidade civil.

Segundo CLAUS-WILHELM CANARIS, entre a responsabilidade delitual- que se caracterizaria por à semelhança do Direito penal, visar a tutela de certos bens jurídicos e admitir uma graduação com base na culpa do lesante- e a responsabilidade obrigacional- que protegeria o caso de incumprimento das obrigações, permitindo o ressarcimento de danos patrimoniais puros- admitir-se-ia uma responsabilidade assente em vinculações específicas, que representaria deveres dos participantes no tráfego negocial superiores ao deveres genéricos, cuja fundamentos se basearia no dever de boa fé negocial e não no dever geral de diligência. A ocorrência desses deveres permitiria aplicar o regime da responsabilidade obrigacional nomeadamente quanto ao ressarcimento dos danos patrimoniais puros, à responsabilidade dos auxiliares. Entre os institutos abrangidos situar-se-iam a *culpa in contrahendo*, a violação positiva do crédito e o contrato com eficácia de tutela para terceiros, onde se gerariam deveres de tutela, quer de direitos ou bens jurídicos, que de interesses puramente patrimonial. Todos esses deveres instituíram uma relação unitária de tutela que vigoraria entre as partes desde antes da celebração do contrato até a sua extinção⁹⁰.

2.3.1 A responsabilidade pré- contratual

Outrora, entendia-se que, antes da celebração do contrato as partes não adquiriam qualquer direito, visto que não se tinha ocorrido um válido exercício privada. Desta forma, o facto de se terem começado negociações, ou mesmo a emissão de declarações negociais,

⁹⁰ CANARIS/UWE DIEDERICHSEN(org), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23 April 1983*.Munchen, Beck, 1983.pp. 34 e 84 e ss

não poderiam nunca levar a um caso de responsabilidade, na situação de o contrato não se vir a concluir, o que apenas acontece quando é obtido o mútuo acordo sobre todas as cláusulas (art. 232º).

Hodiernamente a ideia da *culpa in contrahendo* torna-se imprescindível, visto que a evolução da sociedade tornou cada vez mais complexo o processo de formação dos contratos, conduzindo à existência de conversações múltiplas, envio carta de intenção, elaboração de acordos de princípios e emissão de declarações negociais sob reserva. Entretanto, esta complexidade de formação de contratos vai criando sucessivos casos de confiança nas partes, que seia inaceitável que não viessem a ser juridicamente protegidas mediante a responsabilidade civil. É essa a função da responsabilidade pré-contratual, estabelecido no art. 227º.

O art. 227º, nº1 ao referir-se simultaneamente aos preliminares e à formação dos contratos, a lei elucida-nos que a responsabilidade pré contratual abarca simultaneamente a fase negociatória, que resulta desde o começo das negociações até a emissão da proposta contratual, e a fase decisória, que resulta desde a emissão da proposta contratual até à conclusão do contrato, com a sua aceitação. A lei não difere os tipos de contratos abrangidos, pelo que a responsabilidade contratual pode ser aplicada a todo ou qualquer contrato, e não somente aos contratos obrigacionais⁹¹.

A lei impõe o cumprimento das regras da boa fé durante todo o processo de formação do contrato, entendendo que o simples facto de se entrar em negociações é susceptível de gerar uma situação de confiança na outra parte, confiança essa que é imediatamente protegida pelo Direito, mesmo antes de ter surgido qualquer contrato. Assim, caso esta situação de confiança venha ser lesada, com a violação das regras da boa fé, verifica-se um facto ilícito, que constitui o lesante no dever de indemnizar os danos sofridos pelo lesado. Ora a ilicitude do facto deriva da violação dos deveres acessórios de conduta, que nesta situação surgem antes da constituição do dever de prestar principal.

Estes deveres são impostos em virtude do princípio da boa fé, correspondendo assim aos vectores deste princípio, como seja a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente,

⁹¹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 373

sendo nesta situação primordial o primeiro vector. É a violação desses deveres que gera a *culpa in contrahendo*.

De acordo GALÃO TELLES⁹² a violação desses deveres compreende três situações:

- 1) a interrupção ou ruptura das negociações, conduzindo a que o contrato não se venha realizar;
- 2) a celebração do contrato, em termos tais que este venha a padecer de invalidade ou ineficácia;
- 3) a celebração válida ou eficaz do contrato, em termos tais que a forma que foi celebrado gere danos para uma das partes,

Quanto à ruptura das negociações, ele constitui uma situação que tem vindo ser objecto de largo debate na doutrina. O grosso número de autores sublinha que não se pode considerar as partes vinculadas a uma obrigação de concluir o contrato, somente pelo facto de terem entrado em negociações. Antes pelo inverso, uma vez que as negociações miram justamente a obtenção de um consenso, as partes têm que contar sempre com a possibilidade deste consenso não ser obtido, e que a parte contrária rompa as negociações quando chegar a essa conclusão, podendo também decidir da sua liberdade contratual, celebrar antes esse negócio com terceiro. Somente quando na outra parte tenha sido criada a confiança justificada de que o contrato iria ser concluído e ocorre uma ruptura das negociações sem motivo legítimo é que se pode considerar ter acontecido uma violação das regras de boa fé, única situação em que a responsabilidade pré-contratual se aplica.

Compete, todavia, questionar nessa situação quais os danos que devem ser indemnizados. A esta pergunta não poderá ser dada uma solução linear de que todos os danos devem ser indemnizados, uma vez que constituindo o dano uma frustração de uma utilidade que era objecto de protecção jurídica. Apenas a frustração de uma utilidade juridicamente protegida atribui direito à indemnização. Haverá, por isso, que averiguar quais são nesta situação as utilidades juridicamente protegidas, ora, não se tendo constituído um direito de crédito, por não ter se chegado a celebrar qualquer contrato, não parece possível que o lesado possa reclamar os danos sofridos em virtude de não realização da prestação, uma vez que não tinha obtido qualquer direito

⁹² TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p.71

prévio à sua realização⁹³. Os danos indemnizáveis são assim aqueles que a parte sofreu em virtude da confiança que lhe tinha sido criada pela outra parte, abarcando, por exemplo, as despesas que se revelaram infrutíferas, todavia igualmente a perda de ganhos que de outro modo teriam sido obtidos.

Tem vindo a ser confusa a qualificação da responsabilidade pré-contratual como responsabilidade obrigacional ou como responsabilidade delitual. A maioria da doutrina⁹⁴ inclina-se para a sua qualificação como responsabilidade obrigacional com o argumento da existência de um prévio dever de prestar, surgindo por imperativo legal, com início das negociações.

Para ALMEIDA COSTA pugna a sua qualificação como responsabilidade delitual⁹⁵. Julgamos que a responsabilidade pré-contratual se localiza no meio termo entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual, visto que não decorre de falta decumprimento de uma obrigação previamente assumida, nem da violação de um dever genérico deresperto dos direitos absolutos, todavia antes a deveres oriundos no âmbito de uma relação específica entre as partes, que impõe a protecção da confiança no sio do tráfego negocial.

Deste modo, não poder ser defendida a aplicação em bloco do regime da responsabilidade obrigacional ou responsabilidade delitual, mas antes reconhecer-se que se está mediante um dos casos incluídos no âmbito da terceira via da responsabilidade civil, onde o regime aplicável devera ser construído a partir da aplicação de regras da responsabilidade contratual ou da responsabilidade delitual, conforme o que se considerar mais adequada à solução da situação. Quanto à *culpa in contrahendo*, o regime aplicável será preponderadamente o da responsabilidade obrigacional, sujeitando-se, por isso, o autor do facto à presunção da culpa prevista no art. 799º e ficando a responsabilidade por actos dos auxiliares ao regime do art.800º. Haverá, no entanto, a aplicação

⁹³ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 376

⁹⁴ TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp.72 e ss, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da posição contratual*, reimp., Coimbra, Almedina.1982. p.351, CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, vol. I Coimbra 1984.p.585, *Tratado de Direito Civil Português, II*, Tomo I, 2º Edição. Almedina. 2000.p.585 e FARIA, J. Ribeiro. *Direito das obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, p. 130 nota (2)

⁹⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, na RLJ 116(1983-1984). pp.84-90,101-105,146-152,172-179,204-210 e251-256, estudo também publicado em separata, Coimbra, Coimbra Editora Almedina. 1984, p.98

de algumas soluções da responsabilidade delitual, uma vez que parece que não se deverá aplicar à *culpa in contrahendo* a exigência da capacidade negocial, e a lei manda expressamente aplicar a regra da prescrição da responsabilidade delitual (art. 227º, n.º 1)⁹⁶

2.3.2 A culpa post pactum finitum

A culpa post pactum finitum consiste na responsabilização das partes, após a extinção do contrato pelos danos causados à outra parte, em consequência de comportamentos que lhe seriam vedados por força da boa fé. De facto, após a extinção do contrato pode prolongar-se a necessidade do respeito de determinadas condições para que se prevaleça a satisfação do interesse do credor ou não resultem danos para as partes. A boa fé impõe que, após o cumprimento do devedor não venha retirar ou reduzir consideravelmente as vantagens que o cumprimento proporcionou ao credor. Caso o venha fazer, justifica-se a sua responsabilização pelos danos sofridos pela outra parte⁹⁷.

O argumento da responsabilização assenta na violação dos deveres acessórios da boa fé. Os deveres acessórios que vigoram entre as partes por força do princípio da boa fé podem manter-se após a extinção do vínculo obrigacional, uma vez que, conforme se referiu, a sua função extravasa a simples realização do programa obrigacional. Assim, na situação de ter sido criada um caso de confiança, que se pressupõe, ser respeitada após a extinção do vínculo obrigacional, não deixará de existir responsabilidade se uma das partes trair a confiança da outra parte⁹⁸. É o que sucederá, por exemplo, se uma das partes resolver, após a extinção do contrato, revelar os segredos industriais da outra parte aos outros concorrentes, ou após o trespassse de um estabelecimento comercial decidir abrir o outro para fazer-lhe concorrência directa (violação de um dever de

⁹⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 377

⁹⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 378

⁹⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, vol. II Coimbra 1984. pp.625 e ss, *Tratado de Direito Civil Português, II*, Tomo II, 2ª Edição. Almedina. 2000.pp.657e ss, ALARCÃO, Rui de. *Direito das obrigações*, com a colaboração de J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J. C Proença. Coimbra, polic,1983. pp.53 e ss FARIA, Ribeiro. *Direito das obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, p. 131 e ss e OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Direito das obrigações I- Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais. Elementos das relações obrigacionais. Direitos de créditos e direitos reais*. Coimbra, Almedina.2005, pp.95-96

lealdade), ou se, por exemplo, o senhorio de um escritório de advogado se recusar a revelar, após a extinção do arrendamento, o novo domicílio do advogado aos clientes que lá se dirigem (violação de um dever de informação). A fundamentação positiva dos deveres da boa fé pós-contratuais, na falta de disposição expressa pode inferir-se, quer do art. 239º, quer do art. 762º, n.º2⁹⁹.

2.3.3 O contrato com eficácia de protecção para terceiros

Os deveres acessórios que vigoram entre as partes podem abarcar a protecção de terceiros, caso que tem sido denominado na doutrina por contrato com eficácia de protecção em relação a terceiros¹⁰⁰. Este caso acontecerá sempre que o terceiro apresente uma posição de tal proximidade com credor, que se justificará a extensão em relação a ele do círculo de protecção do contrato. Têm sido indicados como exemplos fornecimentos defeituosos a certos empresários, que vêm a causar danos aos seus trabalhadores do incumprimento de prescrições de segurança contratualmente impostas que causam danos a terceiro, ou do arrendamento da habitação sem condições que vel lesar os familiares do inquilino. Não se trata nestas situações de um contrato a favor de terceiro, uma vez que o terceiro não adquire qualquer direito à prestação, sendo somente protegido pelos deveres de boa fé, que a lei impõe em relação às partes, e cuja violação lhe permite reclamar indemnização pelos danos sofridos¹⁰¹.

Igualmente nesta situação esta indemnização não corresponde aos requisitos da responsabilidade delitual, uma vez que não se reconduz a deveres genéricos de respeito, nem aos

⁹⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 378

¹⁰⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da posição contratual*, reimp., Coimbra, Almedina.1982. p.351, CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, vol. II Coimbra 1984.p.619 e ss, *Tratado de Direito Civil Português, II*, Tomo II, 2ª Edição. Coimbra. Almedina. 2010.pp.650 e ss., FRADA, Manuel Carneiro. *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedade*. Coimbra, 1997. pp.88 e ss, *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra. Separata do BFD-Suplemento 38, 1994.pp 43-44 e 71-72, e nota (143) e *Teoria de confiança e responsabilidade civil*, Lisboa, s.e.,2001. pp.135 e ss., nota (108), ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *ContratosII- conteúdo. Contratos de troca*. Coimbra. Almedina. 2008.pp.57-58 e MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra. Almedina. 2008.pp.518 e ss

¹⁰¹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 379

da responsabilidade obrigacional, uma que o devedor, em relação, tem apenas uma relação de protecção. Aqui continuamos igualmente no âmbito da terceira via da responsabilidade civil¹⁰².

2.3.4 A relação corrente de negócios

Consiste ela no caso que ocorre sempre que as partes estão de tal modo habitualmente ligados por vínculos contratuais, que qualquer prestação efectuada por uma delas à outra, mesmo que não corresponda qualquer dos contratos celebrados, toma por referência uma entre as partes. Esta vinculação específica não decorre, todavia, de um contrato-quadro previamente celebrado, pois é independente de qualquer declaração negocial, ainda que tácita nesse sentido baseando-se antes na perenidade, em termos fácticos, da relação que as partes vinham mantendo, no âmbito da qual existe uma disponibilidade permanente para a celebração de negócios. Assim à semelhança do que ocorre na *culpa in contrahendo*, essa vinculação específica é fundamento para o aparecimento de deveres de protecção, informação e lealdade, cuja violação pode dar origem ao dever de indemnizar¹⁰³.

Um exemplo da relação corrente de negócios é que liga os bancos e os seus clientes, imagine-se que alguém de uma conta habitualmente num banco, solicita ou recebe do seu gerente da conta serviços que não têm a ver com depósito bancário em questão (p.ex. informação sobre investimentos ou concessão de crédito. Naturalmente quer o serviço prestado não apareça desgarrado da relação habitual existente entre as partes, através da qual é criada uma situação de confiança na esfera do cliente, cuja lesão deve envolver responsabilidade civil pelos danos causados. Essa responsabilidade apresenta-se igualmente como intermédia entre a responsabilidade obrigacional e a obrigação delitual, admitindo a ressarcibilidade pelos actos dos auxiliares, nos termos do art.800^o¹⁰⁴.

¹⁰² LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 380

¹⁰³ SINDE, Jorge. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra. Almedina. 2008.pp.55 e ss e 514 e ss e FRADA, Manuel Carneiro.*Teoria de confiança e responsabilidade civil*, Lisboa, s.e.,2001. pp.574 e ss

¹⁰⁴Idem

2.3.5 Responsabilidade pelo sacrifício

Ocorre a responsabilidade pelo sacrifício sempre que a lei preveja direito à indemnização a que viu os seus direitos sacrificados em resultado de uma actuação lícita destinada a fazer prevalecer um direito ou um interesse de valor superior.

A situação mais relevante em a lei prevê uma responsabilidade pelo sacrifício acontece no estado de necessidade (art. 339º, nº2), em que, segundo se mencionou, é justificada o comportamento do agente que sacrifica bens patrimoniais alheios para evitar um perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente quer de terceiro. Nesta situação, a lei impõe imperativamente que o agente deva indemnizar o prejuízo causado se o dano for provocado por sua culpa exclusiva. Nas outras situações, admite-se, todavia, mas somente como possibilidade, que o tribunal conceda uma indemnização equitativa, condenada nela não só o agente como todos os que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade. Assim, no conhecido exemplo de alguém, para salvar uma pessoa, cuja as roupas se encontram a arder, apagar o fogo com um casaco de peles que tem à mão, o agente só será necessária e exclusivamente responsável se tiver sido ele a provocar o sinistro. Nas outras situações, a lei deixa ao prudente arbítrio do julgador a opção entre deixar o lesado sem indemnização ou responsabilizar cumulativamente ou em alternativa, o agente, beneficiário do acto, ou outrem que tenha contribuído para a situação de perigo¹⁰⁵.

Um outro caso de responsabilidade pelo sacrifício verifica-se ainda na situação prevista no art. 81º, nº2, em se admite a revogação de quaisquer limitações voluntárias aos direitos de personalidade em ordem a permitir ao agente, em qualquer momento, o livre exercício da sua personalidade, com obrigação, no entanto de indemnizar as legítimas expectativas da outra parte. Naturalmente o direito geral de personalidade tem valor superior ao de simples direito de crédito, o que torna lícito o sacrifício deste último, todavia este sacrificio deve ser compensado com sua indemnização, sob pena de se pôr em causa a eficácia vinculativa desses negócios¹⁰⁶.

São ainda situações de responsabilidade pelo sacrifício os casos de ingerência lícita em prédio alheio para a captura de enxame de abelhas (art. 1322º), apanha de frutos (art. 1367º),

¹⁰⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 416

¹⁰⁶ Idem

reparações ou construções, e, bem assim as situações de constituição de servidão legais (arts. 1554º, 1559º, 1560º, nº3 e 1561º, nº1) e a revogação do mandato (arts.1170º, nº1 e 1172º).

2.4 A obrigação de indemnização

A obrigação de indemnização encontra-se regulada nos arts. 562º e ss. Como uma modalidade das obrigações. Na verdade, ela configura uma categoria autónoma de obrigações visto possuir uma fonte específica, ter um conteúdo próprio e um particular interesse do credor¹⁰⁷.

Este especial conteúdo da obrigação de indemnização vai implicar determinadas especialidades processuais na sua reclamação. Assim, em primeiro lugar, a exigência de indemnização não implica uma determinação exacta do montante dos danos antes da propositura da acção, podendo ela ser proposta sem essa indicação e, inclusivamente, no decurso dela, ser exigido um aumento da indemnização se o processo vier revelar danos superiores aos inicialmente previstos (art. 569º). Mas igualmente o próprio tribunal não necessita de determinar o valor exacto dos danos, para atribuir a indemnização podendo esta ser estabelecido equitativamente, dentro dos limites que se tiverem como provados (art.566º, nº3). Caso não seja possível determinar logo o montante dos danos, poderá a fixação da indemnização ser remetida para a execução de sentença (crf. art.661º, nº2 C.P.C), admitindo-se ainda nesta situação que o tribunal condene logo o devedor, dentro do quantitativo que considere já provado¹⁰⁸.

2.4.1 Modos de indemnização

O regime geral da obrigação de indemnização é o mencionado no art. 562º, que reza que “quem estiver obrigado a reparar um dano é obrigado a reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga a reparação”, acrescentando ainda o art. 566º, nº1, que “a indemnização é fixada em dinheiro sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”.

¹⁰⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I- Parte Geral*, TomoI, 3ª ed Coimbra. Almedina. 2005.p.418

¹⁰⁸ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 418

Da conjugação destas duas regras decorre uma evidente primazia da reconstituição natural sobre a indemnização em dinheiro, o que quer afirmar que é primordial através da reparação do objecto destruído ou da entrega do outro idêntico que se estabelece a obrigação de indemnização.

Haverá, porém, fixação da indemnização em dinheiro na situação de a reconstituição natural não ser possível. Efectivamente, seu objecto destruído é de impossível reparação e se, por ser de natureza infungível, não se admitir a sua substituição por outro, a solução correcta é atribuição da indemnização em dinheiro.

Igualmente haverá fixação da indemnização em dinheiro sempre que a reconstituição natural não repare integralmente os danos. Efectivamente nesta situação, através da reconstituição natural não será obtida a satisfação do interesse do credor, pelo que para se obter essa satisfação se terá que recorrer à indemnização em dinheiro. Parece, no entanto, que a indemnização em dinheiro deverá ser estabelecida em complemento à reconstituição natural para eliminar os danos não abrangidos por esta e não em substituição.

Por último, acontece a fixação da indemnização em dinheiro sempre que a reconstituição natural seja excessivamente onerosa para o devedor. Esta previsão deve ser interpretada restritivamente sob pena de pôr em causa o direito do lesado a dispôr do seu próprio património. Apenas quando a reconstituição natural se apresente como um sacrifício manifestamente desproporcional para o lesante e se deva considerar abusiva por contrária à boa fé a sua exigência ao lesado, é o que fará sentido excluir o seu direito à restituição natural¹⁰⁹.

O modo da determinação da indemnização em dinheiro é estabelecido no art. 566º, nº2, que menciona que “sem prejuízo do estabelecido noutras disposições a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal e a que teria nessa data se não existissem danos”.

¹⁰⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 419

Trata-se da chamada *teoria da diferença* nos termos da qual se faz uma avaliação do dano no sentido patrimonial, mediante a apreciação concreta das alterações verificadas no património do lesado¹¹⁰.

A teoria da diferença tem, porém, uma aplicação limitada, na medida que o cálculo patrimonial estabelece não é possível a não ser estando em causas danos patrimoniais presentes. Não são de forma abrangidos nesse modo de cálculo nem os danos não patrimoniais nem os danos futuros. Mas para além disso, a teoria da diferença não se aplica sempre que o tribunal possa fixar a indemnização em montante inferior aos danos causados (cfr. arts. 494º e 570º), situação em que a fixação final da indemnização dependerá de outros factores que não a mera avaliação do lesado¹¹¹.

Uma outra situação em que a teoria da diferença falha diz respeito à situação dos danos de natureza continua. Assim, por exemplo, se alguém, em consequência de uma lesão, vê reduzida a sua capacidade para prestar trabalho ou para auferir outro tipo de rendimentos, é manifesto que o dano não fica eliminado com a atribuição de um valor para cobrir a diferença entre a sua actual situação patrimonial real e a sua situação patrimonial hipotética nesse momento. Efectivamente, passado algum tempo voltará a haver diferença entre essas duas situações patrimoniais. A solução apenas pode passar, assim, pela atribuição de uma indemnização em renda vitalícia ou temporária, cabendo ao tribunal determinar as providências necessárias para o seu pagamento, conforme, prevê o art. 567º¹¹². Só deste modo a fixação da indemnização permitirá colmatar a perda continuada de rendimentos pelo lesado. Nesta situação, admite-se ainda que a fixação da indemnização seja alterada, caso sofram modificação sensível as condições em que se baseou (art. 567º, nº2). Efectivamente, é sabido que a percepção dos rendimentos pode ser afectada pela conjuntura económica pelo que igualmente a indemnização, quando fixada sob forma de renda deve poder evoluir em função dessa conjuntura¹¹³.

¹¹⁰ Não se trata, por isso, de uma comparação entre duas situações patrimonial reais, presente e passado, mas antes entre duas situações patrimoniais presentes, uma real e a outra hipotética.

¹¹¹ FARIA, J. Ribeiro. *Direito das obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, p. 511

¹¹² LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 421

¹¹³ Idem

2.4.2 Compensation *lucri cum damno* e cessão dos direitos do lesado

Visando a reparação do dano, a indemnização não pode colocar o lesado em situação mais benéfica do que aquela em que ele se encontrava antes da lesão. Tem-se admitido por isso que o lesante possa deduzir à indemnização os lucros que a lesão proporcionou ao lesado, situação habitualmente designada de *compensation lucri cum damno*¹¹⁴. Para esse efeito. É, no entanto, preciso que ocorra um nexo de causalidade entre a obtenção do lucro pelo lesado e o facto que lhe causou prejuízo, não bastando uma mera coincidência accidental. Não haverá, porém *compensation lucri cum damno* nas situações em que o bem danificado represente um valor remanescente do seu património, uma vez que nesse caso a questão é antes de extensão dos danos.

Por motivos semelhantes, todavia, com alcance diferente, o art. 568º estabelece que nas situações de indemnização decorre da perda de qualquer coisa ou direito, o lesado pode exigir, no acto de pagamento ou em momento posterior, que o lesante lhe ceda os seus direitos contra terceiros¹¹⁵. Nesta situação, não ocorre uma compensação de lucros, mas antes atribuição ao lesante de um direito à cessão de direitos.

2.4.3 Titularidade do direito a indemnização

Genericamente pode-se afirmar que o titular do direito de indemnização é somente o lesado, ou seja, o titular dos direitos ou interesses que a lei visa tutelar. Relativamente a terceiros, mesmos que estes tenham sofrido reflexamente danos em consequência da actuação do lesante não serão abrangidos na indemnização. Assim por exemplo, alguém que conduzindo o seu veículo atropela um jogador de futebol poderá ter que indemnizar por todos os prejuízos e lucros cessantes decorrentes das lesões sofridas, mas o próprio clube não tem direito a indemnização por ser ver privado do jogador durante certo tempo.

¹¹⁴ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, Vol.I, 10 ed. Coimbra. 2000.pp.937 e ss., COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 12ª ed, Almedina, Coimbra. 2009, pp. 778 e ss., CORDEIRO, António Menezes. *Direito das Obrigações*, 2º, Lisboa, AAFDL.1980. pp.619 e ss., *Tratado de Direito Civil Português, II*, Tomo III, 2º Edição. Coimbra. Almedina. 2010.pp.710 e ss., e PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e Interesse contratual positivo*, I ed. Coimbra, Coimbra editora.2008, pp 710 e ss

¹¹⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 422

Esta regra sofre, no entanto, certas restrições o âmbito das quais terceiros poderão ser igualmente titulares do direito de indemnização. Já analisou o problema do dano morte e dos danos não patrimoniais em consequência da morte da vítima, a que se referem arts. 496º, nº2 e nº3, situação em que, segundo se salientou, outras pessoas, além da vítima podem considerar-se titulares do direito de indemnização por danos não patrimoniais próprios¹¹⁶.

Há, todavia, ainda em situação de morte da vítima outros titulares do direito a indemnização. Efectivamente o art. 495º, nº1, menciona que “no caso de lesão de que proveio a morte, é o responsável obrigado a indemnizar as despesas feitas para salvar o lesado e todos os demais, sem exceptuar as do funeral”. Ocorre, assim, que, conduzindo a morte da vítima à realização de despesas, o causador da morte é obrigado a indemniza-las.

Fora disso, quer em caso da morte, quer em caso de lesão corporal, a lei prevê que tenham direito a indemnização “aqueles que socorreram o lesado bem como os estabelecimentos hospitalares, médicos ou outras pessoas ou entidades que tenham contribuído para o tratamento ou assistência da vítima” (art. 495º, nº1). Efectivamente, estas entidades têm naturalmente direito à remuneração pelo tratamento ou assistência que administraram à vítima, parecendo justo que a indemnização a cargo do lesante sirva igualmente para a satisfação desse direito¹¹⁷

Finalmente, a lei atribui também direito de indemnização aos “que podiam exigir alimentos ao lesado ou aqueles a quem o lesado prestava no cumprimento de uma obrigação natural”. Efectivamente, os alimentos são essenciais para a sobrevivência do seu titular, pelo que a existência de um crédito de alimentos, ou a possibilidade do seu surgimento futuro, que vem a ser frustrado pelo lesante, constitui um prejuízo elevado, que justifica a atribuição de indemnização ao titular desse crédito¹¹⁸. A mesma coisa sucederá na situação de não existir direito a alimentos, mas estes estiverem a ser prestados no cumprimento de uma obrigação natural.

¹¹⁶ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 422

¹¹⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 423

¹¹⁸ FARIA, J. Ribeiro. *Direito das obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, p. 527, nota (3)

2.4.4 Prescrição da obrigação de indemnização

A prescrição da obrigação de indemnização encontra-se regulado no art. 498º, sendo esse regime genericamente aplicável a toda responsabilidade civil, com excepção da responsabilidade obrigacional, sujeita ao mesmo regime da prescrição da obrigação incumprida.

A prescrição da obrigação de indemnização depende da ultrapassagem de um de dois prazos que a lei estabelece em alternativa: em primeiro lugar, o prazo de prescrição ordinária a contar do facto danoso, que como se sabe é de vinte anos (art. 309º); em segundo lugar, um prazo de três anos a contar do momento em que o lesado tem conhecimento do direito que lhe compete- ou seja, sabe que está lesado- mesmo que desconheça a pessoa do responsável ou a extensão integral dos danos. Se o lesado deixar passar um destes dois prazos sem exigir a indemnização (cfr. art.323º, nº1) o lesante poderá opôr-lhe eficazmente a prescrição do seu direito (cfr. art.304º, nº1). Se, porém, no momento em que finda o prazo, ainda não for conhecida a pessoa do responsável, sem culpa do lesado, nesse caso, a prescrição suspender-se-á nos últimos três meses do prazo, nos termos do art. 321º. Fora disso, se houver reconhecimento do direito do lesado, esse reconhecimento interromperá o prazo de prescrição, nos termos do art. 325º¹¹⁹.

No decurso do prazo de três previsto no nº1 não impedirá o lesado de reclamar a indemnização por qualquer novo dano de que só tenha tido conhecimento posteriormente, nos três anos anteriores, desde que ainda não tenha decorrido o prazo de prescrição ordinária a contar do facto danoso¹²⁰.

Se tratar de um facto ilícito que constitua crime sujeito a um prazo de prescrição mais longo, passa a ser esse o prazo aplicável, pelo que, enquanto for possível a instauração do procedimento criminal, é igualmente possível a exigência da indemnização correspondente (art. 498º, nº3).

Verificando a pluralidade de responsáveis pelo dano, em que, segundo se sabe o regime aplicável é o da solidariedade, a lei estabelece que prescreve igualmente no prazo de três anos após o cumprimento do direito do regresso entre os responsáveis (art. 498º, nº2).

¹¹⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9ª ed, Almedina, Coimbra. 2010, p. 424

¹²⁰ Idem

A prescrição do direito a indemnização não afectará, porém outros direitos que o lesado tenha contra o lesante em resultado do seu comportamento, nomeadamente a acção de reivindicação e acção restituição por enriquecimento sem causa (art. 498º, nº3).

2.5 Causas de exclusão da Responsabilidade

As causas de exclusão da responsabilidade civil podem ser compreendidas como circunstâncias que rompem o nexo de causalidade, com o objectivo de atingir a pretensão, o quantum indemnizatório, abrangido elementos e requisitos da responsabilidade civil¹²¹. As causas de exclusão de responsabilidade civil são:

- a) legítima defesa;
- b) Estado de necessidade;
- c) Facto de terceiro;
- d) caso fortuito e força maior;
- e) Culpa exclusiva do lesado;
- f) estrito cumprimento do dever legal;
- g) Cláusula de não indemnizar.

Na legítima defesa, o agente usa os meios necessários para afastar agressão iminente, injusta ou actual, podendo ser em defesa própria ou de terceiros. Se a praticado acto for direccionada contra o agressor, não incorre este em responsabilização civil¹²². O estado de necessidade consiste na defesa de situação injusta e determinada para proteger direito reconhecido. Isto não isenta o sujeito de actuar dentro dos limites de sua necessidade com intuito de afastar situação de perigo, sendo vedado o excesso. Se o causador do perigo atingir um terceiro, este poderá exigir indemnização. A responsabilidade civil por facto de terceiro determina quais são os

¹²¹ LEITIS, D. M. G. *A responsabilidade civil dos biomédicos e o ato profissional*. Revista Jurídica, Blumenau, SC, v. 15, n. 29, jan./jul. 2011. pp. 3-14,

¹²² TONIN, D. A. *A responsabilidade civil decorrente da execução de um ofício executivo judicial provisório*. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade de Passo Fundo (UPF), Passo Fundo, RS, 2012. Disponível em: acesso em: 7 nov. 2020.

sujeitos envolvidos e qual a relação jurídica existente entre eles, tornando juridicamente responsáveis pela prática dos respectivos actos¹²³.

O caso fortuito é originado da vontade alheia e imprevisível às partes e à força maior de acontecimentos naturais. Ambos possuem a mesma característica, a inevitabilidade e imprevisibilidade. Tais factos rompem o nexo de causalidade entre o facto praticado e o dano sofrido pelo lesado¹²⁴.

A culpa exclusiva do lesado concorre com sua contribuição eficaz para ocorrência do dano, excluindo a responsabilidade do evento danoso. Será analisada segundo a gravidade da culpa, em confronto com o lesante¹²⁵. No estrito cumprimento do dever legal, o agente comete o dano em prol de seu dever, função ou cargo exercido, desde que dentro de suas prerrogativas profissionais, não gerando pretensão indenizatória, por estar ligado directamente ao exercício normal do direito¹²⁶. A cláusula de não indenizar é regida pelo princípio autonomia da vontade de contratar e pactuar, porém ela não é absoluta, ou seja, segue as limitações da relação contratual. As partes podem estipular as cláusulas contidas no negócio, desde que não sejam abusivas. Depois de realizado o negócio jurídico, a cláusula será nula, se o agente actuar com intuito de causar danos por negligência, imprudência e imperícia¹²⁷.

2.6 Diferença de regimes responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual.

Na responsabilidade civil contratual ou obrigacional estão em causa situações onde há efectivamente uma violação de vínculos obrigacionais, isto é, incumprimento das obrigações. Já

¹²³GANDINI, J. A. D.; SALOMÃO D. P. S. *Responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. Revista Conselho Federal de Justiça, Brasília, n. 23, out./dez. 2003. pp. 45- 59

¹²⁴TONIN, D. A. *A responsabilidade civil decorrente da execução de um o tulo executivo judicial provisório*. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade de Passo Fundo (UPF), Passo Fundo, RS, 2012. Disponível em: acesso em: 7 nov. 2020.

¹²⁵ ANDRADE, A. L. D. de. *Responsabilidade civil do Estado pela demora da prestação jurisdicional*. 2014. Monografia (Especialização em Prática Jurídica) - Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, PB, 2014

¹²⁶ Idem

¹²⁷ CERQUEIRA, L. O. G. T. *Responsabilidade civil do hospital em face do erro médico*. 2014. Monografia (Graduação em Direito) - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, SP, 2014.

na responsabilidade civil extracontratual ou delitual, há uma violação de deveres genéricos de respeito, de normas gerais destinadas à proteção de outrem.

O Código Civil moçambicano tratou separadamente estas duas categorias de responsabilidade nos arts. 798º e ss. e arts. 483º e ss. ambos do Código Civil.

Assim, enquanto na responsabilidade obrigacional a culpa é presumida, nos termos do art. 779º, nº1 do Código Civil, na responsabilidade delitual a culpa não é presumida, nos termos do art. 487º, nº1/, al. b).

A responsabilidade delitual tem prazos de prescrição mais curtos, conforme estabelece o art. 498º, enquanto a responsabilidade obrigacional é sujeita aos prazos de prescrição gerais das obrigações conforme estabelece o art. 309º e ss.

É diferente o regime da responsabilidade por actos de terceiro; em caso de pluralidade de responsáveis, na responsabilidade delitual o regime aplicável é o da solidariedade (art. 497º), ao passo que na responsabilidade obrigacional tal só acontecerá se esse regime já vigorar para a obrigação incumprida;

Os dois tipos de responsabilidade também se regem por regras de conflito diferentes. A responsabilidade obrigacional deve ser considerada como sendo uma fonte das obrigações, à semelhança da responsabilidade delitual, e não como uma mera modificação da obrigação inicialmente constituída. A diferença de entre estes dois regimes de responsabilidade é que, enquanto a responsabilidade delitual surge como consequência da violação de direitos absolutos, que aparecem, assim desligados de qualquer relação intersubjetiva previamente existente entre lesante e lesado, a responsabilidade obrigacional pressupõe a existência de uma relação intersubjetiva, que primariamente atribuía ao lesado um direito à prestação, surgindo como consequência da violação de um dever emergente dessa relação específica.

CAPÍTULO III: MEDICINA TRADICIONAL

3.1 Breve resenha sobre a história da medicina

A Medicina é a ciência e arte de curar. Ela engloba uma variedade de práticas de saúde evoluíram para manter e restaurar a saúde através da prevenção e tratamento da doença. Todas as sociedades humanas têm crenças médicas que fornecem explicações para o nascimento, morte e doença. Ao longo da história, a doença tem sido atribuída a feitiçaria, demónios, a influência astral adversa, ou a vontade dos deuses.

Os primeiros registos sobre medicina foram descobertos a partir de medicina antiga egípcio, babilónica medicina, medicina ayurvédica no subcontinente indiano, a medicina chinesa clássica (predecessor da tradicional medicina chinesa moderna), e antiga medicina grega e romana medicina¹²⁸.

a. Pré-história da medicina

Medicina pré-histórica plantas incorporadas (itoterapia), partes de animais e minerais. Em muitos casos, esses materiais foram utilizados substâncias ritualmente como mágicos por sacerdotes, xamãs ou curandeiros. É claro que as sociedades pré-históricas acreditavam em ambos os meios naturais e sobrenaturais de variavelmente causando e tratamento da doença. Materiais vegetais (ervas e substâncias derivadas de fontes naturais), estavam entre os tratamentos para as doenças em culturas pré-históricas.

b. Medicina Egípcia

O egípcio Imhotep (2667 – 2648 aC) é o primeiro médico na história conhecida pelo nome. A primeira cirurgia conhecida no Egito foi realizada no Egito em torno de 2750 aC. O Kahun Gynaecological Papyrus tratava das queixas das mulheres, incluindo problemas com a concepção. Trinta e quatro casos detalhando, diagnóstico e tratamento sobrevivem, alguns deles fragmentariamente. Datado de 1800 aC, é o mais velho sobrevivente texto médico de qualquer tipo.

Instituições médicas, conhecido como Casas da Vida são conhecidas por terem sido estabelecidas no antigo Egito, logo no primeiro Dynasty.

Heródoto descreveu os egípcios como “o mais saudável de todos os homens, ao lado dos líbios”, devido ao clima seco e o sistema de saúde pública notável que eles possuíam. Segundo ele, “a prática da medicina é tão especializada entre eles que cada médico é um curandeiro de uma doença e não mais.” Embora a medicina egípcia, em boa medida, de que trata o sobrenatural, ele acabou desenvolvendo um uso prático nas áreas de anatomia, saúde pública, e diagnósticos clínicos.

¹²⁸VASCONCELLOS, Ivolino de. *Asclépio, deus helênico da medicina*. In: *Revista Brasileira de História da Medicina*, anoXIII, jul./dez., 1962. pp. 106-110

c. Medicina mesopotâmica

Os mais antigos textos babilônicos na data da medicina remontam ao período babilônico antigo na primeira metade do segundo milênio aC. O mais extenso texto médico da Babilônia, no entanto, é o Manual de Diagnóstico por escrito pelo médico-Esagil-kin apli de Borsippa, durante o reinado do rei babilônico Adad-apla-iddina (1069- 1046 aC)¹²⁹. Junto com a medicina egípcia contemporânea, os babilônios introduziram os conceitos de diagnóstico, prognóstico, exame físico, e prescrições médicas.

Além disso, o Manual de Diagnóstico introduziu os métodos de terapia e etiologia e a utilização de empirismo, lógica e racionalidade no diagnóstico, prognóstico e tratamento. O texto contém uma lista de sintomas médicos e observações empíricas frequentemente detalhados, juntamente com regras lógicas usadas em combinação de sintomas observados no corpo de um paciente com o diagnóstico e prognóstico.

d. Medicina Indiana

O Atharvaveda, um texto sagrado do hinduísmo que datam do início da Idade do Ferro, é o primeiro texto indiano lidar com a medicina, como a medicina do Antigo Oriente Próximo com base em conceitos do exorcismo de demônios e magia. Os Atharvaveda também contém prescrições de ervas para várias doenças.

e. O Uso de Ervas para Tratar Doenças mais Tarde iria Formar uma Grande parte da Ayurveda.

No primeiro milênio AC, surge na pós-védica Índia o sistema de medicina tradicional conhecida como Ayurveda, que significa “conhecimento completo para uma vida longa”. Seus dois textos mais famosos pertencem às escolas de Charaka, nascido c. 600 AC, e Sushruta. Os primeiros fundamentos da Ayurveda foram construídos sobre uma síntese das práticas tradicionais de ervas, juntamente com um acréscimo enorme de conceituações teóricas, novas nosologias e

¹²⁹ LIMA, Tania Andrade. *Humores e odores: ordem corporal e ordem social no Rio de Janeiro, século XIX*. In: *História, Ciência e Saúde* – Manguinhos. Rio de Janeiro, Fundação Osvaldo Cruz, v. 2, 1996. p. 47

novas terapias que datam de cerca de 400 AC em diante, e saindo das comunidades de pensadores que incluíram a Buda e outros¹³⁰.

Os clássicos ayurvédicos mencionaram oito ramos da medicina: kayacikitsa (medicina interna), salyacikitsa (cirurgia incluindo anatomia), salakyacikitsa (olhos, ouvidos, nariz e garganta) doenças, kaumarabhtya (pediatria), bhutavidya (medicina espírito), e Agada tantra (Toxicologia), RASAYANA (ciência do rejuvenescimento) e Vajikarana (afrodisíacos, principalmente para os homens). Além de aprender estes, era esperado que o aluno de Ayurveda saber dez artes que eram indispensáveis na elaboração e aplicação de seus medicamentos: destilação, habilidades operatórias, cozinha, horticultura, metalurgia, fabricação de açúcar, de farmácia, de análise e de separação de minerais, compondo de metais, e preparação de álcalis.

f. Grega e romana Medicina

A escola médica Grego primeiro conhecido inaugurado em Cnidos em 700 aC. Alcmaeon, autor do primeiro trabalho anatômico, trabalhou nesta escola, e foi aqui que a prática de pacientes de observação foi estabelecida. Como foi o caso em outros lugares, os gregos antigos desenvolveram um sistema de medicina humoral onde o tratamento procurou restaurar o equilíbrio dos humores dentro do corpo¹³¹.

Templos dedicados ao deus healer- Asclepius, conhecido como Asclepieia, funcionavam como de aconselhamento médico, prognóstico e de cura. Nesses santuários, o paciente entraria numa onírica como o estado de sono induzido conhecido como enkoimesis e não ao contrário da anestesia, em que tanto recebeu orientação da divindade em um sonho ou foram curados por cirurgia.

O médico grego Hipócrates de Cós (aC 460 -C 370 aC), o “pai da medicina”, lançou as bases para uma abordagem racional para a medicina. Hipócrates foi talvez o primeiro a classificar

¹³⁰PORTER, Roy; VIGARELLO, Georges. *Corpo, Saúde e Doenças*. In: CORBIN, Alain; OURTINE, Jean-Jacques; IGARELLO, Georges. *História do corpo: da Renascença às Luzes*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 443.

¹³¹CAIRUS, Henrique. *Da natureza do homem. Corpus Hippocraticum*. In: *História, Ciência e Saúde* – Manguinhos. Rio de Janeiro, Fundação Oswaldo Cruz, v. 6, n. 2, jul./out., 1999. p. 406

as doenças como aguda, crónica, endémica e epidémica, e usar termos como “exacerbação, a recaída, a resolução de crises, paroxismo, pico, e convalescença”¹³².

O Hipócrates Corpus é uma colecção de cerca de sixtty trabalhos médicos iniciais da antiga Grécia fortemente associados com Hipócrates e seus alunos. As obras mais famosas do Corpus é o Juramento de Hipócrates, que ainda é relevante e em uso hoje pelos médicos. Hipócrates não é considerado como sendo o autor exclusivo do Juramento, mas sim o documento pertence a uma colecção maior de tratados sobre medicina grega compilados em um Hippocatum Corpus que leva seu nome.

Herófilo de Calcedónia (325-280 aC), que trabalha na escola de medicina de Alexandria colocado inteligência no cérebro, e ligado o sistema nervoso ao movimento e sensação. Herophilus também distinguiu entre veias e artérias, lembrando que o último pulso enquanto o primeiro não. Ele e seu contemporâneo, Erasistratus de Chios, pesquisou o papel das veias e nervos, mapeando seus cursos em todo o corpo. Erasítrato ligado a complexidade aumentada da superfície do cérebro humano em relação a outros animais para sua inteligência superior. O médico grego Galeno (129-217 dC), também foi um dos maiores cirurgiões do mundo antigo e realizou muitas operações audaciosas, incluindo cerebrais e oculares cirurgias¹³³.

Os romanos inventaram vários instrumentos cirúrgicos, incluindo os primeiros instrumentos exclusivos para as mulheres, bem como os usos cirúrgicos de pinças, bisturis, cautério, tesouras cross-lamelar, a agulha cirúrgica, o som, e speculas. Romanos também realizaram a cirurgia de catarata¹³⁴.

g. O Legado da Medicina Antiga

Após a queda do Império Romano do Ocidente e o início da Alta Idade Média, a tradição grega de medicina entrou em declínio no oeste da Europa, embora tenha continuado ininterrupto

¹³²CAIRUS, Henrique. *Da natureza do homem. Corpus Hippocraticum*. In: *História, Ciência e Saúde* – Manguinhas. Rio de Janeiro, Fundação Oswaldo Cruz, v. 6, n. 2, jul./out., 1999. p. 416

¹³³ FRANÇOISE, Micheau. *A Idade de Ouro da medicina árabe*. In: LE GOFF, Jacques. (Org.). *As doenças têm história*. Lisboa: Terramar, 1985. p. 61.

no Império Romano do Oriente. O mundo árabe muçulmano tinha os antigos trabalhos sobre a medicina traduzidos para medicina e médicos islâmicos envolvidos em alguma pesquisa médica significativa. Pioneiros médicos islâmicos notáveis incluem o polímata, Avicena, que, junto com Imhotep e Hipócrates, também tem sido chamado de “pai da medicina”¹³⁵. Ele escreveu o Canon de Medicina, considerado um dos livros mais famosos da história da medicina.

h. Os primórdios da medicina moderna: O Califado

Após a queda do Império Romano, as ideias gregas sobre a medicina passaram a ser preservadas e transmitidas com mais precisão no império Islâmico. Sob o califado de Abbasid, um centro foi criado em Bagdá especificamente para a tradução de uma ampla gama de textos não islâmicos para o árabe. Sábios de todo o império Islâmico (incluindo árabes, persas e judeus) não apenas codificaram a medicina grega, incluindo as ideias de Galen, mas também incorporaram escritos médicos do Talmud, ensinamentos ocultos do Egito, e ideias ayurvédicas da Índia. Tanto o Carakasamhita quanto o Susrutasamhiat, por exemplo, foram traduzidos para o árabe. Esses sábios também fizeram avanços significativos de conhecimento.

Uma das luzes-guia da porção oriental do califado foi Al-Razi (conhecido no Ocidente como Rhazes; c. 860–930), persa que escreveu um Guia Abrangente de Medicina no século IX. Ele distinguiu a varíola do sarampo, reconheceu reacções alérgicas, percebeu que a febre era uma das formas do corpo de combater doenças, e introduziu o uso de entranhas de animais para suturar feridas, e do gesso de Paris para ataduras. Ibn Sina (Avicenna; 980–1037), persa do século XI, codificou o conhecimento médico da época¹³⁶.

Seu trabalho foi usado em universidades europeias por séculos. Entre suas maiores contribuições está a descoberta da natureza contagiosa de doenças infecciosas e a introdução de quarentenas para limitar sua disseminação. Ele também introduziu a experimentação sistemática¹³⁷.

¹³⁵GUYAR, Auguste. *Guia do povo para escolher uma medicina*. Lisboa: Typographia Do Panorama, 1862. pp. 65-66.

¹³⁶ CASTIGLIONE, Arturo. *História da medicina*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1947. v. 1, p. 260.

No século XIII um árabe chamado Ibn Al Nafis (1213-88) foi o primeiro a descrever a circulação de sangue pelos pulmões. Isso desafiou a noção de Galen sobre a passagem de sangue directamente entre os ventrículos do coração.

i. O grande médico judaico medieval Maimônides enfatizou a importância da higiene em seus escritos

No califado ocidental, ou espanhol, Al-Zahrawi (Albucasis; 936-1013) produziu o primeiro tratado sistemático e ilustrado sobre a cirurgia, publicado mais ou menos no ano 1000. Ibn Zohr (Avenzoar; c. 1091-1161) também desafiou muitas das noções de Galen. Ele enfatizou a importância da experiência sobre a doutrina e foi o primeiro a descrever com precisão as doenças escabiose e pericardite. Um contemporâneo de Ibn Zohr foi Maimônides (1135-1204), o grande médico judeu medieval. Seus escritos incluem um influente trabalho sobre higiene. Maimônides acabou indo para o oriente para se tornar o médico do famoso sultão Saladin.

Sábios do mundo islâmico também fizeram contribuições importantes para a farmacologia, criando vários formulários de drogas. A palavra droga é de origem árabe, e os árabes introduziram vários novos termos. Estes incluem álcool; benzoína, resina balsâmica usada como expectorante e protector da pele; cânfora, substância semelhante a cera obtida das canfoneiras e usada como um anestésico tópico leve; láudano, uma espécie de ópio; mirra, uma resina de goma com múltiplos usos médicos (e um dos presentes dos Três reis Magos na história do nascimento de Jesus Cristo); e sene, uma leguminosa usada como purgativo

O atendimento médico era fornecido por vários clínicos, a maioria usando métodos tradicionais. Nas grandes cidades, contudo, hospitais foram criados. Estes parecem ter sido inspirados no atendimento aos doentes oferecido nos monastérios cristãos, mas logo ficaram mais elaborados. Havia grandes instituições em cidades como Bagdá, Cairo e Damasco, e muitas outras estavam espalhadas pelo mundo muçulmano.

O hospital do Cairo tinha alas separadas para diferentes doenças, para mulheres e para convalescentes. Ainda estava em operação quando Napoleão invadiu o Egito no final do século XVIII. As primeiras instituições para tratamento de pessoas com doenças mentais também foram

¹³⁷AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita. *Epidemiologia e emancipação*. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Abrasco, 1995. p. 107.

criadas no mundo muçulmano.¹³⁸ Os progressos dos médicos islâmicos levaram muito tempo para chegar à Europa medieval, onde os doentes visitavam templos devotados a santos cristãos

j. Os Primórdios da Medicina Moderna: Europa Medieval

Na Europa cristã, houve pouco progresso científico durante a Idade Média. As doenças passaram a ser novamente atribuídas a causas divinas, e buscavam-se curas milagrosas em templos de cura dedicados a vários santos. Alguns grupos de monges cristãos, contudo, ofereciam cuidados práticos aos doentes. Isso acabou levando à fundação de hospitais.

O hospital mais antigo que ainda existe na Inglaterra é o St. Bartholomews, em Londres, que foi fundado em 1123 por um cortesão que se tornou monge após se recuperar milagrosamente da malária¹³⁹.

O hospital destinava-se à recriação de homens puros. O St. Thomass Hospital foi fundado pouco tempo depois, de forma semelhante. Quando os Monastérios ingleses foram dissolvidos pelo Rei Henrique VIII no século XVI, os dois hospitais se transformaram em instituições seculares e, por fim, na sede de importantes colégios médicos. A primeira faculdade de medicina da Europa foi fundada em Salerno, no sul da Itália. Diz a lenda que a faculdade foi fundada por um italiano, um árabe, um judeu e um grego, que trouxe consigo os escritos de Hipócrates¹⁴⁰.

A história reflete a natureza cosmopolita da região, onde as influências gregas e do Oriente Médio eram fortes. A faculdade na verdade começou no século IX como um local para os monges aviarem medicamentos. No século XI, contudo, os estudiosos da faculdade começaram a traduzir textos médicos gregos e, mais tarde, árabes para o latim. Assim, eles reintroduziram os ensinamentos de Hipócrates, já afunilado pela sabedoria de Galen e islâmica.

¹³⁸HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978. p. 63.

¹³⁹FRANÇOISE, Micheau. *A Idade de Ouro da medicina árabe*. In: LE GOFF, Jacques. (Org.). *As doenças têm história*. Op. Cit., p. 76.

¹⁴⁰LARA, Tiago Adão. *A filosofia nos tempos e contratempos da cristandade ocidental*. Petrópolis: Vozes, 1999. P. 74.

Faculdades médicas também foram fundadas em Montpellier, no sul da França, e em Bologna e Pádua, na Itália. Em Bologna o médico Taddeo Alderotti (1223-95), no século XIII, reintroduziu as práticas de Hipócrates de ensinar medicina ao lado do leito do paciente. Ele também mantinha estudos de casos clínicos. Também em Bologna, em 1315, a primeira dissecação humana registrada na Europa foi conduzida por Mondino de' Luzzi (1275-1326)¹⁴¹.

Aparentemente, ele não aprendeu muito com ela. Em vez disso, ele demonstrou a comum propensão dos humanos a ver aquilo que esperam ver. Ele publicou um texto de anatomia que perpetuou erros como o coração de três câmaras e o fígado com cinco lobos.

O cirurgião mais eminente da Idade Média europeia foi Guy de Chauliac (1298-1368), que se associou a Montpellier no século XIV. Ele escreveu um texto médico e cirúrgico, *Chirurgia magna* (Grande Cirurgia), que serviu como referência padrão por vários séculos. Ele desafiou a noção grega de que a supuração (pus) era um sinal de cura.

De Chauliac sobreviveu à Peste Negra (aproximadamente 1347-51), a qual descreveu em seu trabalho. A Peste Negra, que matou vários milhões de pessoas na época, foi quase certamente uma praga bubônica. Contudo, ninguém sabia o que era nem o que a causava¹⁴². A maioria das pessoas achava que se tratava de punição divina.

Alguns cristãos disseram que os judeus haviam envenenado os poços, e isso levou a massacres de judeus¹⁴³. Alguns atribuíam a praga a diferentes causas naturais, incluindo miasmas—venenos que se acreditava existirem no ar, provenientes de animais e vegetais em estado de podridão. Algumas pessoas acreditavam que a praga era causada por contágio—isto é, que era transmitida de pessoa para pessoa mediante contacto próximo—mas elas tinham pouca idéia do que poderia de fato transmitir a doença.

¹⁴¹SYMONES-RIDDER, Hilde (Coord.). *Uma história da universidade europeia*. In: VERGER, Jacques. *Modelos*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1992. V. I, p. 52.

¹⁴²MCGRANE, B. Beyond anthropology. In: WOOTMANN, Klaas. *Religião e ciência no Renascimento*. Brasília: Unb, 1997.p. 57-58.

¹⁴³COELHO, Eduardo. *Da filosofia da medicina e outros ensaios*. Porto: Livraria Luso Espanhola Ltda., 1959. p. 101-105.

A Peste Negra levou a medidas importantes de saúde pública. A cidade de Veneza nomeou uma espécie de comitê de saúde pública, que publicou regulamentações para enterro e proibiu que os doentes entrassem na cidade. Procissões públicas também foram proibidas. Na cidade de Florença, um comitê semelhante determinou que se matassem cães e gatos. Os motivos para isso nunca foram esclarecidos.

As pessoas dessa época certamente não sabiam que a praga bubônica é na verdade disseminada por pulgas de ratos para humanos; isso só foi descoberto séculos mais tarde. Contudo, cães e gatos carregam pulgas. Se a exterminação dos animais foi útil é uma boa pergunta. Por um lado, isso provavelmente eliminou muitas pulgas que habitavam nos animais. Por outro, os gatos são bons caçadores de ratos. A área da medicina estava claramente se organizando ao redor da ideia de uma abordagem científica no final da Idade Média.

k. A Ascensão da Medicina Científica: O Renascimento

O Renascimento foi um grande período de crescimento intelectual e desenvolvimento artístico na Europa. Como parte dele, os cientistas e pensadores começaram a se descolar das visões tradicionais que regiam a medicina, tanto no oriente quanto no ocidente. O foco dos tratamentos deixou de ser um equilíbrio natural de ordem divina.

O conhecimento avançou através do método científico — pela condução de experimentos, coleta de observações, conclusões. As informações eram disseminadas por meio de uma importante nova tecnologia — a impressão. As raízes da medicina científica estavam estabelecidas¹⁴⁴.

l. O método científico é aplicado à medicina

Em 1543 Andreas Vesalius (1514-64), professor da Universidade de Pádua, publicou um texto ricamente ilustrado sobre anatomia¹⁴⁵. Com conhecimentos baseados na extensiva dissecação de cadáveres humanos, ele apresentou a primeira descrição amplamente precisa do corpo humano. Anatomistas posteriores em Pádua incluíram Gabriele Falloppio (1523-62), que descreveu os

¹⁴⁴MASON, F. *História da ciência: as primeiras correntes do pensamento científico*. Rio de Janeiro: Globo, 1964. p. 181-182.

¹⁴⁵GUYAR, Auguste. Op. Cit., p. 26.

órgãos reprodutores femininos, dando seu nome às tubas de Falópio, e Girolamo Fabrizio (1537-1619), que identificou as válvulas do coração¹⁴⁶.

A cirurgia era praticada principalmente por barbeiros, que usavam as mesmas ferramentas para as duas profissões. A cirurgia ainda era um negócio bastante primitivo e extremamente dolorosa essa época. A controvérsia continuava em relação ao tratamento de ferimentos — o pus era bom ou ruim? A cauterização, ou queima de um ferimento para fechá-lo, continuou sendo a principal forma de deter hemorragias. A maioria dos cirurgiões adquiriu suas habilidades no campo de batalha, e a introdução de pólvora, armas e canhões tornou o local muito mais desorganizado¹⁴⁷.

Um cirurgião francês do século XVI, Ambroise Paré (c. 1510-90), começou a colocar um pouco de ordem. Ele traduziu parte do trabalho de Vesalius para o francês a fim de disponibilizar os novos conhecimentos anatômicos para cirurgiões de campos de batalha. Com sua própria e extensa experiência em campos de batalha, ele suturava ferimentos para fechá-los em vez de usar a cauterização para deter o sangramento durante amputações.

Ele substituiu o óleo fervente usado para cauterizar ferimentos de armas de fogo por um unguento feito de gema de ovo, óleo de rosas e terebintina. Seus tratamentos não só eram mais eficazes como também muito mais humanos que os utilizados anteriormente.

Outro importante nome dessa época foi Paracelso (1493-1541), alquimista e médico suíço. Ele acreditava que doenças específicas eram causadas por agentes externos específicos e, portanto, exigiam remédios específicos.

Ele foi o pioneiro no uso de remédios químicos e minerais, incluindo mercúrio para o tratamento da sífilis. Ele também escreveu aquele que provavelmente é o trabalho mais antigo sobre medicina ocupacional, sobre os Enjoos dos Mineradores e Outras Doenças de Mineradores (1567), publicado alguns anos depois de sua morte.

¹⁴⁶FRANÇOISE, Micheau. *A Idade de Ouro da medicina árabe*. In: LE GOFF, Jacques. (Org.) *As doenças têm história*. Op. Cit., p. 76

¹⁴⁷CASTIGLIONE, Arturo. *História da medicina*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1947. V. 1, p. 260

A sífilis foi registada pela primeira vez na Europa em 1494, quando uma epidemia irrompeu entre as tropas francesas que estavam sitiando Nápoles. O fato de o exército francês incluir mercenários espanhóis que haviam participado das expedições de Cristóvão Colombo ao Novo Mundo deu origem à teoria de que a doença era proveniente do continente americano. Se isso for verdade — e o tema continua sendo o centro de calorosas controvérsias — então foi parte de um intercâmbio em que os nativos americanos se deram muito pior.

As doenças que os europeus introduziram no hemisfério ocidental incluíram varíola, gripe, sarampo e tifo, que levaram as populações nativas à quase extinção.

Um médico italiano chamado Girolamo Fracastoro (c. 1478-1553) cunhou o nome sífilis, que também era chamada de doença francesa. Ele também propôs uma teoria, adaptada das ideias clássicas, de que doenças contagiosas podem ser espalhadas por minúsculas sementes ou esporos de doença capazes de percorrer grandes distâncias (no entanto, ele sabia que a sífilis era transmitida por contacto pessoal). Essa teoria foi influente por vários séculos. Durante o Renascimento, as sementes da mudança foram semeadas na ciência. O conhecimento médico deu grandes saltos durante os dois séculos seguintes.

m. A Ascensão da Medicina Científica: A Revolução Científica

Durante os séculos XVII e XVIII, o conhecimento médico e científico avançou a passos extraordinários. Muitas das concepções equivocadas de Galen foram finalmente derrubadas. O inglês William Harvey (1578-1657) descreveu com precisão a circulação do sangue no corpo, confirmando os achados de estudiosos anteriores (como Ibn Nafis e europeus mais recentes)¹⁴⁸. Ele acrescentou o achado experimental crítico de que o sangue é bombeado para todo o corpo pelo coração.

O trabalho de Harvey foi continuado por outros, incluindo o médico inglês Richard Lower (1631-91)¹⁴⁹. Ele e o filósofo britânico Robert Hooke (1635-1703) conduziram experimentos que mostravam que o sangue pega alguma coisa durante sua passagem pelos pulmões, mudando sua

¹⁴⁸HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978. p. 63

¹⁴⁹GUYAR, Auguste. Op. Cit., p. 26

cor para vermelho vivo. No século XVIII o químico francês Antoine Lavoisier (1743-1794) descobriu o oxigênio. Só então a fisiologia da respiração foi totalmente compreendida.] Lower também realizou as primeiras transfusões de sangue, de animal para animal e de humano a humano.

Hooke e, sobretudo, o biólogo holandês Anton van Leeuwenhoek (1632-1723) usaram um novo aparelho chamado microscópio para descobrir toda a matéria de coisas minúsculas (microscópicas): glóbulos vermelhos, bactérias e protozoários.

Na Itália, o fisiologista Marcelo Malpighi (1628-1694) usou o microscópio para estudar a estrutura do fígado, da pele, dos pulmões, do baço, das glândulas e do cérebro. Várias partes microscópicas do corpo, incluindo uma camada de pele e partes do baço e do rim, receberam nomes em sua homenagem. Malpighi também incentivou a ciência da embriologia com seus estudos em ovos de galinha. Como sempre, houve erros e concepções errôneas.

Outro holandês, o médico Nicolaas Hartsoeker (1656-1725), pensou que o microscópio revelava pequenos homens (“homúnculos”) dentro dos espermatozóides no sêmen; assim ele explicou a concepção.

O século XVIII, conhecido como Iluminismo, foi uma era de progresso em vários aspectos. Contudo, o mais interessante é que o desejo de encontrar uma única e abrangente explicação para “a vida, o universo e todas as coisas não havia desaparecido. Agora, alguns pensadores atribuíam o funcionamento do corpo às leis recém-descobertas da física, ao passo que outros olhavam para as leis da química. Uma abordagem chamada vitalismo propôs a existência de uma alma, ou alma sensível, que regulava o corpo. Outra abordagem encarava as doenças como uma ruptura no tônus do corpo, que, por sua vez, era controlado pelo éter nervoso do cérebro.

Explicações simples algumas vezes levaram a tratamentos perigosamente simples. Um médico escocês do século XVIII chamado John Brown (1735–88) decidiu que todas as doenças eram causadas por estimulação excessiva ou deficiente. Portanto, ele prescrevia doses altíssimas de sedativos e estimulantes, causando grandes danos e muita polêmica¹⁵⁰.

¹⁵⁰FRANÇOISE, Micheau. *A Idade de Ouro da medicina árabe*. In: LE GOFF, Jacques. (Org.). *As doenças têm história*. Lisboa: Terramar, 1985. p. 61.

A homeopatia, outra filosofia médica abrangente, surgiu mais ou menos na mesma época. Ela afirma que os sintomas de um paciente devem ser tratados com drogas que produzem os mesmos sintomas. As drogas são administradas em quantidades minúsculas, e, portanto, são inofensivas. Embora a abordagem de Brown tenha desaparecido, a homeopatia ainda tem seguidores fervorosos.

Contudo, a ciência médica estava se desenvolvendo rapidamente. Ao anatomista italiano Giovanni Morgagni (1682-1771) foi atribuída a fundação da disciplina de anatomia patológica. Ele demonstrou que doenças específicas estavam localizadas em órgãos específicos. Marie-François Bichat (1771-1802), fisiologista francês, percebeu que as doenças atacavam tecidos, e não órgãos inteiros¹⁵¹.

Alguns dos avanços foram no diagnóstico. O inglês Thomas Willis (1621-75) analisou a urina e notou a presença de açúcar na urina de diabéticos. O professor holandês Hermann Boerhaave (1668-1738) começou a usar o termômetro para observar mudanças na temperatura do corpo na prática clínica (a ele também é atribuído o estabelecimento do estilo moderno de ensino clínico na Universidade de Leiden.) O médico austríaco Leopoldo Auenbrugger (1722-1809) observou a importância de dar tapinhas no peito para detectar fluidos nos pulmões¹⁵².

O francês René-Théophile-Marie-Hyacinthe Laënnec (1781-1826) tornou o processo mais fácil, inventando o estetoscópio. O instrumento, que possibilitou ouvir os órgãos internos, foi a invenção diagnóstica mais importante até que Wilhelm Roentgen descobriu os raios X em 1895.

O estetoscópio de Laënnec era um tubo de madeira, semelhante a um dos primeiros modelos de aparelho auditivo. O familiar instrumento moderno com corpo de borracha e dois auriculares foi inventado mais tarde, pelo americano George Camman, em 1852.

Os avanços na terapêutica foram importantes. Thomas Sydenham (1624-89), médico inglês, defendia o uso de casca de cinchona, que continha quinino, para o tratamento da malária.

¹⁵¹AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita. *Epidemiologia e emancipação*. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Abrasco, 1995. p. 107.

¹⁵²LARA, Tiago Adão. *A filosofia nos tempos e contratempos da cristandade ocidental*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 74.

Ele também enfatizou a observação sobre a teoria, reforçando também a importância dos factores ambientais para a saúde.

Um cirurgião naval inglês chamado James Lind (1716-94) provou que as frutas cítricas curam o escorbuto, uma desagradável doença causada pela carência de vitamina C que afectava as tripulações de navios em viagens longas. William Withering (1741-99), botânico e médico da Inglaterra, observou a eficácia de digitalis (da planta dedaleira) no tratamento de distúrbios cardíacos. E um médico britânico, Edward Jenner (1749-1823), desenvolveu a vacina contra a varíola. A vacinação foi tão eficaz que essa doença epidémica se encontra actualmente erradicada no mundo todo.

Ainda assim, poucos destes e outros avanços no conhecimento científico e na tecnologia afectaram a prática clínica quotidiana na época. Os principais tratamentos continuaram a ser o “cupping”, a sangria e a purgação. Como recomendado por Paracelso e outros, a sífilis e outras doenças venéreas foram tratadas com doses altas, normalmente fatais, de mercúrio¹⁵³. A teriaga, a famosa receita multi-propósito de Galen, continuou popular.

Ainda havia uma lacuna imensa entre a medicina académica e a prática clínica quotidiana. Muitos dos clínicos e seus pacientes simplesmente relutavam em adotar as novas ideias. William Harvey fez uma famosa queixa de que perdeu pacientes após publicar seus achados sobre a circulação do sangue.

n. A Ascensão da Medicina Científica: O Século XIX

No século XIX a prática médica finalmente começou a mudar. Nessa mesma época, cientistas e médicos fizeram as descobertas que verdadeiramente revolucionaram a medicina.

Os aprimoramentos no microscópio possibilitaram estudos mais detalhados dos tecidos, uma área denominada histologia. Isso levou à nova ciência das células, a citologia.¹⁵⁴ Esses estudos

¹⁵³CASTIGLIONE, Arturo. *História da medicina*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1947. v. 1, p. 260

¹⁵⁴FRANÇOISE, Micheau. *A Idade de Ouro da medicina árabe*. In: LE GOFF, Jacques. (Org.). *As doenças têm história*. Lisboa: Terramar, 1985. p. 61.

abriram caminho para os importantes avanços teóricos e práticos que formaram a base da medicina como a conhecemos atualmente.

Robert Hooke observou e nomeou células no início do século XVII, quando viu células vegetais mortas. Van Leeuwenhoek foi o primeiro a observar células vivas em microscópio. No século XIX o trabalho de três cientistas alemães, Theodore Schwann (1810-82), Matthias Jakob Schleiden (1804-81) e, sobretudo, Rudolf Virchow (1821-1902) [links em inglês], levou ao desenvolvimento da teoria celular¹⁵⁵. Resumidamente, ela afirma que todas as coisas vivas são compostas de células, que as células são a unidade básica de estrutura e função de todas as coisas vivas, e que todas as células são geradas a partir de outras células.

Usando a teoria celular, Virchow foi capaz de explicar processos biológicos como fertilização e crescimento. Ele também demonstrou que alterações nas células causam doenças como câncer¹⁵⁶. A teoria celular é um dos marcos da medicina moderna.

O outro marco foi o desenvolvimento da teoria germinal. Mesmo no ápice da medicina humoral, havia curandeiros que reconheciam que algumas doenças eram disseminadas por contágio. A menção mais antiga a “criaturas minúsculas que causam doenças está no Vedas, os textos sagrados do Hinduísmo, que foram escritos entre 1500 e 500 a.C. Avicenna compreendeu que a tuberculose e outras doenças eram contagiosas. Posteriormente, estudiosos muçulmanos atribuíram a praga bubônica a micro-organismos. Fracastoro, conforme observado acima, propôs que as doenças eram espalhadas por “sementes.” No entanto, a maioria dos cientistas, em geral, acreditava que os germes que causavam doenças surgiam por meio de geração espontânea, assim como criaturas como moscas, minhocas e outros pequenos animais pareciam surgir espontaneamente de matérias em decomposição. Aristóteles acreditava nisso, e a ideia persistiu no século XIX¹⁵⁷.

GUYAR, Auguste. Op. cit., p. 26.

¹⁵⁶LARA, Tiago Adão. *A filosofia nos tempos e contratempos da cristandade ocidental*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 74.

¹⁵⁷MCGRANE, B. Beyond anthropology. In: WOOTMANN, Klaas. *Religião e ciênciano Renascimento*. Brasília: Unb, 1997. p. 57-58

Outra teoria dos gregos continuou com força no século XIX. Essa teoria baseava-se na idéia de que doenças como praga e cólera eram causadas por miasmas de cheiro desagradável, partículas de ar da matéria em decomposição.

A teoria de que esse ar era nocivo parecia digna de credibilidade, pois associava doenças a problemas de saneamento, e a importância da higiene foi logo reconhecida. A enfermeira britânica pioneira, Florence Nightingale (1820-1910), que cuidou dos soldados britânicos durante a Guerra da Criméia (1853-1856), acreditava firmemente que os miasmas causavam doenças.

Naquela época, contudo, vários estudos já estavam sendo conduzidos sobre o assunto, e finalmente eles puseram um fim a essas concepções equivocadas. Em 1854 o médico inglês John Snow (1813-58) relacionou a fonte de um surto de cólera em Londres à água contaminada por esgoto. Seu estudo detalhado foi um elemento-chave na história tanto da saúde pública quanto da epidemiologia.

Pouco tempo depois, o grande químico francês Louis Pasteur (1822-95) conduziu os experimentos que acabaram por destruir a noção de que a vida poderia ser gerada espontaneamente. Ele demonstrou que existem microrganismos em todo lugar, incluindo no ar. Ele demonstrou ainda que eles eram a fonte do processo químico pelo qual o leite azedava¹⁵⁸.

O processo desenvolvido por ele para aquecer o leite (e outros líquidos) para matar os micróbios leva seu nome: pasteurização. Quando passou a ser amplamente adotada, a pasteurização fez com que o leite deixasse de ser uma fonte de tuberculose e outras doenças.

Pasteur acreditava firmemente que os microrganismos eram responsáveis por doenças infecciosas em seres humanos e animais e por sua transmissão entre eles. E desenvolveu vacinas eficazes contra o antraz e a raiva coletando tecidos de animais que haviam morrido dessas doenças. Mas foi o trabalho de um médico alemão, Roberto Koch (1843-1910), que finalmente validou a teoria germinal da doença. Ele identificou as bactérias específicas que causavam o antraz, a tuberculose e a cólera. Ele desenvolveu um conjunto de regras (postulados de Koch) para

¹⁵⁸FRANÇOISE, Micheau. *A Idade de Ouro da medicina árabe*. In: LE GOFF, Jacques. (Org.). *As doenças têm história*. Lisboa: Terramar, 1985. p. 61

determinar conclusivamente se um microrganismo é a fonte de doenças em uma pessoa, ou se está simplesmente presente nela. Assim nasceu a ciência da bacteriologia.

Logo surgiram outros ramos da microbiologia. Descobriu-se que várias doenças tropicais eram causadas por micróbios parasitas, muitos deles espalhados por mosquitos. Entre eles, dois grandes causadores de morte a malária e a febre-amarela. Contudo, a febre-amarela, assim como a varíola e a raiva, não pôde ser associada a nenhuma bactéria. Valendo-se dos estudos de um patologista russo, Dmitry Ivanovsky (1864-1920), o cirurgião americano Walter Reed (1851-1902) descobriu em 1901 que a febre-amarela era causada por um vírus, algo ainda menor que uma bactéria.

Acreditava-se que os vírus eram invisíveis até a invenção do microscópio electrónico na década de 40, mas eles acabaram sendo identificados como a causa de inúmeras doenças. Estas incluem não apenas a varíola, mas também a gripe, o resfriado comum, a catapora, a poliomielite e, mais recentemente, a AIDS¹⁵⁹. Também se acreditava que os vírus despenhavam um papel importante no câncer.

Anestesia e Anti-sépticos. Em meados do século XIX outras descobertas finalmente tornaram as grandes cirurgias práticas. Até então as opções cirúrgicas limitavam-se a operar um paciente acordado, com o risco de infecção após a operação.

Na década de 1840 vários dentistas americanos foram pioneiros no uso primeiro de óxido nitroso e depois de éter como anestésicos. Este último foi logo adoptado na Europa para fins cirúrgicos, finalmente oferecendo aos cirurgiões tempo para realizar cirurgias delicadas e longas.

Foi mais ou menos nessa mesma época que o médico húngaro Ignaz Semmelweis estabeleceu que as infecções após o parto provavelmente eram causadas pelas mãos sujas dos médicos nos hospitais¹⁶⁰. No fim da década de 1860 o cirurgião britânico Joseph Lister (1827-

¹⁵⁹CASTIGLIONE, Arturo. *História da medicina*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1947. v. 1, p. 260

¹⁶⁰FRANÇOISE, Micheau. *A Idade de Ouro da medicina árabe*. In: LE GOFF, Jacques. (Org.). *As doenças têm história*. Lisboa: Terramar, 1985. p. 61.
GUYAR, Auguste. Op. cit., p. 26.

1912), que tinha conhecimento da pesquisa de Pasteur, começou a embeber bandagens e ataduras em ácido carbólico e despejar o ácido sobre as feridas para esterilizá-las.

Dessa forma, reduziu enormemente a taxa de mortalidade por gangrena e estabeleceu a cirurgia anti-séptica. Na virada do século XX esperava-se que a sala de cirurgia fosse um ambiente estéril. O século XX trouxe a disseminação mundial da medicina científica.

o. Do Século XX em Diante: Drogas para Tratar Doenças

O ritmo dos avanços médicos se acelerou em todas as frentes a partir do século XX. Descobertas revolucionárias ocorreram nas áreas de biologia, química, psicologia, farmacologia e tecnologia, muitas vezes de formas convergentes ou sobrepostas¹⁶¹.

Um novo entendimento das doenças trouxe novos tratamentos e curas para muitas dessas condições. Contudo, ainda que as epidemias mais mortais tenham sido dominadas—e, no caso da varíola, erradicadas—novas doenças surgiram, como a AIDS.

Durante o século XX, a expectativa de vida aumentou em muitas partes do mundo. O outro lado da moeda foi o aumento da incidência de doenças relacionadas ao envelhecimento, sobretudo doenças cardíacas e câncer, e do foco no tratamento e prevenção dessas doenças. Em uma evolução preocupante, algumas doenças que pareciam ter sido dominadas por tratamentos medicamentosos, como a tuberculose, desenvolveram resistência aos medicamentos mais para o fim do século XX¹⁶².

p. Drogas para tratar doenças

No fim do século XX, o estudo de remédios herbáceos, químicos e minerais (o que era chamado de matéria medica), transformou-se na ciência laboratorial da farmacologia. Drogas

¹⁶¹VASCONCELLOS, Ivolino de. Asclépio, *Deus helênico da medicina*. In: *Revista Brasileira de História da Medicina*, ano XIII, p. 106-110, Jul./dez., 1962.

¹⁶²LIMA, Tânia Andrade. *Humores e odores: ordem corporal e ordem social no Rio de Janeiro, século XIX*. In: *História, Ciência e Saúde* – Manguinhas. Rio de Janeiro, Fundação Oswaldo Cruz, v. 2, 1996. p. 47

fototerapias, como o ópio, foram submetidas a análises químicas sistemáticas. Os pesquisadores então aprenderam a sintetizar essas drogas.

Na virada do século XX, a indústria farmacêutica estava comercializando produtos de laboratório. Uma empresa chamada Bayer, na Alemanha, registou a marca de uma versão sintética do ácido acetilsalicílico, à qual deu o nome de aspirina.

Um pioneiro no ramo da farmacologia foi o cientista alemão Paul Ehrlich (1854-1915), que após muito esforço e tentativas—sintetizou o composto à base de arsénico Salvarsan, o primeiro tratamento eficaz para a sífilis, em 1909. Assim, Ehrlich, que cunhou o termo quimioterapias, criou a primeira droga antibiótica.

Uma geração mais tarde outro alemão, Gerhard Domagk (1895-1964), que trabalhava na Bayer, produziu a primeira sulfa (outro tipo de antibiótico) utilizável. A droga era usada para tratar doenças estreptocócicas, incluindo a meningite.

Cientistas também pesquisaram agentes antibióticos biológicos. Os antigos chineses, egípcios e gregos descobriram que substâncias mofadas eram eficazes para manter cortes limpos. Pasteur observou uma acção bactericida ao notar que a adição de bactérias comuns interrompia o crescimento de bacilos antrazes na urina estéril.

Na década de 20, o escocês Alexander Fleming (1881-1955) encontrou mofo proliferando em algumas amostras bacterianas em seu laboratório. Na verdade, o mofo matava as amostras. Ele identificou o mofo como penicilina.

Durante a Segunda Guerra Mundial, uma equipe de cientistas liderada pelo australiano Howard Florey (1898-1968) aprofundou a pesquisa e testou a nova droga em soldados feridos. Ela demonstrou ser eficaz contra antraz, tétano e sífilis, e foi a primeira droga que funcionou contra a pneumonia. Mais ou menos na mesma época, Selman Waksman (1888-1973), bioquímico americano, isolou outro fungóide, a estreptomicina, que demonstrou ser eficaz contra a

tuberculose. Waksman cunhou o termo “antibiótico” para descrever especificamente as drogas biológicas¹⁶³.

Várias novas drogas surgiram na década de 50, incluindo a cortisona, um hormônio esteróide que reduzia a inflamação e suprimia a resposta do sistema imune.

As primeiras drogas eficazes para o tratamento de doenças mentais também apareceram nesta época.

Embora os antibióticos não funcionassem contra doenças virais, as vacinas antivirais funcionavam. Duas das mais importantes foram as vacinas contra a varíola e a poliomielite. A poliomielite, doença que atinge principalmente as crianças, causa paralisia. Dois cientistas americanos, Jonas Salk (1914-95) e Albert Sabin (1906-93), desenvolveram diferentes versões de uma vacina pólio, que foram apresentadas em meados da década de 50. A vacina de Salk era feita à base do vírus morto, enquanto a de Sabin era preparada com o vírus vivo. Ambas foram usadas, com grande sucesso. A pólio foi basicamente erradicada no final do século XX.

Outras vacinas antivirais incluem aquelas contra sarampo, catapora e gripe. As vacinas contra o papilomavírus humano (que causa câncer de colo de útero) e herpes-zóster (doença da família da catapora causada pelo vírus herpes) surgiram em 2006. As tentativas de se produzir uma vacina contra a malária e a AIDS até o momento não tiveram sucesso.

A primeira droga antiviral, o aciclovir, surgiu na década de 70 para ser usada contra algumas formas de herpes. Drogas antiretrovirais foram desenvolvidas na década de 80 para combater a AIDS (os retrovírus são uma classe de vírus.) Contudo, os vírus se modificam tão rapidamente que o desenvolvimento de agentes antivirais (e antiretrovirais) se mostra bastante difícil.

¹⁶³ PORTER, Roy; VIGARELLO, Georges. *Corpo, Saúde e Doenças*. In: CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. *História do corpo: da Renascença às Luzes*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 443.

Os pesquisadores já usaram várias abordagens diferentes para o desenvolvimento de drogas para pacientes. Uma grande revolução para o tratamento de doenças foi um novo entendimento do sistema imune.

q. Do Século XX em Diante: entendendo o Sistema Imune

As vacinas baseiam-se no princípio de que, uma vez exposto a certas infecções, o corpo humano desenvolve uma imunidade que permite a ele resistir a infecções quando exposto novamente. A imunização, ou vacinação, cria a mesma resposta sem expor a pessoa à doença de fato. Como vimos, a prática era comum na China antiga, e foi introduzida no Ocidente por Edward Jenner. A ciência básica por trás dela, contudo, só foi compreendida no século XX¹⁶⁴.

Na década de 1880, o biólogo russo Elie Metchnikoff (1845-1916) desenvolveu a teoria celular da imunidade. De acordo com ela, os glóbulos brancos actuam como o que ele chamou de fagócitos (literalmente, comedores de células), detectando e consumindo organismos estranhos e resíduos dentro do corpo.

Menos de duas décadas mais tarde, Paul Ehrlich argumentou que os principais agentes da imunidade eram os anticorpos, proteínas produzidas por células e liberadas na corrente sanguínea. No fim, as duas teorias estavam corretas, mas as enormes complexidades do sistema imune ainda não foram totalmente elucidadas.

O progresso na imunologia levou à identificação de toda uma classe de distúrbios chamados de doenças autoimunes. Esse tipo de doença ocorre quando o corpo humano não consegue reconhecer seus próprios componentes e cria uma resposta imunológica contra suas próprias células¹⁶⁵. As doenças auto-imunes mais conhecidas incluem diabetes tipo 1, lúpus, distrofia muscular e artrite reumatóide.

¹⁶⁴CAIRUS, Henrique. *Da natureza do homem. Corpus Hippocraticum*. In: *História, Ciência e Saúde* – Manguinhos. Rio de Janeiro, Fundação Osvaldo Cruz, v. 6, n. 2Jul./out., 1999. p.406

¹⁶⁵FRANÇOISE, Micheau. *A Idade de Ouro da medicina árabe*. In: LE GOFF, BJaques. (Org.). *As doenças têm história*. Lisboa: Terramar, 1985. p. 61.

As pesquisas imunológicas também levaram ao desenvolvimento da hipnoterapia, o uso de drogas para alterar o sistema imune. Como se poderia esperar, drogas imunossupressoras são usadas para tratar as doenças auto-imunes. Contudo, elas também são fundamentais para o sucesso do transplante de órgãos.

Os primeiros transplantes renais bem-sucedidos ocorreram na década de 50, e o primeiro transplante cardíaco, em 1967. Contudo, nenhum dos pacientes sobreviveu por muito tempo, pois seus sistemas imunes rejeitaram os novos órgãos. A ciclosporina, primeira droga imunossupressora eficaz para essa finalidade, foi lançada na década de 1980. As drogas imunossupressoras gradualmente transformaram o transplante de órgãos em um procedimento praticamente rotineiro.

Hoje em dia em um dos milagres da cirurgia moderna – praticamente qualquer órgão do corpo humano pode ser transplantado de uma pessoa para outra. As limitações ficam basicamente por conta da disponibilidade de órgãos.

A imunoterapia também é uma arma promissora na luta contra alguns tipos de câncer.

A AIDS, identificada pela primeira vez na década de 80, trouxe a ciência da imunologia a um novo plano. Causada pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV), a AIDS destrói o sistema imune e, conseqüentemente, a capacidade do corpo de resistir a infecções.

A princípio a doença foi considerada uma sentença de morte, mas os tratamentos à base de antirretrovirais podem actualmente prolongar a vida de pessoas infectadas por muitos anos. No entanto, a AIDS ainda não tem cura.¹⁶⁶

O sistema imune é um mistério que está sendo lentamente desvendado por cientistas e médicos. A genética é outro. No século XX, o entendimento dessa área altamente complexa se tornou a peça central de um grande número de pesquisas¹⁶⁷.

¹⁶⁶CAIRUS, Henrique. Op. cit., p. 416.

¹⁶⁷PORTER, Roy; VIGARELLO, Georges. *Corpo, Saúde e Doenças*. In: CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. *História do corpo: da Renascença às Luzes*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 443

r. Do Século XX em Diante: a ascensão da genética

Muito do progresso nos estudos imunológicos e virais—na verdade, na pesquisa médica como um todo—deveu-se à genética. Os cientistas agora estudam as células do corpo e os organismos que podem infectá-lo no nível molecular. Perto do fim do século XIX e início do século XX, estudos bioquímicos e genéticos revelaram muitos dos princípios básicos do metabolismo das células e o papel dos genes.

Em meados do século os pesquisadores entenderam a estrutura dos genes e como eles estão dispostos dentro dos cromossomas que os abrigam. No núcleo do cromossoma existe uma longa molécula, chamada de ácido desoxirribonucleico, mais conhecida como DNA.

Então, em 1953, o bioquímico britânico Francis Crick (1916–2004) e o biólogo americano James Watson (1928–) de codificaram a estrutura do DNA. Essa foi uma das maiores revoluções da ciência. O conhecimento da estrutura permitiu determinar a localização de cada gene e gradualmente identificar sua finalidade específica. No início do século XXI, cientistas mapearam a estrutura genética dos seres humanos, conhecida como genoma humano.

Além de sua importância para os estudos celulares, o desmembramento do código genético revolucionou a medicina de várias formas. As causas de muitas doenças podem ser ligadas a cromossomas defeituosos ou a genes específicos dos cromossomas. Isso, por sua vez, possibilitou a investigação de suscetibilidade a essas doenças, incluindo fibrose cística, coreia de Huntington e algumas formas de câncer de mama.

A engenharia genética também possibilitou a criação de novas drogas derivadas de substâncias químicas naturalmente presentes no corpo. Isso inclui insulina, interferon, hormônio do crescimento humano e outros hormônios usados para estimular a produção de células sanguíneas. O maior objectivo da engenharia genética é a terapia genética directa. Isso envolve a inserção de cópias normais de genes anormais nas células, normalmente por meio de um vírus¹⁶⁸.

¹⁶⁸LIMA, Tânia Andrade. *Humores e odores: ordem corporal e ordem social no Rio de Janeiro*, século XIX. In: *História, Ciência e Saúde* – Manguinhos. Rio de Janeiro, Fundação Osvaldo Cruz, v. 2, 1996. p. 47

A esperança é de que a terapia genética ofereça a cura para várias doenças. Até o momento, no entanto, o progresso tem sido bastante limitado.

Assim como a genética começou a permitir que os médicos vejam o funcionamento do corpo com o máximo de detalhes, novas tecnologias permitiram que eles vejam os processos corporais em acção.

s. Do Século XX em Diante: o papel da tecnologia

A medicina moderna e a tecnologia parecem inseparáveis. A descoberta dos raios X pelo físico alemão Wilhelm Conrad Roentgen (1845-1923) em 1895 possibilitou a observação dos órgãos internos do corpo¹⁶⁹. Isso facilitou o diagnóstico de fracturas ósseas, câncer, e outras doenças. Pouco tempo depois, Willem Einthoven (1860-1927), fisiologista holandês, inventou o primeiro electrocardiograma.

O aparelho registra a actividade eléctrica dos músculos do coração, possibilitando o monitoramento de problemas cardíacos. Em meados do século, cateteres—tubos ocos e finos que podem ser usados para drenar fluidos ou administrar medicamentos—foram inseridos no coração e no fígado. Muitos dos avanços ocorreram na área de investigação por imagem, permitindo aos médicos ver os órgãos sem abrir o corpo.

As tecnologias incluem imagens por ultra-som, tomografia computadorizada, tomografia por emissão de pósitrons (PET) e ressonância magnética. O diagnóstico, embora ainda seja uma arte, tornou-se também uma ciência.

Os raios X, evidentemente, são uma forma de radiação, que é nociva ao organismo. Os radiologistas aprenderam a usar as doses mais baixas possíveis na investigação por imagens. Eles também aprenderam a usar raios X direccionados e outras formas de radiação para destruir células indesejadas. Consequentemente, a radiação se tornou um tratamento padrão para o câncer.

¹⁶⁹VASCONCELLOS, Ivolino de. *Asclépio, deus helénico da medicina*. In: *Revista Brasileira de História da Medicina*, ano XIII, p. 106-110, jul. /dez., 1962.

Talvez nenhuma outra área tenha sido tão afectada pela tecnologia como a cirurgia. As várias tecnologias de varredura levaram os cirurgiões às partes mais profundas do corpo, permitindo cirurgias invasivas radicais. Por outro lado, endoscópios flexíveis, baseados em tecnologia de fibra óptica, surgiram na década de 70.

Eles permitiram aquilo que chamamos de cirurgia laparoscópica, na qual o endoscópio, equipado com um laser que corta como um bisturi, é inserido através de uma minúscula incisão. Esse tipo de cirurgia tornou-se comum para hérnias, vesículas biliares e rins, e joelhos.

Em meados do século XX foi desenvolvida a máquina coração-pulmão. Ela fornece um meio artificial de se manter a circulação sanguínea, mantendo o paciente vivo enquanto o cirurgião opera o coração parado. Essa técnica, chamada de circulação extracorpórea, tornou as cirurgias cardíacas praticamente rotineiras, incluindo a substituição de válvulas cardíacas e a revascularização do miocárdio.

Órgãos artificiais são outra grande invenção do século XX. Embora o transplante seja o ideal, não há órgãos suficientes para as pessoas que precisam deles. Os órgãos artificiais podem manter os pacientes vivos enquanto eles aguardam a cirurgia. O aparelho de diálise renal é um dos exemplos mais antigos disso. O primeiro rim artificial foi inventado em 1913. A hemodiálise, feita pela primeira vez pelo cientista holando-americano Willem Kolff (1911-, actualmente prolonga a vida de vários pacientes com insuficiência renal. Corações artificiais também foram desenvolvidos.¹⁷⁰

Diferentemente das máquinas de diálise incômodas, estas são na verdade implantadas no corpo. Durante um tempo houve a esperança de que elas pudessem ser implantes permanentes, resolvendo assim o problema da falta de corações verdadeiros para transplante. Contudo, poucos receptores viveram mais de meio ano. Outros corações artificiais foram desenvolvidos para actuar como pontes, a fim de manter os pacientes vivos até que um coração de verdade estivesse disponível.

¹⁷⁰GUYAR, Auguste. *Guia do povo para escolher uma medicina*. Lisboa: Typographiado Panorama, 1862. p. 65-66.

Grandes esforços foram feitos para o desenvolvimento de próteses que pudessem substituir membros perdidos. Não muito tempo atrás, os membros artificiais eram feitos de metal e madeira; o exemplo mais antigo de que se tem relato é de cerca de 300 a.C. O plástico passou a ser usado em meados do século XX.

Actualmente, materiais avançados, como fibra de carbono, plásticos e metais de alta tecnologia, permitem que os pesquisadores criem dispositivos operados por eléctrodos conectados aos músculos. Os membros artificiais mais avançados são controlados por micro-chips.

Assim como em várias outras áreas, os computadores têm desempenhado um papel fundamental nos avanços da medicina moderna. Os computadores são um componente importante da tecnologia de varredura.

Eles operam os aparelhos em salas de cirurgia e unidades de terapia intensiva. Registos médicos e prescrições de medicamentos podem agora ser transmitidos em formato electrónico. E a ciência por trás das modernas práticas médicas baseia-se em pesquisas que se valem de computador. O mapeamento do genoma humano teria sido impossível sem os computadores para montar e analisar a vasta e complexa gama de dados.¹⁷¹

Apesar de todos esses avanços, muitas doenças ainda não têm um tratamento adequado. Embora muitas doenças possam ser prevenidas, há outras que ainda devastam famílias e comunidades. E muitas pessoas não têm acesso a atendimento médico adequado para doenças que podem ser curadas ou prevenidas.

¹⁷¹HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978. p. 63.

3.2 Medicina tradicional

3.2.1 Definições e Delimitação de Conceitos

Falar de Medicina Tradicional, é abordar um tema que apresenta certa dificuldade de delimitação. Trata-se de uma noção ampla e diferenciado que origina um grande leque de reações entre as pessoas, desde entusiasmo e abertura até ceticismo e criticismo.

O uso da medicina tradicional continua a ser generalizado nos países em vias de desenvolvimento e está a aumentar rapidamente nos países desenvolvidos. Em muitas partes do mundo, os responsáveis pelas políticas, os profissionais de saúde e o público em geral debatem-se com questões frequentes sobre a segurança, a eficácia, a qualidade, a disponibilidade, a preservação e o desenvolvimento deste tipo de terapias.

A denominação medicina tradicional é por vezes usada para mencionar cuidados de saúde considerados suplementares da Medicina Alopática¹⁷². Contudo, noutros países, o estatuto legal da medicina tradicional é equivalente ao da medicina alopática, diversos profissionais são certificados em ambas, e os cuidados primários de saúde para muitos pacientes referem-se a terapias da medicina tradicional.

Para a Organização Mundial de Saúde (OMS), as terapias da medicina tradicional podem classificar-se como terapias de medicação se usarem medicamentos com base de ervas, partes de animais e/ou minerais, ou terapias sem medicação se realizarem tratamentos maioritariamente sem utilização de medicação, como é a situação da acupuntura, das terapias manuais, do Qi Gong, do Tai Qi, da terapia termal, do Yoga e outras terapias físicas, mentais, espirituais e terapias de mente e corpo¹⁷³.

A prática da medicina tradicional varia em grande medida de um país para outro e de uma região para outra. Desnecessário será afirmar que a sua teoria e aplicação diferem muito da teoria e aplicação da Medicina Alopática.

¹⁷² Medicina Alopática menciona-se, nesta obra, à grande categoria de práticas médicas, por vezes igualmente designada de medicina ocidental, biomedicina, medicina científica ou medicina moderna

¹⁷³ World Health Organization. (2002). WHO Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005. Geneva. World Health Organization, in press. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.html>

A abrangência do termo e a larga gama de práticas que engloba torna difícil a sua definição ou descrição, especialmente num contexto global, apresentando características e pontos de vista diferentes e, por vezes, conflituosos.

Com efeito, a medicina tradicional tanto pode ser codificada, disciplinada, abertamente ensinada e praticada largamente e de modo sistemático, beneficiando de milhares de anos de experiência, como, pelo inverso, pode ser altamente reservada, mística e extremamente localizada, com conhecimentos e práticas difundidas oralmente. Pode ser baseada em sintomas físicos identificados ou forças sobrenaturais percebidas. Sendo um conhecimento passado de geração em geração, a sua prática é geograficamente restrita e pode ser mesmo encontrada em diversas regiões do mundo. No grosso das situações, esta Medicina é denominada tradicional quando praticada dentro do país de origem.

A organização mundial de saúde define medicina tradicional como «uma diversidade de práticas de saúde, abordagens, conhecimentos e crenças diversas sobre a saúde, incorporando curas à base de plantas, animais e/ou minerais; terapias espirituais ou energéticas, técnicas manuais e exercícios aplicados isoladamente ou combinados para manter o bem-estar geral, bem como para tratamento, diagnóstico ou prevenção de doenças». Esta ampla designação inclui a Medicina tradicional chinesa, a ayurveda hindu e a medicina unani árabe, assim como as diversas formas de medicina indígena¹⁷⁴.

Ainda segundo a organização mundial de saúde, usualmente utiliza-se as denominações complementar e alternativa, não convencional e paralela para mencionar «um amplo grupo de práticas de saúde que não fazem parte da tradição de um país ou comunidade ou não estão integradas no seu sistema de saúde prevalecente»¹⁷⁵. Por exemplo, a Acupuntura e mesmo toda medicina tradicional Chinesa são, em muitos países europeus, designadas como medicina complementar, alternativa, por não fazerem parte das suas próprias tradições. De igual modo, a homeopatia e a quiropraxia, que só no século XVIII se desenvolveram na Europa e não se

¹⁷⁴ World Health Organization. (2002). WHO *Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005*. Geneva. World Health Organization, inpress. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.html>

¹⁷⁵ Idem

incorporam nas suas formas dominantes de cuidados de saúde, usualmente são aqui classificadas, não como medicina tradicional, mas como medicina complementar e alternativa¹⁷⁶.

3.2.2 Os Sistemas da Medicina Tradicional

Como interação humana, a terapêutica ultrapassa diversas vezes o círculo das ciências experimentais. O sistema da medicina ocidental ou alopático, que procura sustenta-se na ciência e no método científico, não é assim único, nem pode afastar outros grandes sistemas, que, como estratégias de adaptação ao meio, comprovaram a sua eficácia em distintas culturas. Além do sistema ocidental, podemos falar de três grandes sistemas médicos que sobreviveram à passagem dos séculos e das culturas e que mantêm hoje uma validade que, não só não desapareceu com os avanços da medicina ocidental, como, em muitos casos, foi reforçada e confirmada pela investigação científica. Referimo-nos à medicina tradicional chinesa, cujo ramo mais conhecido é a acupuntura, ao ayurveda hindu e ao sistema de medicina unani dos muçulmanos. Embora menos conhecida, alguns autores referem também a medicina tradicional sul-americana como um sistema médico¹⁷⁷.

Para além destes grandes sistemas médicos, existe um conjunto de práticas que usam métodos mais ou menos elaborados para restabelecer a saúde, entre elas a naturopatia, a botânica médica ou fitoterapia, as medicinas manuais, a homeopatia, a terapia neural, todas as reflexoterapias, as modernas terapêuticas psicofísicas e as práticas médicas populares.

Em seguida apresentaremos um resumo dos fundamentais sistemas e conjuntos de práticas existentes, mostrando um pouco do que é a prática de cada um e os argumentos e filosofia a eles subjacente.

3.2.2.1 A Medicina Tradicional Chinesa

As primeiras marcas sobre medicina tradicional chinesa remontam ao século VIII a.C. O primeiro e mais relevante antigo texto de medicina chinesa, que se considera ser do século I

¹⁷⁶World Health Organization. (2002). WHO *Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005*. Geneva. World Health Organization, inpress. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.html>

¹⁷⁷ idem

d.C.¹⁷⁸, ficou conhecido como o clássico da medicina interna do imperador amarelo (Huang Ti Nei Ching).

A medicina tradicional chinesa tem como base a existência de uma estrutura energética associada ao corpo físico. A abordagem chinesa do corpo humano é única e baseia-se numa compreensão holística do universo. Afirmar que no corpo a energia, Qi¹⁷⁹, circula por canais designados de meridianos¹⁸⁰, os quais possuem na sua trajectória pontos específicos, chamados pontos de acupuntura que, ao serem puncturados por finas agulhas, reorganizam a circulação energética de todo o corpo¹⁸¹.

A medicina tradicional chinesa actua partindo do pressuposto de que a doença ocorre no corpo emocional e mental da pessoa, constituindo uma desorganização da energia funcional que controla e dinamiza os órgãos. Do ponto de vista filosófico, fundamenta que a cura é um processo que deve envolver todo o corpo, isto é, independentemente do ponto do corpo físico em que a doença se desenvolveu, deve entender-se que todo o corpo está doente¹⁸².

A filosofia da medicina tradicional chinesa integra conceitos do taoismo, confucionismo e budismo. Embora existam várias escolas de pensamento entre os praticantes da medicina tradicional chinesa existem cinco axiomas taoistas que constituem a sua base: existem leis naturais que governam o universo, incluindo os seres humanos; a ordem natural do universo é, de forma inata, harmoniosa e bem organizada; quando as pessoas actuam de acordo com as leis do universo, vivem em harmonia com ele; o universo é dinâmico, e a mudança é a sua única constante; a estagnação está em oposição à lei do universo e produz o que a medicina ocidental denomina de doença; todos os elementos vivos estão ligados e são interdependentes; os seres humanos estão intimamente relacionados com o seu meio e são afetados por todas as acções que nele acontecem¹⁸³.

¹⁷⁸ World Health Organization. (2002). WHO *Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005*. Geneva. World Health Organization, inpress. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.html>

¹⁷⁹ Qi é entendido como uma a força / energia universal. A qualidade, a quantidade e o equilíbrio do Qi de uma pessoa determinam o seu estado de saúde e a sua longevidade

¹⁸⁰ Meridianos são vias de energia subtil, que ligam ou regulam as diferentes estruturas, órgãos ou substâncias do corpo humano. De acordo com a medicina tradicional chinesa, existem 12 meridianos principais e 8 meridianos secundários ou extraordinários.

¹⁸¹ Medicina Chinesa. 2011. www.medicinachinesa.net, consultado em 30-07-2020

¹⁸² WILLIAMS, Tom. **A Medicina Chinesa – Acupuntura, Plantas Medicinais, Nutrição**; Chi Kung e Meditação. Coleção Medicinas Alternativas. Editorial Estampa. 1996.p 22

A cultura chinesa assenta na teoria do yin - yang¹⁸⁴. Nela é igualmente relevante a teoria dos cinco elementos¹⁸⁵, — madeira, fogo, terra, metal e água —, submetidos a dinâmicas de predominância entre o yin e o yang, que têm aplicação direta no diagnóstico e no tratamento da doença¹⁸⁶.

Amplamente analisada e reconhecida pela organização mundial de saúde, a medicina tradicional chinesa possui actualmente, mesmo no mundo ocidental, um valor inegável, de tal modo que a própria organização mundial de saúde emitiu uma lista de patologias em que é reconhecida a sua eficácia tais como: bronquite, pneumonia, asma, rinite, sinusite, hipertensão arterial, úlcera péptica, disfunção biliar, diabetes mellitus, acne, dermatite, reumatismo, má posição fetal, hemorróidas, celulite, obesidade, insónias, obstipação, alcoolismo, dores articulares, prostatite, incontinência urinária e fecal, enurese, síndrome de ménière, ciática, nevralgia do trigémio, polinefrite, cefaleia, depressão, neurose psíquica, torcicolo, tenossinovite, tabagismo, gripe, tosse, tonturas e vertigens, tinidos ou zumbidos, angina de peito, otite, impotência sexual, menopausa problemas menstruais, e patologias da mama¹⁸⁷.

A medicina tradicional chinesa engloba uma série de práticas, incluindo a acupuntura, a moxibustão, a fitoterapia, a regulação dietética, a massagem e o exercício terapêutico designado como Chi Kung. A acupuntura é a forma de medicina tradicional mais amplamente usada, sendo praticada em todas as regiões do mundo¹⁸⁸.

O primeiro registo conhecido sobre acupuntura aparece no Huang Di Nei Ching. Assenta na teoria dos meridianos que percorrem o corpo humano, tendo em conta as características de cada

¹⁸³KRAPP, Kristine e LONGE, Jacqueline L. *Manual de Medicinas Complementares*. Editorial Oceano.2011. p 12

¹⁸⁴ No pensamento taoista, o yin e o yang são as duas forças cósmicas interdependentes, primordialmente opostas, que se complementam e se influenciam.

¹⁸⁵ São as cinco substâncias básicas que simbolizam as qualidades essenciais do Universo.

¹⁸⁶Medicina Chinesa. 2011. www.medicinachinesa.net, consultado em 30-07-2020

¹⁸⁷ Idem

¹⁸⁸World Health Organization. (2001). *The Legal Status of Traditional and Complementary/Alternative Medicine: a Worldwide Review*. Geneva, World Health Organization, in press. Disponível em <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh2943e/>, consultado em 21-11-2020.

um deles, a localização exata dos 365 pontos principais (zonas acessíveis às agulhas) e o órgão ou víscera e outros meridianos a que cada um corresponde¹⁸⁹.

A designação acupuntura tem origem na referência efetuada por um clérigo europeu no século XVII durante a sua estadia na China: acus de agulha e punctum de punção. O termo chinês é zhenjiu: zhen de agulha e jiu de cauterização/moxa¹⁹⁰. Os pontos de acupuntura podem também ser estimulados através dos dedos, designando-se de acupressão através de ventosas, que podem abranger diversos pontos em simultâneo; por estimulação com laser; e através do aquecimento, mediante utilização da moxabustão.

Segundo os dados históricos disponíveis, as aplicações de calor devem ter sido o primeiro tratamento de medicina tradicional chinesa a ser desenvolvido. Com efeito, já existe referência a ele no Tratado de moxibustão dos onze vasos Yin Yang, mil anos antes do Nei Jing, o livro de acupuntura do Imperador Amarelo, o livro mais antigo que se conhece sobre medicina tradicional chinesa¹⁹¹.

A moxa é feita à base de artemísia. Esta planta tem propriedades curativas: é de natureza quente, com propriedades para combater quadros de frio, desbloqueando a energia que circula nos meridianos e eliminando as dores. Pode aplicar-se moxa em bastão ou em cone. Também é possível usar a moxa conjugada com a acupuntura, aproveitando o facto de as agulhas de acupuntura serem atualmente feitas de material não isolante, juntando-se a moxa à agulha¹⁹².

O uso de ventosas é também uma técnica bastante usada. As ventosas são feitas de bambu ou vidro, este atualmente mais usado, por razões de higiene e segurança. Cria-se —vácuo (baixa pressão) dentro da ventosa através de uma chama que se acende dentro dela, colocando-a

¹⁸⁹ WILLIAMS, Tom. *A Medicina Chinesa – Acupuntura, Plantas Medicinais, Nutrição*; Chi Kung e Meditação. Coleção Medicinas Alternativas. Editorial Estampa. 1996.p 23

¹⁹⁰ Medicina Chinesa. 2011. www.medicinachinesa.net, consultado em 30-07-2020

¹⁹¹ WILLIAMS, Tom. *A Medicina Chinesa – Acupuntura, Plantas Medicinais, Nutrição*; Chi Kung e Meditação. Coleção Medicinas Alternativas. Editorial Estampa. 1996.p 23

¹⁹² BRITO, Tatiana. *Manual de Estudos de Tui-Na*. Instituto Português de Naturologia, Porto.2008. p.11

imediatamente sobre a área seleccionada. O efeito produzido é o de promover o fluxo de energia e sangue na área abrangida pela ventosa e de expulsar factores patogénicos do organismo¹⁹³.

A electroacupunctura é um recente desenvolvimento que combina a utilização de agulhas com o estímulo elétrico. A sua utilização maximiza os efeitos terapêuticos da acupuntura e também aumenta o seu leque de indicações. A sua primeira utilização remonta a 1810, quando um médico francês, Couis Berlioz, propôs a aplicação de eletricidade num tratamento de acupuntura. Quinze anos mais tarde, outro médico, Sarlandiere efetivou esse tratamento num paciente com nevralgia ciática.

O tratamento com electroacupunctura tem sido aperfeiçoado e tem reunido largo consenso no que respeita aos seus resultados terapêuticos. Entre as principais indicações da electroacupunctura encontra-se, entre outras, o tratamento de doenças do foro neurológico e psiquiátrico, problemas gastrointestinais, diversos tipos de dor, doenças de ouvidos, nariz e garganta e doenças de pele¹⁹⁴.

A fitoterapia chinesa é outra das terapias da medicina tradicional chinesa, caracterizando-se pelo uso de extratos de plantas, animais e minerais. O seu papel é tão ou mais importante que a acupuntura. Os fitoterapeutas chineses usam apenas fitoterapia para tratar os seus pacientes, mas a maioria dos acupunctores usa-a combinada com a acupuntura. A fitoterapia chinesa recorre a fórmulas que utilizam várias plantas associadas de acordo com as suas características energéticas para tratar uma ou várias síndromes¹⁹⁵.

Um remédio fitoterapêutico chinês tradicional contém pelo menos quatro tipos de ingredientes ordenados hierarquicamente: um Imperador (ou chefe), que constitui o ingrediente principal, escolhido para a doença específica; um Ministro (ou suplente), usado para reforçar a acção do Imperador ou tratar uma perturbação coexistente; um Assessor (ou assistente), para amenizar os efeitos secundários dos dois primeiros ingredientes; e um Coordenador (ou

¹⁹³ BRITO, Tatiana. *Manual de Estudos de Tui-Na*. Instituto Português de Naturologia, Porto.2008. p.11

¹⁹⁴ Medicina Chinesa. 2011. www.medicinachinesa.net, consultado em 30-07-2020

¹⁹⁵ KRAPP, Kristine e Longe, Jacqueline L. *Manual de Medicinas Complementares*. Editorial Oceano.2011. p 13

mensageiro, guia), para harmonizar todos os outros ingredientes e transmiti-los às partes do corpo que devem tratar¹⁹⁶.

Na medicina tradicional chinesa, a dietética trabalha também o corpo energético, a harmonia e o equilíbrio deste com o ambiente exterior. Os sabores de cada alimento têm a capacidade de estimular, dispersar ou harmonizar a energia de órgãos e meridianos. Apenas um especialista de medicina tradicional chinesa com conhecimentos de dietética energética pode prescrever os alimentos, adequando-os com rigor a cada desequilíbrio energético¹⁹⁷.

Outra das técnicas utilizadas pela medicina tradicional chinesa é a massagem chinesa, o Tui-Na. Tui significa empurrar; Na, significa agarrar. Esta massagem dispersa, tonifica e harmoniza a energia e o sangue, num meridiano, órgão ou região. Promove a descontração do indivíduo e reorganiza as energias yin e yang do corpo. Há pacientes que aceitam melhor o Tui-Na do que a acupuntura, por não serem usadas agulhas¹⁹⁸.

O Chi Kung é uma das áreas que tem crescido muito no Ocidente. Na sua vertente terapêutica (não marcial), utiliza movimentos e posturas estáticas em harmonia com respiração e controlo mental para trabalhar o QI (ou Chi), exercitando e tratando esqueleto, tendões, músculos, órgãos e vísceras. Tem um amplo leque de utilizações terapêuticas. Melhora a saúde em geral, aumenta o nível de energia, reforça do sistema imunitário e favorece a autoconfiança e a estabilidade emocional. Tem muitos exercícios de fácil aprendizagem, que por isso podem ser prescritos para serem realizados pelo próprio paciente autonomamente¹⁹⁹.

3.2.2.2 A medicina ayurveda

A Medicina Ayurveda teve origem no Século X a.C., mas apenas tomou forma entre o Século V a.C. e o Século V d.C. É um dos mais antigos sistemas médicos da humanidade. É usada tanto na prevenção como no tratamento de doenças. Em Sânscrito, Ayurveda significa —Ciência da

¹⁹⁶ KRAPP, Kristine e Longe, Jacqueline L. *Manual de Medicinas Complementares*. Editorial Oceano.2011. p 13 e VELOSO, Ana. *Texto de Apoio a Farmacopeia Chinesa I*. Instituto Português de Naturologia. Porto. 2008.

¹⁹⁷ CALDEVILLA, Manuela. *Manual de Nutrição e Dietética*. Instituto Português de Naturologia. Porto. 2009

¹⁹⁸ BRITO, Tatiana. *Manual de Estudos de Tui-Na*. Instituto Português de Naturologia, Porto.2008. p.11

¹⁹⁹ MAIA, Manuela. (2003). *Manual de Biomedicina*. Instituto Português de Naturologia. Porto.2003

Vidall. A filosofia ayurveda está ligada a textos sagrados, os Vedas,²⁰⁰ e baseia-se na teoria de Panchamahabhutas, os cinco elementos básicos de que todos os objectos e matéria viva são compostos: terra, água, fogo, ar e éter. Quando algum dos cinco elementos está em desequilíbrio no corpo do indivíduo, inicia-se o processo da doença.

A harmonia entre o ambiente e os indivíduos é entendida como uma relação entre o macrocosmo e o microcosmo, um influenciando o outro. Continua a ser a medicina oficial na Índia e tem-se difundido por todo o mundo. É amplamente praticada no Sul da Ásia, especialmente no Bangladesh, Índia, Nepal, Paquistão e Sri Lanka²⁰¹.

A ayurveda considera que a doença se inicia muito antes da fase em que pode ser percebida. Segundo a tradição ayurveda, os seres humanos são influenciados pelos cinco elementos através dos dosha: Vata, regido por ar e éter; Pitta, regido por fogo e água; e Kapha, regido por terra e água. Todas as pessoas possuem os três doshas, mas em diferentes proporções e quantidades, definidas no momento da concepção. Na altura do nascimento, estão em equilíbrio, mas com o tempo surgem desequilíbrios em um ou mais desses doshas, o que contribui para o surgimento e desenvolvimento de doenças²⁰².

Para a ayurveda, para ter o corpo saudável é necessário manter os seus tecidos saudáveis e isso é possível por meio da alimentação, que deve ser feita de acordo com o estado atual do paciente, ou seja, de acordo com seu dosha predominante e com os desequilíbrios que ele possa apresentar. A saúde de uma pessoa é medida pela força do seu agni – fogo digestivo. Um bom agni é capaz de extrair dos alimentos ingeridos os nutrientes necessários para formar tecidos fortes; um agni diminuído ou irregular, traduz uma menor capacidade digestiva e uma mais pobre nutrição dos tecidos, comprometendo a saúde²⁰³.

A ayurveda usa também a fitoterapia, o yoga, os banhos medicinais e a massagem. A massagem é uma das principais técnicas ayurvédicas. Tem baixo custo e é de fácil aplicação. Reconhecida pela organização mundial de saúde, é usada por quase toda a população da Índia e

²⁰⁰ Antiga etnia indiana

²⁰¹ World Health Organization. (2001). *The Legal Status of Traditional and Complementary/Alternative Medicine: a Worldwide Review*. Geneva, World Health Organization, in press. Disponível em <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh2943e/>, consultado em 21-11-2020.

²⁰² GERSON, Scott. Ayurveda – *A antiga medicina Indiana*. Editorial Estampa. 1995.p.15

²⁰³ Idem

está a ser largamente divulgada no mundo. Configura uma técnica natural para restabelecer o equilíbrio físico e psíquico, mantendo a saúde corporal, e restaurando o bem-estar físico, mental, energético e emocional.

A massagem ayurvédica age nos sistemas linfático, desintoxicando o organismo; circulatório, aumentando a produção de glóbulos brancos e a nutrição e oxigenação celular; e energético, reequilibrando os chakra²⁰⁴, e desfazendo bloqueios emocionais e contribuindo, dessa forma, para a cura das principais doenças. A massagem ayurvédica, tem em consideração os doshas do paciente, seus desequilíbrios e suas características. É específica para cada tipo de pessoa²⁰⁵.

3.2.2.3 A medicina unani

O sistema unani provém dos sistemas tradicionais da China, Egito, Índia, Iraque, Pérsia e Síria. Também é chamado medicina árabe²⁰⁶. Tem raízes na teoria de Hipócrates (462-377 a.C.) dos quatro humores corpóreos — sangue, fleuma, bÍlis amarela e bÍlis negra — e nos contributos de Galen (131-210 d.C.), Rhazes (850-925 d.C.) e Avicenna (980-1037 d.C.). Baseia-se nos quatro elementos: terra, ar, água e fogo; nas quatro naturezas: frio, quente, húmido e seco e nos quatro humores: sangue, fleuma, bÍlis amarela e bÍlis negra²⁰⁷. Cada humor tem as suas características: o sangue é quente e húmido, a fleuma ou muco é fria e húmida, a bÍlis amarela é quente e seca e a bÍlis negra fria e seca. Se os quatro humores e as suas principais qualidades primárias estão em estado de equilíbrio, a saúde impera²⁰⁸. A influência do ar, alimentos, bebidas, movimento e repouso, sono e vigília, excreção e retenção, leva a que exista dominância de um dos quatro humores.

O diagnóstico de doenças é efetuado através do exame do pulso, da urina e das fezes. A proporção dos humores é única em cada pessoa e configura o seu temperamento²⁰⁹: optimista e alegre, se existir predominância de sangue; frio, pouco emotivo, se predominar a fleuma; muito

²⁰⁴ Os chakra são canais existentes no corpo, por onde circula a energia vital que nutre órgãos e sistemas.

²⁰⁵KRAPP, Kristine e Longe, Jacqueline L. *Manual de Medicinas Complementares*. Editorial Oceano.2011. p 15

²⁰⁶ World Health Organization. (2001). *The Legal Status of Traditional and Complementary/Alternative Medicine*: aWorldwide Review. Geneva, World Health Organization, in press. Disponível em <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh2943e/>, consultado em 21-11-2020

²⁰⁷ Idem

²⁰⁸ Ibidem

²⁰⁹ Ibidem

suscetível de raiva e ira, se predomina a bÍlis amarela; e melancÓlico e triste, se predomina a bÍlis negra.

No sistema Unani considera-se que todo o indivíduo tem poderes inerentes de autopreservação, consistindo o trabalho do médico em induzir as forças naturais do organismo a promover a boa saúde. Este sistema faz parte integrante de alguns sistemas de saúde indígenas, com os seus profissionais, hospitais e instituições de ensino e pesquisa reconhecidos.

3.2.2.4 A medicina tradicional sul-americana

A medicina tradicional sul-americana (comparável ao xamanismo dos nÓmadas asiáticos) é um sistema indígena com saberes que englobam objetos, conceitos, modos de descrição, teorias e construção de proposições, com fundamentos, simultaneamente, na experiência, racionalidade, magia, mitos e religião, no qual o —médico‖ indígena, designado por pajé na língua dos Tupi (uma tribo indígena), tem muito poder e grande influência social, sendo visto como sacerdote, profeta, adivinho e conselheiro²¹⁰.

Apesar da diversidade linguística das amÉricas, o conjunto de práticas terapêuticas tem características comuns a muitas das suas culturas. Inclui o uso do tabaco (*Nicotina tabacum*); a aplicação de calor e defumação; massagens e fricções; extração da doença por sucção e vômito; escarificação do tÓrax e locais inflamados; rituais com uso de plantas psicoativas, como jurema (*Mimosa nigra*, *M. hostilis*), ayahuasca ou hoasca (*Banisteria caapi*, *Psychotria viridis*), paricá (*Piptadenia peregrina*, *Piptadenia macrocarpa*); utilização de produtos animais, como secreções de anuro (*Phyllomedusa bicolor*); e técnicas semelhantes à sauna, designadas por suadouros²¹¹.

²¹⁰Organização Mundial de Saúde. http://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_Mundial_da_Sa%C3%BAde, sem data de publicação, consultado a 16/08/2020.

²¹¹ Idem

3.2.2.5 A Fitoterapia

A Fitoterapia, do grego *therapeia* = tratamento e *phyton* = vegetal, corresponde ao estudo de plantas e suas aplicações na cura das doenças.

É conhecida desde tempos remotos. Era transmitida sobretudo oralmente, mas a arqueologia trouxe recentemente à luz textos escritos há mais de 4 000 anos descrevendo propriedades das plantas medicinais²¹².

Foi durante muito tempo o único tratamento disponível para o homem. É ainda muito utilizado e constitui uma das principais técnicas terapêuticas da medicina tradicional chinesa. As plantas podem classificar-se em muitas categorias diferentes. Entre as principais categorias incluem-se as sedativas, os estimulantes, as laxantes e as febrífugas²¹³.

No Ocidente o uso das plantas foi caindo em desuso, mas nos últimos tempos tem sido objecto de um crescente interesse, devido aos avanços na sua obtenção e nos modos de utilização, cada vez mais baseados em critérios científicos. Os constituintes activos das plantas podem encontrar-se em raízes, caules, flores, frutos, podendo ser utilizadas por infusão, decocção, tinturas, pomadas, emplastros e cataplasmas. A fitoterapia propõe tratamentos de prevenção e tratamento de patologias que agem em profundidade, sem agredir o organismo e estimulando as próprias defesas deste mais do que as substituindo. A sua eficácia assenta na escolha precisa, para cada finalidade terapêutica de cada planta, da parte ativa desta, que deve ser adequadamente extraída e concentrada²¹⁴.

3.2.2.6 A Homeopatia

A Homeopatia foi inicialmente mencionada por Hipócrates (462-377 a.C.), que introduziu a avaliação metódica dos sinais e sintomas como base fundamental para o diagnóstico e advogou dois métodos terapêuticos que podiam ser utilizados com sucesso: a "cura pelos contrários", consolidada por Galeno (129-199 d.C.) e Avicena (980-1037 d.C) — base da medicina alopática; e a "cura pelos semelhantes", reavivada no século XVI por Paracelso (1493-1591 d.C) e consolidada pelo médico alemão Samuel Hahnemann (1755-1843) — a base da medicina

²¹² KRAPP, Kristine e Longe, Jacqueline L. *Manual de Medicinas Complementares*. Editorial Oceano.2011. p 15

²¹³ Idem

²¹⁴ <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fitoterapia>, sem data de publicação, consultada em 22-05-2021

homeopática²¹⁵. A palavra —homeopatia deriva do grego: —homós (semelhante) e —pathos (doença).

Foi Hahnemann que, em 1796, estabeleceu os princípios básicos da homeopatia: lei da similaridade, direção da cura, princípio do remédio único, teoria da dose mínima diluída, e teoria da doença crônica. Em homeopatia, as doenças são tratadas com remédios que, numa pessoa saudável, iriam produzir sintomas similares aos das doenças. Em vez de lutar contra a doença diretamente, a medicina homeopática estimula o corpo a lutar contra a doença²¹⁶.

O estímulo promovido pela medicação homeopática é percebido de maneira difusa, como informação complexa, pela rede de sistemas orgânicos reguladores, e desencadeia uma reação orgânica global ao padrão doença. Nas doenças agudas, o medicamento, além de provocar reação local, redireciona as reações sistêmicas; nas doenças crônicas, desbloqueia o foco dinâmico patológico e facilita a reorientação do sistema para um padrão de funcionamento mais saudável²¹⁷.

Na segunda metade do século XIX, a homeopatia era já praticada em toda a Europa, assim como na Ásia e na América do Norte, tendo sido integrada nos sistemas nacionais de saúde de muitos países, incluindo a Índia, o México, o Paquistão, o Sri Lanka, e o Reino Unido²¹⁸.

3.2.2.7 Naturopatia

A Naturopatia é uma terapia holística com tratamentos naturais. O padre alemão Sebastien Kneipp, que criou um centro de hidroterapia (tratamento pela água), é apontado como seu pioneiro. Foi, contudo, o terapeuta alemão Benedict Lust, que afirmou ter sido curado por Sebastien Kneipp, o responsável pela difusão da Naturopatia no mundo ocidental, por volta do ano 1892. Lust definiu

²¹⁵ <http://pt.wikipedia.org/wiki/Homeopatia>, sem data de publicação, consultada em 25-05-2021

²¹⁶ World Health Organization. (2001). *The Legal Status of Traditional and Complementary/Alternative Medicine: a Worldwide Review*. Geneva, World Health Organization, in press. Disponível em <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh2943e/>, consultado em 21-11-2020

²¹⁷ MAIA, Manuela. *Manual de Biomedicina*. Instituto Português de Naturologia. Porto. 2003.p.8

²¹⁸ World Health Organization. (2001). *The Legal Status of Traditional and Complementary/Alternative Medicine: a Worldwide Review*. Geneva, World Health Organization, in press. Disponível em <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh2943e/>, consultado em 21-11-2020

a Naturopatia como sendo «a Ciência, a Arte e a Filosofia do recurso aos meios naturais» A palavra naturopatia deriva do grego: —pathos (doença) e —natural (natureza)²¹⁹

A Naturopatia defende que o homem possui uma total capacidade de autocura: com a ajuda de terapêuticas naturais, o corpo reage graças aos seus próprios mecanismos de defesa e de reequilíbrio, desencadeando um processo que conduz à cura²²⁰.

A Naturopatia tem na água e no ar dois pilares fundamentais para a prevenção e o tratamento: a água, a hidroterapia, principalmente no tratamento de dores crónicas, artrite, insónia, doenças de pele, circulação venosa e linfática; o ar, pelo oxigénio purificante.

A Naturopatia defende que são os hábitos nocivos — sono irregular, alimentação desequilibrada, tabaco, excesso de álcool, uso de drogas — que levam à acumulação de toxinas no corpo, ao seu deficiente funcionamento e, conseqüentemente, ao mal-estar e às doenças. A adoção de um estilo de vida moderado, a diminuição dos níveis de stress e ansiedade, o cultivar de uma atitude positiva e a observação de uma dieta equilibrada, incluindo o recurso a jejuns esporádicos, a prática regular de exercício físico, saber respirar e arranjar tempo para atividades recreativas e de lazer, constituem as principais ferramentas terapêuticas para a prevenção da doença e a promoção da saúde²²¹.

3.2.2.8 Osteopatia

A Osteopatia é um sistema médico baseado em procedimentos que promovem o funcionamento saudável do organismo corrigindo os desequilíbrios mecânicos das estruturas do corpo e suas relações. As estruturas referem-se aos músculos, ossos, ligamentos, órgãos e aponevroses. A correção dos desequilíbrios é feita pela restituição, manutenção e aperfeiçoamento do funcionamento harmonioso dos sistemas nervoso e músculo-esquelético²²². Foi criada pelo médico americano Andrew Taylor Still, por altura da guerra civil americana, nos finais do séc. XIX, o qual, através da observação e investigação, estabeleceu uma correlação entre as patologias

²¹⁹ http://pt.wikipedia.org/wiki/Medicina_natural, sem data de publicação, consultada em 22-05-2021.

²²⁰ MAIA, Manuela. *Manual de Biomedicina*. Instituto Português de Naturologia. Porto. 2003.p.10

²²¹ KRAPP, Kristine e Longe, Jacqueline L. *Manual de Medicinas Complementares*. Editorial Oceano.2011. p 18

²²² SNEDDDO, Peta. COSESCHI, Paolo. *A cura pela Osteopatia*. Publicações Europa-América. 1997.p.12

e as suas manifestações físicas. O nome osteopatia deriva das palavras gregas —osteo (osso) e —Pathos (doença)²²³.

A osteopatia trabalha em quatro vertentes: a estrutura, que inclui, grosso modo, ossos, músculos e órgãos e que está reciprocamente inter-relacionada com a função, sendo o sistema neuro-músculo-esquelético regulador de todos os outros sistemas; o organismo, que tem a capacidade de se autorregular e curar, uma vez eliminados os obstáculos que promovem a doença; o sangue, que transporta todos os nutrientes necessários ao funcionamento saudável dos tecidos, pelo que uma boa circulação é essencial para o bom funcionamento do organismo; e o corpo, que constitui uma unidade em movimento, sendo o fluxo nervoso, vascular e linfático crucial para a manutenção da saúde ²²⁴.

É uma técnica manual, que inclui conselhos sobre exercícios e nutrição; e é não invasiva, no sentido em que não envolve cirurgia nem prescrição de fármacos²²⁵.

3.2.2.9 Quiropráxia

A Quiropraxia foi estabelecida no fim do século XIX por Daniel David Palmer, um praticante de —terapia magnética do Iowa, EUA. É baseada numa associação entre a coluna e o sistema nervoso e nas propriedades de autocura do corpo humano. É praticada em todas as regiões do mundo²²⁶.

O termo Quiropraxia vem do grego: —kheirós (mão) e —prâxis (ação, prática). A Federação Mundial de Quiropraxia define a quiropraxia, quiropraxia como «uma profissão na área da saúde que se dedica ao diagnóstico, tratamento e prevenção das disfunções mecânicas no sistema neuro-músculo-esquelético e os efeitos dessas disfunções na função normal do sistema nervoso e na saúde geral»²²⁷.

²²³ MAIA, Manuela. *Manual de Biomedicina*. Instituto Português de Naturologia. Porto. 2003.p.10

²²⁴ SNEDDDO, Peta. COSECHI, Paolo. *A cura pela Osteopatia*. Publicações Europa-América. 1997.p.12

²²⁵ Idem

²²⁶ World Health Organization. (2001). *The Legal Status of Traditional and Complementary/Alternative Medicine: a Worldwide Review*. Geneva, World Health Organization, in press. Disponível em <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh2943e/>, consultado em 21-11-2020

A primeira evidência da Quiropraxia, remonta à pré-história, resultando da identificação em cavernas de representações da manipulação da coluna vertebral, descobertas em França, e datadas de 1750 a.C. Noutras culturas, como a chinesa, a japonesa, a egípcia e a grega, também existem evidências da utilização de técnicas de manipulação da coluna vertebral²²⁸.

A Quiropraxia utiliza as mãos para recuperar e manter a saúde através da libertação dos impulsos nervosos bloqueados nas articulações com dificuldades de mobilização. Considera o funcionamento do sistema nervoso como base responsável pelo controlo e coordenação de tecidos, órgãos e sistemas, dando ênfase a que as subluxações vertebrais ocasionam pressões sobre os nervos sensoriais que conduzem os impulsos elétricos entre órgãos e cérebro, prejudicando a saúde²²⁹.

Tem atuação direta no sistema neuro-músculo-esquelético, sendo indicada em tipologias como lombalgias, discopatias, ciatalgias, cervicalgias e outras mialgias, tensão muscular, artropatias e subluxações (ombro, cotovelo, punho, joelho, tornozelo), falta de mobilidade articular e cefaleias. A Quiropraxia é reconhecida pela OMS, sendo a terceira maior profissão na área da saúde no mundo. Está regulamentada e integrada nos sistemas de saúde de vários países, entre os quais os EUA, o Canadá, a Austrália, o Reino Unido e a Dinamarca²³⁰.

3.3 A medicina tradicional no mundo e o papel da organização mundial da saúde

Influenciados por factores como a história, as atitudes pessoais, as crenças, a filosofia e os estados de desenvolvimento económico e social, a prática da medicina tradicional altera bastante

²²⁷FONSECA, Jorge. *Quiropráxia*. Disponível em <http://jorgefonseca.co.pt/php/primeira.php?pagina=3&lingua=1&familia=32&subfamilia=61&subsubfamilia>, sem data de publicação, consultada em 22-05-2021

²²⁸ FONSECA, Jorge. *Quiropráxia*. Disponível em <http://jorgefonseca.co.pt/php/primeira.php?pagina=3&lingua=1&familia=32&subfamilia=61&subsubfamilia>, sem data de publicação, consultada em 22-05-2021

²²⁹ KRAPP, Kristine e Longe, Jacqueline L. *Manual de Medicinas Complementares*. Editorial Oceano. 2011. p 18

²³⁰FONSECA, Jorge. *Quiropráxia*. Disponível em <http://jorgefonseca.co.pt/php/primeira.php?pagina=3&lingua=1&familia=32&subfamilia=61&subsubfamilia>, sem data de publicação, consultada em 22-05-2021

entre países e regiões. Neste ponto abordaremos os vários sistemas de provisão da medicina tradicional no mundo e o papel que tem desempenhado a Organização Mundial de Saúde.

3.3.1 O crescimento e o papel da medicina tradicional no mundo

A doença acompanhou os homens durante história, e os profissionais da saúde foram-se mudando. Sacerdotes, médicos, xamãs e praticantes empíricos, fizeram dos sistemas de saúde conjuntos de aquisições culturais que ultrapassam o círculo de actualmente no Ocidente usualmente se considera medicina. Noutros séculos, mesmo no Ocidente, determinadas práticas hodiernamente ligadas à medicina alopática não eram praticadas por aqueles que, à data, eram considerados médicos, como era o caso dos barbeiros, que extraíam dentes e efetuavam algumas práticas cirúrgicas.

Desde o final do século XIX tem havido grandes avanços nas ciências da saúde, tendo incrementado as possibilidades de manter boa saúde e qualidade de vida. Lembra-se que na Idade Média a expectativa de vida era 30 anos, sendo considerado idoso um indivíduo com mais de 40 anos. O surgimento das vacinas, o combate às epidemias, as facilidades alcançadas na realização de várias cirurgias, os transplantes, as inovações tecnológicas, a distribuição de água tratada e a drenagem de águas residuais, entre outros avanços e melhoramentos, contribuíram, de uma forma geral, para melhorar a qualidade da saúde.

Porém, no mundo actual e mais desenvolvido vários males se desenvolveram, como alergias, distúrbios alimentares, stress, dores crónicas, problemas respiratórios, doenças cardíacas, insónia. Além disso, em muitos dos países em vias de desenvolvimento os melhoramentos antes mencionados aconteceram em muito menor grau. Em muitos países em vias de desenvolvimento, a medicina tradicional está mais disponível que a medicina alopática. Na Tanzânia, Uganda e Zâmbia, a proporção entre praticantes de medicina é cerca de 1:300 habitantes, enquanto a da medicina alopática é cerca de 1:20 000. Em 1991, segundo dados da Agência Americana para o Desenvolvimento Internacional relativos à África Subsariana o praticante de medicina tradicional ultrapassava os de medicina alopática na proporção de 100 para 1.

Acresce a questão da distribuição quantitativa, a distribuição geográfica: os prestadores de cuidados de medicina alopática estão localizados principalmente em zonas urbanas, pelo que para muitas populações rurais a medicina tradicional constitui o único recurso de saúde disponível, especialmente entre os mais pobres²³¹. Segundo um estudo (Roll Back Malaria Programme) realizado em 1998 pela OMS, no Ghana, Mali, Nigéria e Zâmbia mais de 60% das crianças com febre eram tratadas em casa com medicinas à base de ervas²³².

No Gana, Quênia e Mali, outro estudo demonstrou que o tratamento antimalária com pirimetamina/sulfadoxina tem um custo inacessível à maioria da população. A Resolução sobre a Promoção do papel da medicina tradicional nos Sistemas de Saúde: Uma Estratégia para a Região Africana, adotada em agosto de 2000 pelo 50.º Comité Regional da OMS para a Região Africana, indica que cerca de 80% da população dos Estados Membros Africanos utilizam a MT para ajudar a satisfazer as suas necessidades de saúde, tendo diversos países africanos iniciado programas de formação nesta área²³³.

A República Popular do Laos incentiva o uso da medicina tradicional, sensibilizando o público e difundindo o uso de plantas medicinais para cuidados de saúde primários (WHO, 2002). Em muitos países asiáticos a medicina tradicional continua a utilizar-se largamente, mesmo quando a Medicina Alopática está disponível. No Japão, 60 a 70% dos médicos alopáticos prescrevem medicinas Kampo (nome dado no Japão às técnicas medicinais de origem chinesa). Na Malásia, utilizam-se amplamente as formas ~~adion~~ da medicina Malaia, Chinesa e Indiana. Na China, a medicina tradicional contabiliza à volta de 40% de toda a prestação de cuidados de saúde e é usada para tratar 200 milhões de pacientes anualmente. Na América Latina, 71% da população no Chile, e 40% da população na Colômbia utilizam a medicina tradicional²³⁴.

²³¹ World Health Organization. (2002). WHO *Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005*. Geneva. World Health Organization, inpress. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.htm>

²³² Idem

²³³ Ibidem

²³⁴ Ibidem

3.3.2 As diferentes análises dos sistemas de saúde mundiais

A organização mundial de saúde define três categorias de sistemas de saúde para descrever até que ponto a medicina tradicional está ou não inserida nos distintos sistemas nacionais de saúde: sistema integrado, sistema inclusivo e sistema tolerante²³⁵.

No sistema integrado, a medicina tradicional está oficialmente reconhecida e incorporada no sistema de saúde. Isto equivale dizer que está inserida na política farmacêutica do país; os prestadores de cuidados e os produtos estão registrados e regulados; as terapias da medicina tradicional estão disponíveis em hospitais e clínicas, públicos e privados; o tratamento é reembolsado pelos sistemas de proteção e pelos seguros de saúde; realizam-se estudos e investigações relevantes; existe um sistema educativo estruturado e regulado nesta área. mundialmente, só a China, a República Popular Democrática da Coreia, a República da Coreia e o Vietname têm sistemas integrados²³⁶.

O sistema inclusivo reconhece a medicina tradicional, mas esta não está completamente integrada nem disponível a todos os níveis de cuidados de saúde. Os seguros de saúde podem não cobrir tratamentos pela medicina tradicional, a educação, formação e investigação podem não ser de âmbito universitário, e pode não existir, ou ser apenas parcial, a regulamentação dos prestadores de cuidados e produtos. Entre os países que têm em funcionamento uns sistemas deste tipo incluem-se a Índia, o Sri Lanka, a Indonésia, o Japão, a Austrália, os Emirados Árabes Unidos, a Alemanha, a Noruega; e países em vias de desenvolvimento como a Guiné Equatorial, a Nigéria e o Mali, que têm uma política de medicina tradicional nacional, mas pouca ou nenhuma regulamentação de produtos. Este sistema está igualmente presente em países desenvolvidos como o Canadá e o Reino Unido, que não oferecem um nível educativo universitário importante em medicina tradicional, mas estão a fazer esforços por assegurar a qualidade e segurança de medicina tradicional²³⁷.

²³⁵World Health Organization. (2002). *WHO Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005*. Geneva. World Health Organization, inpress. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.htm>

²³⁶ Idem

²³⁷Ibidem

Em países com um sistema tolerante, o seu sistema de saúde nacional é baseado inteiramente na Medicina Alopática, mas certas práticas de medicina tradicional são toleradas pela lei²³⁸.

3.3.3 Constrangimentos e Desafios

Em virtude a relativa ignorância das bases filosóficas e científicas deste tipo de práticas por parte do público, aparecem diversas vezes abusos e erros por parte de indivíduos sem a formação médica humanística adequada.

A medicina tradicional possui bastante características positivas entre as quais se incluem: diversidade e flexibilidade; disponibilidade e acessibilidade em muitas partes do mundo; ampla aceitação entre muitas populações de países em vias de desenvolvimento; aumento da popularidade em países desenvolvidos; um custo comparativo relativamente baixo; um baixo nível de investimento tecnológico; e uma crescente importância económica. Todos estes factores podem ser vistos como oportunidades de desenvolvimento²³⁹.

Outras características podem considerar-se como desafios a superar, incluindo-se, entre elas, os diferentes graus de reconhecimento dos governos; a falta de evidência científica respeitante à eficácia de muitas dessas terapias; dificuldades relacionadas com a protecção dos conhecimentos indígenas da medicina tradicional; e problemas em assegurar o seu uso correto ²⁴⁰.

Embora a medicina tradicional se utilize muito amplamente na prevenção, diagnóstico, tratamento e gestão de doenças, poucos países desenvolveram uma política nacional sobre medicina tradicional, ordenando e definindo o seu papel nos sistemas de saúde nacionais, assegurando a autenticidade, a segurança e a eficácia das terapias utilizadas, sem a qual não existem garantias de efetiva protecção do paciente.

²³⁸ World Health Organization. (2002). WHO *Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005*. Geneva. World Health Organization, inpress. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.htm>

²³⁹HELLER, Tom et al. (2005). *Perspectives on Complementary and Alternative Medicine*. Routledge Taylor & Francis Groupen association with The Open University

²⁴⁰ World Health Organization. (2002). WHO *Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005*. Geneva. World Health Organization, inpress. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.htm>

Alguns desafios são comuns a todas as regiões. Por exemplo, os governos da China e da Índia estão preocupados sobre como utilizar melhor a medicina tradicional para reforçar a atenção sanitária primária em áreas remotas. Em África, muitos países estão a procurar meios para fazer melhor uso dos recursos da medicina tradicional local e como fazer da medicina tradicional um componente integrado de pacotes de saúde mínimos, a custos controlados, e prestados por pessoas credíveis e respeitadas²⁴¹.

Outra das preocupações centra-se no tema da propriedade intelectual se o país em questão tem um conhecimento indígena de medicina tradicional e/ou os recursos naturais são utilizados na elaboração de produtos de medicina tradicional, caso em que devem ser desenvolvidas políticas nacionais que protejam esse património²⁴².

A avaliação dos produtos de medicina tradicional, tais como as medicações com base de ervas, é especialmente difícil, sendo essencial a precisão na identificação da planta, assim como dos seus ingredientes ativos, sendo necessário dispor urgentemente dos meios apropriados e eficazes para desenvolver sistemas de vigilância nacionais para controlar e avaliar estas medicações e a incidência de acontecimentos adversos²⁴³.

Um dos grandes desafios da medicina tradicional prende-se com o uso racional, sendo necessário aliar uma maior qualificação e formação, quer dos prestadores de cuidados de saúde (t, assegurando que compreendam e apreciem a complementaridade dos tipos de terapias que oferecem, quer da população em geral, assegurando a sua crescente informação sobre as vantagens e cuidados a ter com cada tipo de terapêutica e para o uso correto de produtos tais como as medicações à base de ervas²⁴⁴.

Os consumidores podem não estar conscientes sobre os possíveis efeitos adversos e sobre como e quando se podem consumir estes produtos de forma segura, bem como das possíveis interações destes produtos com os fármacos químicos. Os pacientes podem não informar os seus médicos alopáticos sobre os produtos da medicina tradicional que estão a utilizar e estes médicos

²⁴¹ World Health Organization. (2002). WHO *Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005*. Geneva. World Health Organization, inpress. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.htm>

²⁴² Idem

²⁴³ Ibidem

²⁴⁴ Ibidem

podem nem perguntar ou até podem não estar informados nem ter a capacidade de responder às dúvidas dos pacientes, bem como os enfermeiros ou farmacêuticos, todos eles amplamente utilizados como fontes de informação pelo público em geral. Inverter esta situação necessitaria de um controle muito mais restrito dos produtos da medicina tradicional e maiores esforços para educar o público nesta área. Como resultado desta falta de informação, é possível que os consumidores não compreendam porque devem procurar um tratamento com terapeutas adequadamente qualificados e formados.

3.3.4 O papel da organização mundial de saúde

A organização mundial de saúde é a autoridade mundial em matéria de saúde no seio da organização das nações unidas, à qual cabe a responsabilidade pela liderança, ao nível mundial, dos assuntos de saúde, cobrindo as agendas relacionadas com o estabelecimento de normativos e padrões internacionais, o desenvolvimento de opções políticas éticas e científicas, e a prestação de apoio técnico aos diversos países, catalisando mudanças e capacitação institucional sustentável e monitorizando a aplicação de políticas de saúde a nível global²⁴⁵.

A experiência acumulada pela organização mundial de saúde em matéria de medicina tradicional assegura-lhe a melhor posição para ajudar a ultrapassar muitos dos desafios que se colocam aos seus Estados Membros que, cada vez mais, solicitam orientação sobre a temática²⁴⁶.

A organização mundial de saúde tem desenvolvido diversas funções-chave, articulando políticas e adotando posturas defensoras, trabalhando em associação, elaborando guias e ferramentas práticas, desenvolvendo normas, fomentando estudos e gerindo recursos e informação²⁴⁷.

Ciente do seu papel na integração de políticas e ações, a organização mundial de saúde elegeu como objetivos estratégicos para a medicina tradicional: o desenvolvimento de condições para que cada um dos estados membros ficasse apto a empreender os seus processos autónomos de regulamentação e integração nos seus sistemas nacionais de saúde; assegurar a segurança,

²⁴⁵ WHO - World Health Organization. 2011. <http://www.who.int/about/en/>, sem data de publicação, consultado a 16/08/2020.

²⁴⁶ World Health Organization. (2002). WHO *Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005*. Geneva. World Health Organization, inpress. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.htm>

²⁴⁷ Idem

eficácia e qualidade na prestação deste tipo de cuidados; e a crescente utilização destes pelos estados membros, pela comunidade científica e pelo público em geral, com racionalização do seu uso pelos prestadores de cuidados e pelos pacientes.

Neste ponto abordam-se algumas das ações empreendidas no âmbito dos três objetivos estratégicos apontados, e bem ainda a estratégia definida para anos recentes. A organização mundial de saúde está especialmente interessada em apoiar o desenvolvimento da medicina tradicional na África, no Sudeste Asiático e no Pacífico Ocidental, designadamente em políticas e regulamentação, intercâmbio de informação regional e reforço da segurança dos produtos e da disponibilidade de recursos humanos qualificados²⁴⁸.

O Comité Regional da organização mundial de saúde para a África adotou em 2000 a medida Promoção do papel da medicina tradicional nos sistemas de saúde: uma estratégia para África, que realça a importância e o potencial da medicina tradicional na concretização do objetivo «Saúde para Todos em África» e recomenda o desenvolvimento local de medicinas tradicionais e alternativas, com políticas de medicina tradicional efetivas, reforçadas por legislação, planos ajustados a intervenções de âmbito nacional e local, assim como avaliação. Os resultados começam já a ter tradução: foi já elaborada regulamentação em 16 países africanos²⁴⁹.

No continente sul-americano, o trabalho concentrou-se em esforços com vista à investigação sobre a medicina indígena; em questões relacionadas com a política, regulamentação e registo; e nas medicinas à base de ervas, designadamente quanto a segurança e eficácia e mercado dos respetivos produtos. Foram regulamentadas as medicinas à base de ervas na Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Honduras, Guatemala, México, Peru e Venezuela²⁵⁰.

O papel da organização mundial de saúde a nível mundial na vertente das terapêuticas baseadas em ervas é também ilustrado pelo documento Métodos de Controlo de Qualidade para Produtos à Base de Plantas Medicinais²⁵¹, elaborado num contexto de preocupação das autoridades

²⁴⁸ World Health Organization. (2002). WHO *Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005*. Geneva. World Health Organization, inpress. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.htm>

²⁴⁹ Idem

²⁵⁰ Ibidem

²⁵¹ Ibidem

de saúde nacional com a comercialização internacional de produtos e com questões de segurança, relacionados com a falta de regulamentação adequada.

No Sudoeste Asiático, a organização mundial de saúde promoveu o desenvolvimento de políticas nacionais para a medicina tradicional e respetiva integração nos sistemas de saúde, destacando-se o apoio às atividades do Departamento dos Sistemas Médicos e Homeopatia da Índia, organismo integrado no Ministério da Saúde e Bem-estar Familiar Índio, nos seus esforços para padronizar e fomentar o controlo de qualidade das medicinas ayurveda e unani e da homeopatia, bem como boas práticas na formação e prestação de cuidados de medicina ayurveda²⁵².

Na zona do Pacífico Ocidental, que tem um património particularmente rico de medicina tradicional que os seus países querem otimizar, destaca-se o apoio na regulamentação da formação universitária; e na política de regulamentação e integração nos sistemas de saúde, que resultou num total de 14 países na região a desenvolver documentos governamentais que reconhecem a medicina tradicional e a sua aplicação. Sublinha-se que há poucos anos apenas a China, o Japão, a República da Coreia e o Vietname reconheciam oficialmente a medicina tradicional nos seus sistemas de saúde.

A acupuntura constitui um dos bons exemplos do trabalho desenvolvido pela organização mundial de saúde nos domínios da regulamentação da prática, do estudo e da segurança e eficácia na prestação de cuidados. Baseada na medicina tradicional chinesa, a acupuntura é hoje amplamente aplicada em muitos países com características culturais bem distintas da China.

A organização mundial de saúde cooperou com especialistas no desenvolvimento de uma nomenclatura internacional e de guias sobre formação e segurança na realização de estudos clínicos. Outra vertente da ação da organização mundial de saúde, foi o apoio na criação de instituições de investigação sobre medicina tradicional e no desenvolvimento da padronização mínima em matéria de metodologias de investigação, avaliação e formação em medicina tradicional, como ilustram os documentos organização mundial de saúde- General Guidelines for

²⁵² World Health Organization. (2002). WHO *Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005*. Geneva. World Health Organization, inpress. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.htm>

Methodologies on Research and Evaluation of Traditional Medicine ou ainda as — organização mundial de saúde- Guidelines on Basic Training and Safety in Acupuncture”.

Face à crescente utilização da medicina tradicional, a organização mundial de saúde deu atenção à racionalização do seu uso pelos prestadores de cuidados e pelos pacientes, no sentido de assegurar decisões bem informadas sobre as terapêuticas por que optam. Para tal, é imprescindível garantir formação sobre medicina tradicional a médicos da medicina alopática; formação sobre prestação de cuidados de saúde em geral a prestadores de cuidados da medicina tradicional; e informação aos pacientes sobre a medicina alopática e a medicina tradicional²⁵³.

Com um trabalho tão diversificado e considerado, a organização mundial de saúde está, sem dúvida, na melhor posição para assegurar o acesso a todo este manancial de informação e promover a troca de experiências entre os diversos estados e regiões, com o objetivo de reconhecer o papel da medicina tradicional e dos seus praticantes nos cuidados de saúde, encorajando a interação e integração entre a medicina tradicional e a medicina alopática. Entre os objetivos esperados neste domínio estavam a obtenção de indicadores de medida da relação custo-eficácia e sustentabilidade da prestação de cuidados de medicina tradicional, o aumento da provisão destes serviços por parte dos sistemas de saúde dos países membros e o aumento do número de associações de prestadores de cuidados em medicina tradicional²⁵⁴.

3.4 O sistema tradicional de saúde

3.4.1 Generalidades

Não obstante os esforços que tem se tem empreendido em muitos países no sentido de se organizar melhor a assistência sanitária no mundo, todavia, ela ainda prevalece deficiente e insuficiente.

Os países com pouco recursos financeiros não podem investirem avultadas somas de dinheiro para suportar técnicas avançadas no campo de medicina. Por outra via, quando o fazem,

²⁵³World Health Organization. (2002). WHO *Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005*. Geneva. World Health Organization, inpress. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.htm>

²⁵⁴ Idem

é somente para reforçar a estrutura de serviços existentes, aglomerados nas grandes cidades, ficando de fora as populações das zonas rurais.

Mesmo nas grandes cidades, a grande parte dos orçamentos se destina a hospitais que promovem serviços a uma pequena parte de população, fora disso, o encarecimento dos serviços e medicamentos e a ausência de alternativas de baixo custo dificultam cada vez mais o acesso a população que carece de assistência a saúde.

Atendendo que o acesso a cuidados de saúde adequado não é apenas um direito do homem, todavia igualmente um objectivo nacional e internacional, que há distribuição inadequada e insuficiente dos recursos nesse campo e a impossibilidade do sistema institucional em assumir toda a responsabilidade da extensão da cobertura da assistência a saúde propôs-se um novo enfoque a um novo critério de serviços para produzir maior impacto na saúde da população ²⁵⁵.

Em virtude de uma serie de dificuldades que a população enfrenta, sobretudo a população de baixa de renda para obter serviços médicos, não é surpreendente verificar que, ainda quando esta população afirme não necessitar daqueles serviços, a medicina formal é buscada na figura do farmacêutico e de praticantes tradicionais, porque eles se encontram mais próximos em termos físicos e oferecem um atendimento mais rápido, e desburocratizado, em linguagem mais acessível, apresentando ainda uma grande vantagem de vender a prazo para aqueles que utilizam os seus serviços.

Quase em todas as sociedades existem médicos tradicionais (curandeiros) e parteiras tradicionais. Conforme a cultura e as tradições locais em muitos lugares eles continuam gozando grandes privilégios e consideração social, sendo-lhes permitido exercerem uma influência considerável sobre as práticas sanitárias da localidade. Com apoio do sistema formal, esse tipo de pessoal pode constituir colaborador relevante na organização de actividades para melhorar a saúde da comunidade. E possível que certas colectividades para a prestação de assistência primária a nível local tenham que incorporá-los, nessas actividades, dando-lhes treinamento adequando ²⁵⁶.

²⁵⁵ *EXTENSION de cobertura de los servicios de salud com las estrategias de atencion primaria y participacion de la comunidad*. Cronica. Bol. Ofic. Sanit. panamer., 83(6). pp 477-503 e 977

²⁵⁶ *Las CONDICIONES de salud en las Americas*: 1973.p 976, Washington, D.C., Organizacion Panamericana de salud, 1978, (publ. Ciente.364

Actualmente, a literatura sobre cuidados de saúde no mundo em desenvolvimento vem atribuído curandeiros e curiosos tradicionais um papel cada vez mais relevante. Entretanto os cuidados de saúde tradicionais e modernos são invariavelmente vistos como sistemas separados, sendo que ao sistema moderno(formal) atribui-se valor e eficácia superiores, dando-se pouca atenção a maneira como a população atendida encara esses dois sistemas²⁵⁷.

Para WEAVER, citado por MANZANEDO, diz que os serviços profissionais são preferidos pela população mais jovem e mais instruídos e o procedimento tradicional, o remédio caseiro e o uso do curandeiro são preferidos pelas pessoas mais idosas e de instrução mais limitada²⁵⁸

Recorrer a medicina tradicional tem sido ainda um tema polémico, todavia para que a assistência primária de saúde se ajuste as formas de vida da comunidade e se sirva dos recursos locais, humanos e financeiros, é necessário, para que ela não fracasse, aproveitar todas as energias disponíveis para a saúde, porque a confiança que a população, em muitos lugares, tem na prática médica tradicional, é algo que não deve ser contestado nem deixado do lado²⁵⁹

3.4.2 O curandeirismo

Arte de curar é tão antiga quanto a história e, desde os primórdios da sua existência, a pessoa responsável pela cura das doenças recebiam o nome de “curador”, utilizando métodos tradicionais assentes na superstição, ele oferecia ao paciente simpatia e compaixão, qualidades que transmitiam paz, além de autoridade e tranquilidade. O afã do homem de curar e de confortar seus semelhantes é uma das características humana e o alívio que supõe o compartilhar a dor e os temores é quase universal²⁶⁰.

²⁵⁷ ASSAD, M. e ELKATSHA, S. *Os habitantes de um povoado no delta do Egito participam dos cuidados da saúde*. Contac, (23). pp 2-13, abril.,1982

²⁵⁸ MANZANEDO, H. G. *Articulacion de los Sistema formal e informal de salud participacion de la comunidade en la primeira área, IV region de salud*. Caruaru, Pernambuco, Brasil, Washigton, D.C. organizaciom Panamericana de la salud, 1955.p.(mimeografado)

²⁵⁹ MAHLER, H. *Obstáculos a la asistencia primaria de salud*. *Saud Deb.*,(6), pp. 27-31,1978

²⁶⁰ ATCHLEY, D.W. *El médico científico y el “cuurador”*. *Bol. Office.sanit. panamer.*,59. 1965. pp.342-350

As plantas foram as primeiras drogas curativas do homem sendo que alguns casos sua selecção foi correcta; mas em outros foi uma ilusão, e actualmente continua sendo, em certas comunidades; a medicina popular é muito rica em números de espécies vegetais as quais se atribuem propriedades benéficas²⁶¹.

Desde tempos imemoriais, as sociedades tradicionais têm dado consideração especial ao curandeiro. Na actualidade estes são comuns nas culturas indígenas e afro-americanas em nosso continente e o mesmo acontece em outros grupos que de uma ou de outra forma estão isolados da sociedade moderna²⁶².

Actualmente a literatura sobre cuidados de saúde no mundo em desenvolvimento vem atribuindo a curandeiros e curiosos tradicionais um papel cada vez mais importante; entretanto os cuidados de saúde tradicionais e modernos são invariavelmente vistos em sistemas separados, sendo que o sistema moderno, “formal” atribui-se valores e eficácia superiores, dando-se pouca atenção à maneira como a população atendida encara esses dois sistemas- se realmente os considera sistemas distintos²⁶³.

Pesquisas realizadas²⁶⁴ demonstram que um dos méritos principais que os membros dessas classes populares reconhecem nos “curandeiros” é que utilizam linguagem que é imediatamente acessível aos membros das camadas baixas de baixa renda; o que mais importante para estas camadas- além de ser um especialista qualificado que sabe curar- é que ele pertence às classes populares da qual compartilha os modos de vida e pensamentos.

Todavia as crenças na eficácia das técnicas civilizadas pelo “curandeiro” são vistas como absolutamente autogénicas. A desconfiança que as classes populares têm na medicina moderna se exerce mais sobre os médicos e suas manipulações do que sobre o médico propriamente dito porque este não consulta o objecto de reflexão erudita para aquelas camadas.

Dados de pesquisa evidenciaram. Além do mais, que aos olhos dos membros da camada baixa renda que recorrem normalmente aos seus serviços o “curandeiro” não é somente o

²⁶¹ DEULOFEU, V. *Historias de las drogas curativas*. Bol. Acad.nac. Med.,38. 1960.pp. 65-68

²⁶² VELIMIROVIC, H. *Nuevo vistazo a la medicina tradicional*. *Salud*,9.1977. pp. 6-9

²⁶³ ASSAD, M, e ELKATASHA, S. *Os habitantes de um povoado no delta do Egito participam dos cuidados de saúde*. *Contact*, 23. 1982.pp 2-13

²⁶⁴ LOYOLA.M.A. *Medicina popular*. In: *Saude e medicina no Brasil*. Rio de Janeiro, ed. Graal. 1978.pp.225- 232

“médico” que pertence a sua classe social, fala a sua linguagem e compartilha com ele a sua visão do mundo e suas representações sobre a doença e a saúde; ele é sobretudo aquele que o aborda na sua totalidade, ou seja, aquele que procura auscultar além do seu corpo, tamb a sua alma. Em outros termos, aquele que procura dar conta, além dos aspectos físicos, dos aspectos espirituais e psicomânticos da doença.

A população pesquisada, mesmo reconhecendo a legitimidade da “medicina formal” não deixa de reconhecer o “curandeiro”.

O curandeiro por seu turno, suportado num saber profundo dos problemas da população, com qual partilha a mesma situação de classe, recorre a técnicas que têm por finalidade mobilizar no doente sua capacidade de auto curar-se, mesmo que o seu receituário consta ervas, raízes, inclusive certos produtos da medicina científica que deve actuar sobre a doença orgânica. Essas técnicas de eficácia simbólica são consideradas pela medicina científica como actos de magia não passíveis de comprovação científica.

È preciso. Pois, pensar a relação ciência/ não ciência e o lugar de cada uma dessa formas de conhecimento ocupa na estrutura social e que torna possível substituir a categoria ciência pela categoria magia. Não se trata de rejeitar as conquistas da medicina moderna ou diminuir a eficácia da medicina popular aos aspectos psicossomáticos da doença ou muito menos de substituir um sistema pelo outro. Trata-se, isto sim, de no plano prático, de integrar as contribuições das duas medicinas, articulando-as com medidas de ordem prática, económica e social²⁶⁵.

As conclusões da conferência de Ala Ata ressaltam que os praticantes da medicina tradicional fazem parte integrante da comunidade, da cultura ee das tradições locais e, em muitas localidades, continuam a manter alta posição social exercendo considerável influência sobre as práticas sanitárias²⁶⁶. Apesar das técnicas modernas mais efectivas, parece que as pessoas recorrem assiduamente a estes praticantes da medicina tradicional, devido a factores tais como²⁶⁷:

- A possibilidade escassa de serem atendidas em centro assistenciais institucionais;

²⁶⁵ LOYOLA.M.A. *Medicina popular. In: Saude e medicina no Brasil*. Rio de Janeiro, ed. Graal. 1978.pp.225- 232n

²⁶⁶ Conferência Nacional de Saúde, 5, Brasília,1975, Anais.Rio de Janeiro. Ministério de Saúde.1975

²⁶⁷ RODRIGUÊS, M.A. *Estudo para identificação de forças que favorecem e dificultam a coordenação do sistema formal de saúde*, São Paulo,1980

- Os curandeiros proporcionarem o apoio moral que os médicos de família proporcionam a seus pacientes e que o profissional de um consultório institucional não está em condições de dar, já que dispõe de pouco minutos para tratar “não com a pessoa, mas com a sua condição ou estado de saúde”;

- Escasso poder aquisitivo da população que não pode pagar os honorários requeridos pelo pessoal profissional; e

- A falta de recurso financeiros para custear o transporte até a sede de serviço de saúde mais próximo, para aqueles que precisam obter serviços a baixo custo gratuitamente.

Existem muitos tipos de curandeiros que empregam variadas combinações de métodos empírico e mágicos de tratamentos e se especializam como ervanários, massagistas, rezadores, parteiras, etc. De acordo com padrões culturais de uma determinada sociedade, “adivinhos” e sacerdotes também podem presidir cerimoniais de curas. Entre as actividades destes especialistas podem contar-se também alguns rituais mágicos. Os curandeiros podem ser homens ou mulheres, ou a trabalhar em duplas que, com frequência, se ocupam em algo maior além dos problemas de saúde. O curandeiro geralmente pertence ao grupo étnico e social dos pacientes, veste-se igual a este e, a parte sua vocação como praticante da medicina tradicional, seu trabalho quotidiano também é similar.

Isto não equivale afirmar que o curandeiro seja igual a todos os demais membros da comunidade; na verdade, é uma das personalidades mais importantes da área, seus vizinhos confiam nele e o admiram. O curandeiro é geralmente uma pessoa honesta e se encontra numa categoria muito distinta da do vendedor de medicamentos que promete que as suas formulas “secretas” podem qualquer mal; em muitas sociedades, os curandeiros não exigem honorários elevados, os pacientes e os seus familiares, geralmente, recompensam-nos com pequenos presentes, de acordo com as suas possibilidades.

Podem existir curandeiros, especialmente nas zonas rurais, que se aproveitam das ansiedades e ingenuidade da população; normalmente é muito difícil distinguir entre “os falsos” e os “verdadeiros” praticantes da medicina tradicional, principalmente quando existe semelhança nos métodos de trabalho que aplicam.

A figura do curandeiro tem sido motivo de vários estudos e assuntos para muitas produções literárias, porque existem pessoas que consideram figura benéfica e digna de aplauso e louvores. Além do mais, nos lugares afastados, onde acção do médico escasseia ou falta completamente, por contingentes vários, esse conceito talvez se justifique pela boa prática do curandeirismo.

Muitos são os que não acreditam na feitiçaria e na magia negra; para eles, não passam de folclore primitivo ou sugestão mental. Mas existem outros como biólogos, psicólogos, para psicólogos, que julgam importante estudar o assunto para descobrir se a feitiçaria na verdade existe e, na hipótese de sua existência, ser comprovada como funciona.

Para o biólogo LYAL WATSON, mencionado por DUBUGRAS²⁶⁸ afirma que a história da magia negra, mostrando como é praticada nos diferentes lugares do mundo, quais são os sintomas que as vítimas podem apresentar e como alguns destes sintomas foram constatados em laboratório e hospitais, as vítimas da magia negra não tardam a adoecer e nem todos os tratamentos e remédios recomendados pelos médicos têm conseguido salvar suas vidas.

Diz que a magia negra e a feitiçaria não são apenas credices populares: funcionam- bem ou menos- conforme o atributo mágico dos que a praticam e a capacidade defensiva da vítima. Esta afirmação está baseada nos estudos de diferentes cientistas de vários países que acompanham casos de pessoas, que em aparente estado de saúde, agonizaram e morreram em virtude do poder da magia contra elas, sem que os médicos conseguissem descobrir e isolar o vírus ou a causa que provocou o declínio ou a morte dos pacientes.

A magia negra só pode ser aliviada e curada pela magia branca, executada pelos centros espíritas, espiritualistas e outras entidades que auxiliam o homem e suas dificuldades espirituais²⁶⁹.

Para KRAMER, a bruxaria, ao longo dos tempos foi considerada uma sinistra e horrível realidade, uma ameaça aterrorantemente nefasta, muito activa e perigosa. Alguns podem considerar esses mistérios, cânticos e inovações com meras velharias e pantominas, mas se pode questionar do seu efeito psicológico foi incalculável e pernicioso ao último grau, no que se pode chamar, em linguagem moderna, de “de guerra de nervos”²⁷⁰.

²⁶⁸ DUBUGRAS, E. *Fronteiras do desconhecido. A arte dos curandeiros entra nos laboratórios*: Rev. Planeta, São Paulo.1984. pp.49-52

²⁶⁹ Idem

²⁷⁰ KRAMER, H, & SPRENGER, J. *Manual da caça as bruxas*. Ver. Planeta, São Paulo.1984

Segundo ainda o citado autor, esclarece que a bruxaria existia na França sob forma de organização, imensamente rica, de potencialidades quase infinitas, muito inteligentemente capitalizada, utilizando espionagem em todas as terras, com membros ocupando altas posições nas cortes e humildes servidores na criadagem. Além disso, mantinham guerra incessante e brava contra a ordem e o sistema estabelecidos²⁷¹.

Segundo PIRES, afirma que o curandeirismo está entre os males que atestam nossa ignorância e nosso atraso; para ele, curandeiros não são somente aqueles sujeitos inescrupulosos, que se aproveitando da ingenuidade do nosso povo, se arvoram em médicos que curam todas as doenças, mas também todos aqueles que, não tendo habilitação e competência, estão prontos a dar uma indicação terapêutica, mesmo para quem não solicita.

Quando não se dispõe de centros de saúde e de médicos é natural que as pessoas consultem um curandeiro, mas quando existem hospitais e o tratamento é gratuito ou barato, a relação entre a medicina tradicional e a moderna resulta mais complicada. Em muitas zonas urbanas coexistem com os médicos e algumas vezes os primeiros são preferidos considerando os motivos relacionados as causas das doenças.

²⁷¹ KRAMER, H, & SPRENGER, J. **Manual da caça as bruxas**. Ver.Planeta, São Paulo.1984

3.5 Breve Panorâmica da medicina tradicional em Moçambique

3.5.1 Generalidades

Antes da independência em Moçambique, os investimentos em saúde por parte do governo português eram dispersos e comumente virado aos colonos portugueses, todavia paulatinamente formaram uma rede de saúde pública.

Lourenço Marques, hoje Maputo por ser cidade capital, e aglomerar grosso número dos colonos, recebia maior parte das atenções. O facto de o investimento colonial da saúde ser reduzido não implica em dizer que o sistema de saúde colonial soube coabitar com as diversas práticas de saúde já existentes.

O sistema de saúde introduzido pelo governo colonial contribuiu para a menorização das práticas populares de saúde.

Hodiernamente, as práticas de cura em Moçambique, igualmente conhecidos pelo nome de curandeirismo são requisitados por pessoas de diversas classes, que vivem tanto zonas rurais como zonas urbanas. Não obstante se trate de uma experiência global, entre os discursos médico vigente ainda se faz notar a noção de que o seu uso é mais abundante e inerente ao continente africano. Bem, talvez isso esteja relacionado ao pensamento que tende a interpretar o mundo segundo os valores ocidentais. Tal visão, por um lado, associa o conhecimento biomédico à ciência; por outro, relaciona os saberes da “medicina tradicional” a um estágio rudimentar deste conhecimento.

Maior parte dos países do continente Africano, por exemplo, em motivos das dificuldades para garantir um acesso equitativo aos cuidados de saúde e de apenas metade da população da região ter acesso a serviços de saúde convencionais, além da forte relação histórica e cultural com métodos de cuidado tradicionais, a organização mundial de saúde estima que, em média, 70% da população socorre-se da medicina tradicional. Cerca de 60% da população moçambicana dependem da medicina tradicional, enquanto apenas 40% da população têm acesso aos serviços de saúde oferecidos pela medicina convencional ou formal no país²⁷².

²⁷² ABUDO, S. Sessenta por cento da população depende da medicina tradicional. Campo, Nampula, v. 13, p. 10, 2004.

3.5.2 A medicina tradicional no período antes e pós-independência

A colonização em Moçambique começou em 1782. Em 1876, Lourenço Marques, actual Maputo é elevada ao estatuto de vila. A partir daí foram efectuados uma gama de obras públicas e planos urbanos que decorreram na expulsão da população local do centro urbano, e manifestou o interessada administração colonial, missionários, comerciantes para apoderar daquele espaço.

Desta forma em 1887, Lourenço Marques tornou-se a capital de Moçambique. O desenvolvimento de Lourenço Marques como cidade esteve em grande medida ligado com a industrialização sul-africana. Lourenço Marques fez parte de uma vasta rede ferroviária e comercial que a inseria no circuito do consumo sul-africano²⁷³.

Devagar a capital Moçambicana atraiu um conjunto de pessoas interessadas nas possibilidades económicas dadas por ela. Estas pessoas trabalharam para construir uma rede urbana, e equiparam a capital de elementos que a definiam como um centro urbano.

No sentido económico e comercial a capital tinha, nas primeiras décadas, sedes das principais empresas presentes em Moçambique. No ponto de vista da vida sócio-cultural, Lourenço Marques igualmente foi equipada com lugares de sociabilidade à moda europeia, como cafés, teatro, associações, entre outros. Junto ao centro urbano de Lourenço Marques desenvolveu-se o subúrbio²⁷⁴.

Assim, a cidade de Lourenço Marques se desenvolveu, entre o centro urbano e o subúrbio, ou seja, entre a cidade de cimento e a cidade de caniço. Perceber o desenvolvimento da cidade e mesmo sua divisão social é relevante para entender como o Estado colonial português se relacionou com as práticas populares de cura neste espaço²⁷⁵.

²⁷³ NEWITT, Malyn. *História de Moçambique*. Lisboa: Publicações Europa-América Lda., 1997.p.413

²⁷⁴MORAIS Carolina Máira Gomes. *Políticas de saúde e medicina tradicional em Lourenço Marques (Moçambique 1940-1975)*. Anais do XV encontro regional de história da AHPUH-Rio. P. 2

²⁷⁵ Idem

O incremento de número dos colonos esteve estritamente ligado com os investimentos em infra-estrutura efectuados pelo governo colonial. Na década de 1940 que Moçambique passou a receber maior número de portugueses em seu território.

De acordo com o Anuário Estatístico de 1973, a população europeia em Moçambique passa de 17.842 em 1928 para 27.438 em 1940. Este número triplica em 1960 chegando a 97.245 europeus, dentre os quais podemos supor que o grosso eram portugueses. Mesmo tendo um desenvolvimento interno diferenciado, resultando numa cidade de cimento e outra cidade de caniço, Lourenço Marques durante, o período colonial, teve um desenvolvimento urbano bem acima do encontrado no restante da colônia de Moçambique²⁷⁶. Neste contexto de incremento do número de colonos e investimentos coloniais em infra-estrutura coloca-se as políticas de saúde implementadas pela administração colonial.

Com a intenção de espalhar a ideologia colonial, aconteciam cidade congressos e exposições coloniais. Através de um documento preparado para a 1ª Exposição Colonial Portuguesa, datado de 1934 podemos entender as acções e legislações acerca saúde pública em Moçambique. Todavia não podemos, entretanto, levar o documento como uma realidade em si, visto que o mesmo servia igualmente para efectuar propaganda da colônia. No entanto tal documento serve como relevante instrumento para dar um olhar global do que era a saúde colonial na década de 1930, ou aquilo que supostamente o governo colonial pretendia no campo da saúde²⁷⁷.

Segundo o documento: Saúde e Higiene, publicado em 1934, Moçambique era fraccionado em oito delegações de saúde, que correspondiam as divisões administrativas da colônia. Estas delegações de saúde estavam repartidas em subdelegações: postos sanitários de primeira classe, que ficavam a cargo de enfermeiros europeus e postos sanitários de segunda classe, sob a responsabilidade de enfermeiros indígenas. Fora disto, cada sede distrital possuía um hospital. Os delegados e subdelegados responsáveis pelas delegações e subdelegações de saúde produziam alguns documentos que eram remetidos para o governo-geral das colônias. Apresentado a

²⁷⁶ MORAIS Carolina Maíra Gomes. *Políticas de saúde e medicina tradicional em Lourenço Marques (Moçambique 1940-1975)*. Anais do XV encontro regional de história da AHPUH-Rio. P. 3

²⁷⁷ Idem

administração do sistema de saúde da colônia, o documento passa a relatar os modos de combate às doenças previstas no Regulamento Geral dos Serviços de Saúde²⁷⁸.

Outros modos de combate as doenças igualmente são referidas no Regulamento Geral dos Serviços de Saúde da Colônia, como as brigadas sanitárias que eram “constituídas pelo pessoal de polícia sanitária para fazer cumprir as normas determinadas no Regulamento dos Serviços Sanitários da Colônia²⁷⁹.” Estas brigadas eram reforçadas pela legislação que visava o intercâmbio entre os comandos militares e serviços de saúde, demonstrado que o uso da força militar não estava descartado nas ações das Brigadas Sanitárias.

Também dentre as políticas de saúde introduzidas em Lourenço Marques esteve a instituição do passaporte sanitário que segundo o regulamento “foi instituído a obrigatoriedade do passaporte sanitário área todas as pessoas, de qualquer raça ou nacionalidade, que precisassem de transitar entre a áreas infestadas e áreas indemnes”²⁸⁰. Na década de 1940, o departamento de saúde que em 1940, empregava 78 médico, 166 enfermeiros de diversos graus e 102 enfermeiros africanos. Além disso havia médicos a exercer clínica privada²⁸¹. Este departamento de saúde recebeu outros investimentos e alterações durante o período colonial até 1975, quando ocorreu a independência. No final do período colonial, forma-se uma rede de serviços de saúde com 395 unidades hospitalares e maternidades, todavia somente 400 médicos ao todo e nenhuma escola de medicina para a sua formação, tendo estes que estudarem fora do país²⁸². O não investimento em escolas de medicina na colônia foi uma forma de o Estado colonial controlar e delimitar o saber considerado oficial²⁸³

As definições gerais efectuadas pela administração colonial colocam a oposição entre medicina e magia como a oposição entre medicina oficial e medicina tradicional. A medicina oficial, de base científica europeia, seria responsável por curar, por lidar com os problemas que afligem o físico das pessoas, enquanto

²⁷⁸ MORAIS Carolina Máira Gomes. *Políticas de saúde e medicina tradicional em Lourenço Marques (Moçambique 1940-1975)*. Anais do XV encontro regional de história da AHPUH-Rio. P. 3

²⁷⁹ Idem

²⁸⁰ Ibidem

²⁸¹ NEWITT, Malyn. *História de Moçambique*. Lisboa: Publicações Europa-América Lda., 1997.p.413

²⁸² Idem

²⁸³ MENESES, Maria Paula G. *Para uma concepção emancipatória da saúde e das medicinas*. IN: SANTOS, Boaventura de Sousa (org). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005

a medicina tradicional seria apenas uma crendice do sistema religioso dos povos moçambicanos, desqualificando-a na possibilidade de tratar do corpo, do físico²⁸⁴.

O conhecimento local torna-se face do Estado colonial, um conhecimento subalterno, porque não é o oficial, reconhecido como legítimo e propagado mediante o serviço de saúde da colônia. Ao estudarmos os conhecimentos locais de cura como parte da cultura popular, compete sublinhar que iniciamos do entendimento que a cultura popular não é algo totalmente autônomo, nem totalmente distinto. A cultura popular é um campo de permanente luta, não existe uma ‘cultura popular’ íntegra, autêntica e autônoma, localizada fora do âmbito de forças das relações de poder e de dominações culturais²⁸⁵.

Deste modo a cultura popular não existe de maneira isolada, mas dentro de um contexto, atravessada por disputas do poder. As práticas populares de cura que aqui pretendemos analisar não devem ser restringidas aos conceitos de militância ou cooptação, porém como um jogo de forças dentro do campo de disputas que se coloca no período colonial em Moçambique.

É necessário sublinhar que as distintas práticas de cura são obtidas a partir das diferentes interpretações e ideias sobre a noção de saúde.

Em Moçambique a população possuía uma noção de saúde distinto do conceito português. Enquanto na saúde na medicina oficial era tratar do físico do indivíduo; saúde para os Moçambicanos era uma complexa relação entre corpo e espírito do indivíduo e sociedade envolvente. Na medicina tradicional eram consideradas doenças a tuberculose, a malária, a sarna, e também conflitos conjugais, azar, entre outros. A tarefa do médico tradicional seria cuidar do corpo, sarar as feridas, eliminar os padecimentos do organismo utilizando os conhecimentos que tem sobre a natureza, e, em simultâneo, tratar as perturbações da cabeça e do espírito, causada pelos desajustes socioeconômicos, por traumas profissionais²⁸⁶.

²⁸⁴ MENESES, Maria Paula G. *Para uma concepção emancipatória da saúde e das medicinas*. IN: SANTOS, Boaventura de Sousa (org). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.p.443

²⁸⁵ HALL, Stuart. *Notas sobre a desconstrução do popular*. In: SOVIK, Liv (org.). *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.p.238

²⁸⁶ MENESES, Maria Paula G. *Para uma concepção emancipatória da saúde e das medicinas*. IN: SANTOS, Boaventura de Sousa (org). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.p.443

Na medida em que a medicina oficial assentava em outros requisitos na ideia de saúde e doença, considerava-se a função no nyàngà (médico tradicional) um atraso civilizacional, uma mostra de que as populações Moçambicanas eram primitivas e uma justificativa para o empreendimento colonial português como forma de integrar estas populações à civilização²⁸⁷

Ao designar os saberes locais como práticas não civilizadas, ou não legítimas, o governo colonial inferiorizou as práticas populares de saúde existentes em Lourenço, e por vezes se apropriou dos saberes sobre ervas medicinais, no entanto, sem reconhecer tais práticas como conhecimentos válidos. O processo de colonização foi registado por esta subalternização das práticas dos médicos tradicionais, e a emergência e conflitos entre medicina oficial e medicina tradicional.

O acesso dos indígenas aos serviços de saúde no período colonial cerceado por problemas raciais e sociais, o que implica dizer que o acesso destes aos serviços de saúde coloniais foi muito precário. Todavia o não reconhecimento, pelo Estado colonial, de práticas populares de cura como conhecimento legítimo igualmente foi um factor que marcou as políticas de saúde.

Para Boaventura Santos diz que a rejeição da diversidade é inerente ao colonialismo²⁸⁸. Actualmente em Moçambique, a medicina tradicional tem igual consideração como a biomedicina²⁸⁹. No contexto moçambicano, para se falar em saúde e doença é preciso alargar tais noções e levá-los para o meio da comunidade e das relações sociais, inclusive as que se dão entre os vivos e os mortos, nas quais o binómio saúde-doença implica-se. Para o grosso número parte dos moçambicanos, boa saúde é sinónimo de harmonia dos seres humanos com o meio ambiente, com seus ancestrais, com seus familiares, vizinhos e das relações destes entre si e o meio²⁹⁰. Deste modo, a saúde é o estado natural: a chuva cai em seu tempo, as culturas crescem, as pessoas estão bem nutridas, não adoecem e as crianças não morrem. Quando esse estado é quebrado, há

²⁸⁷ MORAIS Carolina Maíra Gomes. *Políticas de saúde e medicina tradicional em Lourenço Marques (Moçambique 1940- 1975)*. Anais do XV encontro regional de história da AHPUH-Rio. p.6

²⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa (org). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.p.25

²⁸⁹ JÚNIOR, B.; MAHUMANA, N.; JESUS, J. (Orgs.). In *O que é Saúde Mental?* Lisboa: Escolar Editora, 2014.p.104

²⁹⁰ JÚNIOR, B.; MAHUMANA, N.; JESUS, J. (Orgs.). In *O que é Saúde Mental?* Lisboa: Escolar Editora, 2014.p.104 e GRANJO, P. *Saúde e Doença em Moçambique*. Saude soc [online]. 2009, vol. 18, n. 4, pp. 567-581. [cited 15 March 2021]. Available from: <http://dx.doi.org/10.1590/ S0104 -12902009000400002>

adoecimento em virtude de alguma desarmonia no conjunto de normas e práticas que funcionam como manutenção do bem-estar, facto que afasta a ocasionalidade dos infortúnios e lhes garante muitas lógicas e relações de causalidade²⁹¹.

Perceber essas lógicas prevê o entendimento do conhecimento de ser pessoa no seio tradicional, onde o corpo humano não é entendido de acordo com as lógicas da biomedicina e é repartido em três componentes fundamentais: “sangue”, partes do corpo e espírito. O Ngati (“sangue”) tem a função de harmonizar, equilibrar e revitalizar o funcionamento do corpo, construindo-o e o protegendo de doenças. Ele diz respeito aos fluidos corporais que podem ser propiciadores saúde – como fluidos sexuais, saliva, leite materno e o próprio sangue – ou causadores de doença – fluidos associados a uma doença específica, como o sangue de gonorreia ou a malária. O svirhu (partes materiais do corpo) corresponde aos órgãos externos e internos, cumprindo funções mecânicas, protetoras e higiênicas. Já o xiviri (espírito) designa o espírito intrínseco da pessoa, sua identidade e personalidade, que começa de si e se projeta no meio social como xithuzi, traduzido como identidade, personalidade e presença²⁹².

Combinado com o Ngati e o svirhu, o xiviri faz a pessoa viver e, quando sai do corpo, indica que a pessoa está prestes a morrer ou já morreu. Numa pessoa saudável, esses elementos estão juntos e são interdependentes, configurando o corpo único vivo e consagrando o corpo humano como um corpo-espírito. Quando uma pessoa morre, desaparece fisicamente, todavia seu xiviri continua vivo e se manifesta como agente espiritual entre os vivos, sobretudo de sua família. Dessa forma, a morte acaba a existência nem tampouco a remete para qualquer outro mundo²⁹³

As pessoas que morrem prevalecem no lugar em que viveram junto com suas famílias e compete a elas tutelarem e orientarem os vivos que, por conseguinte, devem ter para com elas uma conduta respeitosa e reverente e fazer o Kuphalha, uma invocação cerimonial e uma dialogo com

²⁹¹ GRANJO, P. *Saúde e Doença em Moçambique*. Saude soc [online]. 2009, vol. 18, n. 4, pp. 567-581. [cited 15 March 2021]. Available from: <http://dx.doi.org/10.1590/ S0104 -12902009000400002>

²⁹² ASSIS, Jaqueline Tavares de CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo, LICENÇA, Isália Gabriel, CAMPOS, Nathalia, REIS, Mariana, FIALHO, Luana Alcântara, BRAMBATTI Larissa Polejack. *Medicina tradicional no Brasil e em Moçambique: definições, apropriações e debates em saúde pública*.p.22

²⁹³ JÚNIOR, B.; MAHUMANA, N.; JESUS, J. (Orgs.). In O que é Saúde Mental? Lisboa: Escolar Editora, 2014.p.104 e GRANJO, P. *Saúde e Doença em Moçambique*. Saude soc [online]. 2009, vol. 18, n. 4, pp. 567-581. [cited 15 March 2021]. Available from: <http://dx.doi.org/10.1590/ S0104 -12902009000400002>

os ancestrais com o intuito de saudá-los ou mesmo informa-lhes de projetos relevante dos vivos e de solicitar-lhes a sua autorização e tutela²⁹⁴.

Quando um antepassado suspende a sua proteção ou quando propicia problemas ou desarmonias, os infortúnios e doenças criados não miram a punição em virtude de certa ausência, mas antes são as únicas formas que eles têm para informar aos vivos de suas reclamações ou recomendações. Para decifrar a mensagem dos antepassados, é consultado um nyamusoro (médico tradicional) que, por adivinhação ou transe, comunica a mensagem daquele que morreu à família. Essa é a medicina que eles praticam e se trata de um dos mais revelantes recursos terapêuticos para distúrbios psíquicos, físicos e sociais em toda Moçambique²⁹⁵.

Para tornar-se um nyamusoro, ascender a uma posição social de prestígio, mais próxima aos espíritos dos antepassados e adquirir o saber esotérico que acessa o poder ancestral, a pessoa passa pela “doença de chamamento”, um período de sofrimento e dificuldades que mira a levar o doente a algum médico tradicional e buscar a iniciação. Findo a iniciação e os rituais específicos para apresentá-lo à comunidade, a pessoa torna-se um nyamusoro e deve usar os conhecimentos adquiridos para tratar e curar os indivíduos e a comunidade. Esse processo mostra que o convite do designado dos espíritos é irrecusável e salienta a co-dependência entre espíritos e pessoas²⁹⁶.

Mas, para além da acção dos ancestrais, existem outras etiologias inerente aos distúrbios segundo a medicina tradicional, a exemplo da manipulação errada da relação com o meio, por meio de quebra de regras como, por exemplo, práticas sexuais em períodos ou lugares proibidos; e feitiçaria, quando espíritos maus tentam impedir o trabalho de cura dos médicos tradicionais²⁹⁷. Em geral, as terapias tradicionais iniciam-se com o diagnóstico, ou a adivinhação, a qual busca estabelecer uma relação de confiança entre nyamusoro-paciente e a própria sessão de cura²⁹⁸. Em todo o seu trabalho, as dimensões físicas e sociais são interligadas, o que faz a supressão dos

²⁹⁴ ASSIS, Jaqueline Tavares de CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo, LICENÇA, Isália Gabriel, CAMPOS, Nathalia, REIS, Mariana, FIALHO, Luana Alcântara, BRAMBATTI Larissa Polejack. *Medicina tradicional no Brasil e em Moçambique: definições, apropriações e debates em saúde pública*.p.23

²⁹⁵ JÚNIOR, B.; MAHUMANA, N.; JESUS, J. (Orgs.). In *O que é Saúde Mental?* Lisboa: Escolar Editora, 2014.p.104

²⁹⁶ HONWANA, A. M. *Espíritos vivos, tradições modernas: possessão de espíritos e reintegração social pós-guerra no sulde Moçambique*. Maputo: Promédia, 2002, p.290

²⁹⁷ JÚNIOR, B.; MAHUMANA, N.; JESUS, J. (Orgs.). In *O que é Saúde Mental?* Lisboa: Escolar Editora, 2014.p.104

²⁹⁸ Idem

sintomas físicos implicar na eliminação simultânea das causas que originam a doença²⁹⁹. Doença, portanto, não é oposto de saúde, não se esgotando em si própria, mas age mais como um sintoma, na medida em que diz respeito a outro problema, muitas vezes com origem no social.

As representações de saúde e doença da medicina tradicional são manchadas e definidas como modos de desconhecimento e resistência aos serviços de saúde biomédicos, crenças negativas, curandeirismo, etc. Este local de não saber da medicina tradicional em Moçambique é resultado do período colonial, durante o qual os conhecimentos tradicionais e sua respectiva farmacopeia foram reduzidas ao nível folclórico e de superstição e, portanto, deixado a um plano secundário pelas autoridades coloniais. Depois da descolonização, quando a organização mundial de saúde iniciou a incentivar os países membros a priorizarem o uso das suas medicinas tradicionais e promovê-las, foi criado, em 1977, no Ministério da Saúde um Gabinete de Estudos de medicina tradicional, o qual tinha por intuito a análise das plantas usadas pela medicina tradicional, ainda sem integrá-las aos programas preventivos ou de tratamento de doenças. Já nos anos 1990, foi criada a AMETRAMO, associação de prática de medicina tradicional de Moçambique, que, juntamente com outras associações, desenvolvem um importante papel na promoção do uso da medicina tradicional. O Plano Quinquenal do Governo de 2000 a 2004 preconizava que, para se atingir os principais objetivos do governo no que diz respeito à saúde, era necessário uma série de ações de valorização e promoção da medicina tradicional³⁰⁰.

Apesar de o Sistema Nacional de Saúde constituir-se como a fundamental prestadora de cuidados de saúde convencional em Moçambique, 60% da população usa os serviços de saúde da medicina tradicional, sendo uma das razões, a baixa cobertura do Sistema Nacional de Saúde. Nas zonas urbanas, há a concomitância entre tratamento biomédico e tradicional, o que eleva ainda mais a utilização dos serviços da medicina tradicional pelo povo moçambicano. Os médicos tradicionais de todas as regiões do país não podem ter seu papel reduzido aos de “médicos para os pobres”, mesmo que o seu papel seja principal nas zonas rurais, onde há escassez do sistema

²⁹⁹HONWANA, A. M. *Espíritos vivos, tradições modernas: possessão de espíritos e reintegração social pós-guerra no sul de Moçambique*. Maputo: Promédia, 2002, p.290

³⁰⁰ ASSIS, Jaqueline Tavares de CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo, LICENÇA, Isália Gabriel, CAMPOS, Nathalia, REIS, Mariana, FIALHO, Luana Alcântara, BRAMBATTI Larissa Polejack. *Medicina tradicional no Brasil e em Moçambique: definições, apropriações e debates em saúde pública*.p.24

público de saúde³⁰¹. É facto que a prática da medicina tradicional atualmente faz parte do cotidiano de moçambicanos de todos os estratos socioeconómicos. Todavia, esse facto costuma ser mantido em segredo diante de estrangeiros, em especial por moçambicanos com maior grau de instrução, que com isso se protegem contra os fantasmas da repressão sofrida durante o período da colonização portuguesa, que os condenavam por possuírem crenças e costumes estranhos e amaldiçoados, e de igual forma, se escondem de julgamentos preconceituosos da racionalidade cartesiana dos homens brancos ocidentais³⁰².

³⁰¹ GRANJO, P. *Saúde e Doença em Moçambique*. Saude soc [online]. 2009, vol. 18, n. 4, pp. 567-581. [cited 15 March 2021]. Available from: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902009000400002>

³⁰² ASSIS, Jaqueline Tavares de, CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo, LICENÇA, Isália Gabriel, CAMPOS, Nathalia, REIS, Mariana, FIALHO, Luana Alcântara, BRAMBATTI Larissa Polejack. *Medicina tradicional no Brasil e em Moçambique: definições, apropriações e debates em saúde pública*.p.24

Capítulo IV: RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

4.1 Generalidades

Como é sabido a medicina é uma actividade de risco. O médico pode incorrer em responsabilidade civil que se traduz na obrigação de indemnizar o ofendido ou os seus legítimos herdeiros, caso o requeiram. O tema da responsabilidade por erro médico posiciona-se com cada vez mais acuidade no contexto moçambicano e global. Os médicos deixaram de estar imunes à crítica e encontram-se cada vez mais sujeitos à exposição mediática e às questões judiciais. No entanto, não obstante, ser tema recorrente, não são muitas as situações de responsabilidade médica julgados pelos tribunais moçambicanos, atendendo à dificuldade de prova da culpa do agente e do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

A responsabilidade civil médica é uma das matérias mais difíceis no campo da responsabilidade pelo exercício de profissões liberais. Em Moçambique não existe um regime legal específico sobre responsabilidade por actos médicos. Serão aplicáveis, desta forma, as disposições gerais do Código civil sobre responsabilidade civil, de natureza subjectiva.

A relação que se estabelece entre médico tradicional e paciente corresponderá a um contrato celebrado entre as partes, podendo o incumprimento ou cumprimento defeituoso do mesmo gerar responsabilidade contratual ou ainda em responsabilidade extracontratual em determinadas situações. Este contrato, através do qual o paciente pede ao profissional a realização de um acto médico, poderá ser simplesmente consensual, não se exigindo qualquer forma especial.

Em Moçambique, a ocorrência de processos desta natureza ainda não é frequente, embora apresente tendência para aumentar.

A realização de qualquer acto médico, mediante pagamento de um preço, será subsumível, em princípio, à definição que consta do art. 1154º do CC – contrato de prestação de serviços. Por outra via, é preciso ter em conta que cada vez mais a prestação de serviços médicos assume caracteres mais complexos³⁸⁷.

³⁸⁷ ALMEIDA, C. Ferreira de. *Os contratos civis de prestação de serviço médico. Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1996, pp. 90 e ss

De acordo ALMEIDA E COSTA, existe responsabilidade civil quando uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outro. A lei faz derivar uma obrigação, em que o responsável é devedor e a vítima credor.

Trata-se, portanto, de uma obrigação que surge directamente da lei e não da vontade das partes, sendo considerada obrigação, o que define o art. 397º do C.C.: *“Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação.”*

A responsabilidade civil diferencia-se da responsabilidade moral, que pertence ao domínio da consciência, sendo uma responsabilidade não jurídica, sendo irrelevante e configurando fontes de obrigações naturais. A responsabilidade civil não se confunde com a responsabilidade penal ou criminal, pois, a primeira, pertence à esfera do direito civil, que é direito privado, ao passo que, a segunda, reconduz ao direito penal, ramo do direito público.

Está subjacente à responsabilidade civil a ideia de reparação de um dano privado, pois o dever jurídico infringido foi estabelecido directamente no interesse do sujeito lesado.

O que importa nas punições civis é a restituição dos interesses lesados.

Os caracteres da responsabilidade penal aparecem como uma defesa contra os agentes dos factos que atingem a ordem social, ofendendo-se um dever jurídico estabelecido imediatamente no interesse da colectividade.

As sanções penais miram defender a sociedade, propondo-se fins de prevenção geral e especial, através da intimidação e da reeducação do delinquente, com penas e medidas de segurança.

Os dois modos de responsabilidade, civil e criminal, posto que sejam diversas, não se afastam necessariamente, pois, diversas vezes, existe somente uma delas. Mas não é raro que um facto congrega em si as duas modalidades, de ilícito civil e de ilícito penal. A situação de um homicida, em que a lei civil o obriga a reparar os prejuízos que causou aos familiares da vítima e a lei penal aplica-lhe a pena privação de liberdade.

Neste caso, existe, simultaneamente, responsabilidade civil e criminal. A responsabilidade civil distingue-se em contratual e extracontratual. Para ALMEIDA E COSTA a responsabilidade

contratual decorre da violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico. Verifica-se que o qualificativo corrente não se mostra rigoroso, dado que, além dos contratos, existem outras fontes de tais vínculos, pelo que alguns autores lhe chamam responsabilidade negocial ou obrigacional.

Como menciona a lei reguladora das obrigações do Código Civil: *“As obrigações provenientes de negócio jurídico, assim como a própria substância dele, são reguladas pela lei que os respectivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista.”*, como refere o nº 1 do art. 41º.

A responsabilidade contratual consiste: *“O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.”*, como refere o art 798º *“Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.”*, como menciona o art. 799º.

1. O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para cumprimento da obrigação como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor.

2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública. “, como refere o art. 800º.

Conforme a lei regulamentadora das obrigações do do Código Civil, o art. 45º, sobre responsabilidade extracontratual mencina:

"1. A responsabilidade extracontratual fundada, quer em acto ilícito, quer no risco ou em qualquer conduta lícita, é regulada pela lei do Estado onde decorreu a principal actividade causadora do prejuízo; e, em caso de responsabilidade por omissão, é aplicável a lei do lugar onde o responsável deveria ter agido.

2. Se a lei do Estado onde se produziu o efeito lesivo considerar responsável o agente, mas não o considerar como tal a lei do país onde decorreu a sua actividade, é aplicável a primeira lei, desde que o agente devesse prever a produção de um dano, naquele país, como consequência do seu acto ou omissão.

3. *Se, porém, o agente e o lesado tiverem a mesma nacionalidade, na falta dela, a mesma residência habitual, e se encontrarem ocasionalmente em país estrangeiro, a lei aplicável será a da nacionalidade ou a da residência comum, sem prejuízo das disposições do Estado local que devam ser aplicadas indistintamente a todas as pessoas.”*

Para ALMEIDA E COSTA, a responsabilidade extracontratual abarca as distintas situações do ilícito civil. Surge de uma violação de um dever ou vínculo jurídico geral de um daqueles deveres de conduta impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos ou até à prática de determinados actos que, embora lícitos, produzem danos a outrem. Usa-se, ainda, as terminologias de responsabilidade delitual ou aquiliana.

A responsabilidade extracontratual aplica-se:

“1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente da culpa nos casos especificados na lei.”, como menciona o art. 483º.

“É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa”., como menciona o nº 1 do art. 487º. *“Se forem vários os autores, instigadores ou auxiliares do acto ilícito, todos eles respondem pelos danos que hajam causado.”*, como menciona o art. 490º.

“1. No caso de lesão de que proveio a morte, é o responsável obrigado a indemnizar as despesas feitas para salvar o lesado e todos os demais, sem exceptuar as do funeral.

2. Neste caso, como em todos os outros de lesão corporal, têm direito a indemnização aqueles que socorreram o lesado, bem como os estabelecimentos hospitalares, médicos ou outras pessoas ou entidades que tenham contribuído para ou tratamento ou assistência da vítima.

3. Têm igualmente direito a indemnização os que podem exigir alimentos ao lesado ou aqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural.”, como menciona o art. 495º.

“Se forem várias pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade.”, como menciona o nº 1 do art. 497º.

A responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual têm igualmente aspectos comuns.

Ambas as modalidades de responsabilidade se traduzem na obrigação de indemnização. A indemnização pode consistir na reconstituição natural, isto é, na restituição do lesado à situação natural efectiva em que se encontrava antes daquele evento, denominando-se *“indemnização in natura”*.

Mas sempre que a reconstituição natural não seja possível, não havendo reparação integral dos danos, ou seja exclusivamente oneroso para o devedor, fixa-se a indemnização em dinheiro, *“indemnização pecuniária”*, sendo esta, na prática, a mais usual.

“Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.”, como menciona o art. 562º.

“A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”, como menciona o art. 563º

“O dever de indemnização compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.”, como refere o nº 1 do art. 564º.

“A indemnização é dada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor.”, como refere o nº 1, do art. 566º.

“Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.”, como refere o nº 1, do art. 570º

A responsabilidade contratual é essencialmente aquela que atinge o médico, baseado no incumprimento do contrato de prestação de serviço, consagrado com o paciente. A responsabilidade extracontratual respeita os direitos absolutos e aparece quando o médico assiste

um paciente num caso de urgência, em que age sob o ponto de vista jurídico, como gestor de negócios.

“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”, como refere o art. 1154º

O regime de prestação de serviço refere: *“As disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades de contrato de prestação de serviço que a lei não regula especialmente”*, como refere o art. 1156º

O médico é responsável pelos seus actos como resultado do exercício da sua profissão, como todo o sujeito.

A responsabilidade poderá ainda ser delitual como resultado de um lapso, podendo ser directa de comissão, através de um acto intencional, como durante uma intervenção cirúrgica, ou indirecta de omissão, por imprudência ou negligência, como o resultado da falta de atenção de um cirurgião.

“1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código (C.C.), ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”, e isto, como refere o art. 405º, no referente a liberdade contratual.

A eficácia dos contratos é referida no art. 406º do C.C.: “

1. O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contratantes ou nos casos admitidos na lei.

2. Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei”.

A responsabilidade é civil, devendo o médico ter de reparar o dano que causou a outrem, pelo que deverá indemnizar o paciente. A responsabilidade é penal, devendo o médico ser punido por uma infracção de que é culpado, pelo que terá de haver a repressão do médico.

O Direito Civil determinará quem tem razão e o Direito Penal quem é o culpado.

A responsabilidade moral do médico é vasta, mas esta responsabilidade é atribuível à consciência do próprio médico. Quando um dano deriva como consequência de um acto médico, a sua reparação pode ser solicitada, e isto baseia-se na responsabilidade civil.

Por outro via, a sociedade não pode prevalecer insensível a um determinado número de danos, pelo que terá de se basear igualmente na responsabilidade penal.

2. direito e a medicina

As relações entre o direito e a medicina são um tema recorrente. De uma maneira resumida, pode afirmar-se que estes dois ramos do conhecimento têm interagido fundamentalmente de três modos: a) a medicina vem, cada vez mais, ajudando na realização da justiça³⁸⁸; b) o direito disciplina o exercício da medicina, impondo-lhe normas³⁸⁹; c) o direito, por seu turno, igualmente esta ao serviço da medicina, designadamente em áreas como o da saúde pública³⁹⁰.

³⁸⁸ PEDRO POLÓNIO definia a psiquiatria forense como uma ciência auxiliar do direito, à qual cabia estabelecer e definir os elementos necessários ao fundamento da opinião médica que informava o juiz a respeito da aplicação da lei aos portadores de doenças e anomalias mentais. V., do A., *Psiquiatria forense*, Lisboa, 1975.p 9. No dizer do MAR PASTOR BRAVO, é a psiquiatria ao serviço da justiça, com o objectivo de analisar aquele que sofre de uma doença mental, seja porque não observou alguma regra, seja porque precisa de tutela, atenta a sua especial vulnerabilidade. Cfr. MAR PASTOR BRAVO, *Psiquiatria forense. Conceptoy objetivos. Ámbito de aplicación en el derecho penal, civil, laboral y contencioso-administrativo*, in *Psiquiatria forense* (coord. Mar Pastor Bravo), 2014, Publicacions de la Universitat d'Alacant. pp,19-27

³⁸⁹ NETO Luisa , *A atividade médica eo direito*, in Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. pp 881-904, 903.

³⁹⁰ Cfr. CATHERINE CRAWFORD, *Medicine and the law, in Companion Encyclopedia of the History of Medicine*, vol. 2 (ed. W. F. Bynum/Roy Porter), Londres/Nova Iorque: Routledge, 1997.pp 1619-1640, 1619.

Configura um espaço comum dizer-se que o progresso da ciência médica coloca novos problemas ao mundo do direito³⁹¹, obrigando, diversas vezes, a ciência jurídica a rever as noções e quadros de pensamento tradicionais³⁹².

Tal como é usual reconhecer-se a existência de certa incompreensão recíproca entre médicos e juristas. Muito em peculiar, há médicos que prevalecem a encarar como uma injustiça a possibilidade de serem responsabilizados pelo exercício da sua actividade.

Para essa classe de profissionais, mediante o escrutínio judicial das vicissitudes das respectivas relações com os pacientes, estão a ser postas em crise a autonomia e a independência da profissão médica, para já não afirmar do respetivo estatuto social e profissional e, porque não dizê-lo, a sua autoridade ou poder³⁹³.

³⁹¹ Relativamente ao desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, e escrevendo acerca a procriação medicamente assistida, MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES diz que “o Homem actualmente conquistou o poder de “engenheirar” a vida, vegetal, animal e humana, na sua origem, no seu decurso e no seu termo”. Cfr. MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES, *alteram-se os tempos, manda à vontade. O desejo e o direito a ter um filho*, in Bioética e vulnerabilidade (coord. Ana Sofia Carvalho), Coimbra: Almedina, 2008, pp.49-68, 49.

³⁹² Para PAULA LOBATO DE FARIA, “todos os progressos científicos ou tecnológicos que originaram alterações revolucionárias na vida das pessoas tiveram sempre fortes repercussões nas estruturas do Direito. O dealbar do maquinismo originou a “teoria do risco” no âmbito da responsabilidade civil; o automóvel levou à figura do seguro obrigatório; a fotografia fez aparecer o direito à imagem; o desenvolvimento da imprensa fruto da banalização do uso do telefone e do telex obrigou à criação de um direito à vida privada e a banalização da informática criou um novo ramo jurídico, o “Direito da Proteção de Dados” e um direito à autodeterminação informacional. Os mais recentes progressos nas áreas da Medicina e da Biologia parecem, contudo, ter criado um desafio ainda maior ao Direito, pondo em causa conceitos ancestrais, tais como as clássicas dicotomias entre “pessoa” e “coisa” Cfr. PAULA LOBATO DE FARIA, *Biodireito - Nas fronteiras da ciência, da ficção científica e da política. Reflexões sobre um novo ramo das ciências jurídicas*, Sub Judice, nº 38, 2007, pp.7-13, 7/8. No mesmo diapasão, PAULO OTERO: “O progresso científico e tecnológico alcançado no final do século XX nos domínios da biologia e da medicina, tornando realidade muito de tudo quanto antes se tinha como mera ficção, trouxe consigo uma verdadeira revolução jurídica em domínios tão delicados quanto representam a procriação humana assistida e a engenharia genética, o transplante de órgãos e tecidos humanos e as intervenções cirúrgicas sem intuítos terapêuticos ou a crioconservação e a experimentação humanas. Cfr. PAULO OTERO, *Direito da vida. Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino*, Coimbra: Almedina, 2004. Pp.17-18.

³⁹³ Acerca do poder médico, GRAÇA CARAPINHEIRO, *Saberes e poderes no hospital. Uma sociologia dos serviços hospitalares*, 4ª ed., Lisboa: Afrontamento, 2005, HELENA SERRA, *Médicos e poder: transplantação hepática e tecnocracias*, Coimbra: Almedina, 2008, e RUI MANUEL PINTO COSTA, *O poder médico no Estado Novo (1945-1974). Afirmção, legitimação e ordenamento profissional*, Porto: U. Porto editorial, 2009. JORGE CRESPO afirmou o seguinte: “Nas infrações cometidas pelos médicos era determinante a convicção, cada vez mais generalizada, de que a ciência atingia um desenvolvimento total que dispensava outras interferências. As palavras de afeto e de consolo proferidas pelos médicos, na relação estreita que estabeleciam com o mal, tornavam-se mais eficazes e suscetíveis de atingir a dupla finalidade de cura de almas e corpos. Tudo se conjugava assim, mesmo numa área próxima dos sentimentos religiosos, para que os médicos desempenhassem funções cada vez mais alargadas e responsáveis. Nesta linha, e perante tão elevado grau de exigências que à medicina se solicitava, defendia-se a necessidade de conceder aos médicos determinadas prerrogativas, consideradas indispensáveis para que a profissão adquirisse a dignidade justa e a excelência recomendável”. Cfr. JORGE CRESPO, *A história do corpo*, Lisboa: Difel, 1990, p.93,

O caso alcançou o extremo de, nos Estados Unidos da América e na sequência das chamadas *malpractice crisis*, se terem ocorrido, intentadas pelos médicos que haviam obtido ganho de causa como réus, acções retaliatórias contra os advogados que, no exercício da sua profissão, os haviam processado³⁹⁴.

Esta ausência de compreensão entre as duas profissões não deriva somente do incremento do número de situações de responsabilidade médica, antes radica na forma como, desde cedo, ou seja, logo no ensino universitário, médicos e juristas são “formatados” para o posterior exercício das suas profissões³⁹⁵.

É relevante, designadamente para quem tiver de estudar e/ou decidir situações de responsabilidade médica, saber reconhecer a existência de uma distinção entre os quadros mentais agregados às duas profissões, fruto necessariamente dos respectivos processos educativos e de formação profissional³⁹⁶.

Desde o começo dos seus estudos, o jurista está habituado a lidar com a dialética, a controvérsia, a dúvida, a criticar argumentos, a contrapor opiniões, justamente porque, para si, a verdade deriva desse conflito de posições³⁹⁷.

Em última análise, a verdade será aquilo que decorre do processo judicial, a designada verdade processual. Já para o estudante de medicina, com um cunho científico mais objectivo ou exacto, como é característico das ciências naturais, por contraposição às ciências humanas³⁹⁸, a

³⁹⁴ Cfr. GEORGE J. ANNAS, *Judging medicine*, Clifton, Nova Jérsey: Humana Press, 1988, 191-194, e LISA T. WITLIN, *Countersuits by medical malpractice defendants against attorneys*, JLM, vol. 9, nº 3, 1988. pp.421-447. Procurando desmistificar algumas “ideias feitas” em torno da má prática profissional médica e da sua litigância, TOM BAKER, *The medical malpractice myth*, Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 2005.

³⁹⁵ Cfr. ROBERT L. SCHWARTZ, *Teaching physicians and lawyers to understand each other. The development of a Law and Medicine Clinic*, JLM, vol. 2, nº 2, 1981. pp.131-149, 131.

³⁹⁶ Sobre as relações entre a esfera do direito e a da ciência, MARIA EDUARDA GONÇALVES, *Ciência e direito: de um paradigma a outro*, RCCS, março 1991, nº 31 (As novas fronteiras do direito), pp.89-113.

³⁹⁷ Referindo que o pensamento jurídico não é suscetível de tudo justificar, assim como a medicina não deve ser uma ciência sem alma, JOÃO LOBO ANTUNES, *Juízes (e médicos)*, in, do A., *O eco silencioso*, Lisboa: Gradiva, 2008. pp.87-95, 91.

³⁹⁸ Definindo o método da ciência como sendo o da discussão e exame críticos de conjeturas e hipóteses até as mesmas serem refutadas, ou seja, comprovar-se a sua falsidade, KARL POPPER, *Ciência: problemas, objetivos, responsabilidades*, in, do A., *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*, tradução, reimpressão, Lisboa: Edições 70, 2009. pp.141-184.

verdade resultará de uma lei da natureza, válida em toda a parte, a qual não poderá, por isso, ser questionada, pelo menos em termos razoáveis.

Distintamente do jurista, ao médico, o que lhe interessa não é o debate ou confronto de posições, mas sim o estudo e a avaliação neutral de factos naturais³⁹⁹.

Não faz sentido, por isso, conforme há quem já o tenha ressaltado, ensinar direito aos médicos como os mesmos aprenderam medicina, nem medicina aos advogados nos exactos termos em que estudaram direito⁴⁰⁰.

É também, ponto assente que a formação que, durante anos, os médicos receberam não os preparou adequadamente para saberem lidar com a crítica e a reprovação⁴⁰¹.

Contudo, o exercício da medicina não pode hoje, num Estado de direito, ficar imune a ser sindicado judicialmente⁴⁰² e o ser alvo de uma acção de responsabilidade civil deve ser entendido apenas como um risco próprio do exercício da atividade profissional - os chamados “ossos do ofício” -, e não propriamente como o precipitar de um final de carreira.

Evitar a mencionada animosidade entre as duas profissões passa pela compreensão mútua dos quadros mentais e dos métodos analíticos de cada uma delas⁴⁰³.

A evolução da ciência médica tem contribuído para o aperfeiçoamento do direito⁴⁰⁴ - pense-se, por exemplo, nos meios científicos disponíveis atualmente no âmbito de uma acção de investigação de paternidade⁴⁰⁵, por comparação com o que acontecia há apenas algumas décadas

³⁹⁹ Cfr. AMNON CARMÍ, *Medical versus legal maldiagnosis*, in Recht und Ethik in der Medizin (Hrsg. W. Doerr/W. Jacobs/A. Laufs), Berlin/Heidelberg/Nova Iorque: Springer, 1982. pp.109-125, 109.

⁴⁰⁰ Cfr. SCHWARTZ, ob. e loc. cit., 132

⁴⁰¹ Cfr. GIESEN, ob. cit., 722

⁴⁰² Cfr. J. A. PIRES DE LIMA, *Ordem dos Médicos*, in, do A., *Ao correr do tempo*, Porto: ed. da revista Atualidades literárias, 1947. pp.143-154, 143.

⁴⁰³ Cfr. SCHWARTZ, ob. e loc. cit., 149.

⁴⁰⁴ Relativamente às possíveis aplicações na área do direito das novas técnicas, não invasivas, de estudo do cérebro, v. MANUEL RICHARD GONZÁLEZ, *La prueba de la culpabilidad atendiendo al nuevo paradigma propuesto por la neurociencia*, in Neurociencia, neuroética y bioética (ed. Javier de la Torre Díaz), Madrid: UPC, 2014. pp.99-133.

⁴⁰⁵ Sobre a matéria, v. GUILHERME DE OLIVEIRA/HELENA MONIZ, *Utilização de informação genética em ações de filiação - perguntas e respostas*, Lex Medicinæ, ano 2, nº 4, julho/dezembro 2005.pp. 41-47

atrás -, assim como o direito vem influenciando, de forma até cada vez mais intensa, o modo de exercício da medicina, de que é bom exemplo a transformação operada pela doutrina do consentimento informado⁴⁰⁶.

São mundos distintos, todavia que não vivem - nem podem, nem devem viver - de costas voltadas um para o outro⁴⁰⁷. Basta recordar o papel tradicional dos médicos como peritos⁴⁰⁸ em vários tipos de litígios judiciais⁴⁰⁹.

Como considerações finais desta parte inicial, afirmar que entre o direito e a medicina, sem com isso rejeitar as especificidades e os intentos de cada um dos conhecimentos, pode assentar-se no seguinte:

- a) ambos, médico e jurista, lidam a pessoa humana⁴¹⁰;
- b) quer a relação entre o médico e o doente, quer a relação entre o advogado e o cliente assentam na confiança⁴¹¹;

⁴⁰⁶ No sentido de os juristas, que criaram a teoria do consentimento informado para a relação médico-doente, a aplicarem à relação entre o advogado e o seu cliente, de modo a reforçar aí o fluxo de informação, LUÍS VASCONCELOS ABREU, *O Estatuto da Ordem dos Advogados e a relação entre mandante e mandatário judicial*, ROA, ano 62, I, janeiro 2002. pp.263-302, 293.

⁴⁰⁷Um contributo para o diálogo entre juristas e psiquiatras, no interesse do cidadão doente e/ou arguido, foi dado por FERNANDO MANUEL RODRIGUES DOS SANTOS VIEIRA, *A violência na sua interface jurídico-psiquiátrica*, in AA.VV., Direito da medicina - I, Coimbra: Coimbra Editora, 2002. pp.53- 163.

⁴⁰⁸ Segundo refere DUARTE NUNO VIEIRA, enquanto, na esfera clínica, a relação médico-doente é habitualmente de confiança e de colaboração, a mesma, no campo pericial “tende a assumir contornos de certo forma opostos, de desconfiança e de ausência de colaboração”. Cfr. DUARTE NUNO VIEIRA, *O perito e a missão pericial em direito civil*, in Aspetos práticos da avaliação do dano corporal em direito civil (coord. Duarte Nuno Vieira/José Alvarez Quintero), co-edição Caixa Seguros e Imprensa da Universidade de Coimbra, julho 2008. pp.35-59, 37.

⁴⁰⁹ Sobre o relatório pericial, v. TERESA MAGALHÃES/FRANCISCO CORTE-REAL/DUARTE NUNO VIEIRA, *O relatório pericial de avaliação do dano corporal em direito civil*, in Aspetos práticos da avaliação do dano corporal em direito civil ..., cit. pp. 159-171.

⁴¹⁰ Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, Em redor da noção de ato médico, in. *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal. Uma perspetiva integrada* (orgs. José de FariaCosta e Inês Fernandes Godinho), Coimbra: Coimbra Editora, 2010.pp. 379-399, 380/381. Este artigo foi anteriormente publicado na RLJ, ano 138º, janeiro-fevereiro 2009, nº 3954. pp.126-137.

⁴¹¹De novo citando FARIA COSTA: “A relação entre o médico e o doente, baseada no modelo paternalista de raiz hipocrática, vinha de longe. De muito longe. Mas é só com a modernidade e com uma compreensão mais científica da medicina que tudo o que se passa no espaço da comunicação fechada entre o doente e o seu médico merece a estrutura simbólica de uma relação de confiança.”. Cfr. FARIA COSTA, *Reflexões simples em torno do direito e da advocacia* (Cadernos de exercícios: primeiro exercício), RLJ, ano 139º, julho-agosto 2010, nº 3963. pp.345-356, 349/350. Noutro estudo, o mesmo A. sublinha a ligação entre, por um lado, a vertente da confiança e, pelo outro lado, o “princípio da verdade” e a “virtude da honestidade”. Cfr. FARIA COSTA, *um olhar, eticamente comprometido, em redor da ética médica*, RLJ, ano 140º, novembro-dezembro 2010, nº 3965. pp.70-79,77-78.

c) os dois profissionais fazem diagnóstico e prognóstico - respectivamente, avaliam o doente e analisam a matéria de facto do caso -, isto é, recolhem evidência empírica e, depois, tentam prevenir e antever o futuro a partir da experiência passada, tomando decisões com uma margem de incerteza⁴¹²;

d) o diagnóstico e o prognóstico do médico e do jurista exigem, qualquer um deles, bastante estudo e uma preparação muito cuidada⁴¹³;

e) a medicina e o direito não são ciências exactas e, em ambas, a práxis é inseparável da ciência⁴¹⁴;

f) os dois saberes sofrem a influência do progresso técnico; g) em termos globais, os sistemas da justiça e da Saúde sustentam a vida organizada de um país, qualquer debilidade no seu funcionamento tem repercussão imediata e palpável⁴¹⁵.

4.2 Actual modelo da relação médico- doente

A relação entre o médico e o doente é uma relação pessoal, assente na confiança e tem sido muito analisada, nas suas diferentes vertentes. Hodiernamente, por força da especialização e das vertentes científica e tecnológica existem especialidades - ex. analista - nas quais o médico não tem contacto directo com a pessoa do doente.

Em 1994, IDALMIRO ROCHA CARRAÇA deu o seguinte testemunho:

“A partilha da informação no decurso do acto médico tem sido habitualmente secundarizada pelos teóricos da relação médico-doente. A sociologia médica mostra-nos que sempre que predomina o discurso médico a tendência é enfatizar a importância da relação médico-doente

⁴¹²Cfr. CARMÍ, ob. e loc. cit., pp.109-110. V. ANTÓNIO MOREIRA BARBOSA DE MELO, *A incerteza na decisão em bioética*, RPB, nº 2, setembro 2007, 157-169

⁴¹³ Cfr. CARMÍ, ob. e loc. cit., 109

⁴¹⁴Cfr. HANS-GEORG GADAMER, *O mistério da saúde: o cuidado da saúde e a arte da medicina*, tradução, reimpressão, Lisboa: Edições 70, 2009. pp.177-178. Para este A., “a praxis não é somente uma aplicação da ciência. Pelo contrário, algo da praxis atua sempre sobre a investigação, cujos resultados se devem incessantemente comprovar e conferir na prática” (ob. cit., 177).

⁴¹⁵Cfr. ANTUNES, *Medicina e direito* - intersecções, in Tribunal da Relação de Lisboa - *Uma casa da Justiça com rosto*, Lisboa: edição do Tribunal da Relação de Lisboa, 2010. pp.199-208, 201.

enquanto encontro com virtualidades terapêuticas. Tende a negar a assimetria, a desigualdade, a posição privilegiada do médico face ao paciente indefeso.

Do ponto de vista ético e científico parece ser pacífico, hoje, aceitar que a relação médico-doente tende a horizontalizar-se”⁴¹⁶.

De seguida, o mesmo autor, mencionando M. J. F. HESPANHA, esclareceu que a alteração se devia, por uma via, à maior proximidade dos quadros de referência e, pela outra via, a uma maior consciencialização do direito à saúde. E prosseguiu: “A resistência dos médicos face a estas modificações na estrutura do ato médico e seu significado é, todavia, compreensível. De um ponto de vista histórico as raízes da medicina mergulham no obscurantismo, na capacidade de gerir uma área de mistério e misticismo, que, engrandecendo a figura do médico, aproximando-se dos deuses, capazes de atos com aura mágica, lidando com a vida e com a morte, se traduz pela criação de um clima que favorece tanto a confiança e aderência do paciente quanto facilita o papel do médico”.

“Este clima de mistério, do dito e sobretudo do não-dito, onde se projectam as fantasias do paciente, é propício ao desenvolvimento de uma crença, uma fé, em poderes que o médico não possui. Todo o cenário dos gabinetes de consulta, dos instrumentos à vista, desde o simples estetoscópio, martelo de reflexos, até às mais complexas aparelhagens técnicas, a que se associam as rotinas comportamentais do próprio médico, sendo exemplos conhecidos o esoterismo da linguagem diagnóstica, ou, a caligrafia ilegível da maioria, no seu conjunto, conduz o paciente a um mundo irreal onde a sugestão de que tudo é possível se acentua na razão inversa da distância médico paciente”⁴¹⁷.

Mais em frente, discorrendo sobre da existência de “objectivos omissos na relação médico-doente”, IDALMIRO ROCHA CARRAÇA afirmou que:

“Consciente ou inconscientemente todos os médicos utilizam estratégias de poder na relação com os seus pacientes. Trata-se, no fundo, de gerir um processo em que os actores se reclamam mutuamente das condições para um desempenho eficaz dos papéis; ao médico, detentor do saber-poder, cabe a definição e condução desse processo. Cabe-lhe inclusive “desdizer” o paciente, convencê-lo contra as suas convicções próprias, e, quantas vezes, sujeitá-lo a críticas

⁴¹⁶ Cfr. IDALMIRO ROCHA CARRAÇA. *Omissão e partilha no ato médico*, Porto: Laboratórios Bial, 1994. pp .17.

⁴¹⁷ Cfr. CARRAÇA, ob. cit., 18.

violentas, tudo feito em nome do próprio doente. Por isso, a este não lhe cabe outro papel que não o da aceitação ou recusa deste processo. Radical, sem meios-terms. Todavia, para um olhar terceiro, o processo em causa é distinto do que origina a consulta. Torna-se claro que uma coisa é o processo que o paciente vem vivenciando, com as suas múltiplas facetas e significados, outra, bem diferente, é o processo que se cria na consulta, na relação médico-doente.

O cenário de que vimos afirmando realiza um poderoso efeito impressionante sobre o paciente. Julgamos que as consequências deste outro processo, conduzidas ao limite, são basicamente:

1 - a definição e o significado de uma situação, seja ela qual for, não depende mais do paciente, suas fantasias e angústias - é pertença do médico;

2 - Estabelece-se uma relação completamente assimétrica, em que a autonomia que resta ao paciente, se perde progressivamente sendo substituída por uma dependência cujos limites é ainda o médico que define;

3 - O doente, dependente, ansioso, inseguro, fica à mercê da “boa” vontade do médico, predisposto a aceitar a sua definição, já não da relação, mas de toda a situação, a cura inclusive”⁴¹⁸.

Existem, pelo menos, dois grandes modelos para a relação entre o médico e o doente⁴¹⁹.

O primeiro é o conhecido modelo do paternalismo médico, que vigorou durante muito tempo e que, de uma forma simples, mas correta, se pode definir como “o critério tradicional do bem do doente”. “O paternalismo é o hábito de lidar com os outros como o pai trata dos filhos”⁴²⁰.

O outro modelo, actualmente adoptado, é o do consentimento informado⁴²¹. Nele, o enfoque é colocado nos direitos do doente, principalmente no seu direito à autodeterminação. Só

⁴¹⁸Cfr. CARRAÇA, ob. cit., 19.

⁴¹⁹ Para outras classificações de modelos aplicáveis à relação entre o médico e o respetivo doente, v. GIUSEPPE LA MONACA/VITTORADOLFO TAMBONE/NICOLA ZINGARO/MATTEO POLACCO, *L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Milão: Giuffrè, 2005. pp.81-96 (ex. (i) modelo do paternalismo, subdividido em “forte” e “fraco”; (ii) modelo da autonomia; (iii) modelo baseado no princípio da beneficência; e (iv) modelo fiduciário).

⁴²⁰ Cfr. J. PINTO DA COSTA, *Paternalismo médico*, in, *Responsabilidade médica*, Porto: Felício & Cabral, 1996. pp.27-31, 27.

⁴²¹O termo “consentimento informado” mereceu a crítica de PINTO DA COSTA, Consentimento, in *Responsabilidade médica*, cit., pp.33-42, 33: “tradução de informed consentment, é uma imprópria tradução direta e expressão aberrante, pois não é o consentimento que é informado, mas sim a pessoa que o emitiu”. Também para COSTA ANDRADE, o termo “não sendo seguramente incorrecta, é evidentemente tautológica e pleonástica”. Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, Anotação ao art. 157º do CP, in Comentário Conimbricense do Código Penal (dir. Jorge de Figueiredo Dias), Parte Especial, Tomo I (Artigos 131º a 201º), 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 632-640, 632.

temos um corpo e uma vida, competindo à própria pessoa decidir em matérias tão sensíveis como são as que respeitam à sua saúde.

Voltando a MANUEL ANTUNES: “O doente deve, portanto, ser olhado como uma pessoa e não como um caso, como um interlocutor que sabe com quem dialoga e não como alguém que recebe ordens. Ou seja, como reza a respetiva carta de direitos, o doente é um parceiro no processo de saúde e não um subordinado cumpridor. A sua vontade não pode ser ignorada, ultrapassada ou contrariada, mesmo se, teoricamente, a sua decisão for errada ou prejudicial para a sua saúde, embora tal posição entre em conflitos com os seus deveres, como abaixo se verá”⁴²².

Em resumo: vigora o modelo do consentimento informado, o qual protege os interesses de ambas as partes, ainda que com primazia para o doente. O médico deve procurar corrigir o desnível de informação que o seu doente tem para consigo. Por oposição ao paternalismo, este modelo tem de ser hoje percebido não como uma desresponsabilização do médico pela via da transmissão de informação, mas sim como um diálogo, que obriga o médico a procurar conhecer melhor o seu doente, os seus valores pessoais, de modo a poder transmitir-lhe a informação e a prestar-lhe os esclarecimentos de que necessita - modelo de partilha. O facto de o modelo do consentimento informado ter “vencido” o paternalismo médico não implica, aliás, uma exclusão total deste último⁴²³. É também sabido que o modelo do consentimento informado não é perfeito⁴²⁴.

4.3 Papel da ética e da deontologia médicas

Escrevendo acerca os cuidados paliativos, WALTER OSSWALD diz que “hoje reconhece-se que não é suficiente ao profissional de saúde ser bem preparado e competente na sua profissão e compassivo na sua relação com os enfermos. É necessário alcançar um grau de conhecimento teórico e prático compatível com uma especialização ou uma competência; e é necessário que,

⁴²² Cfr. MANUEL ANTUNES, ob. cit., pp.129-130

⁴²³ Cfr. MANUEL SILVÉRIO MARQUES, *O umbigo simbólico - notas partidas do Juramento Hipocrático*, in Hipócrates e a arte da medicina, cit., pp.91-108.

⁴²⁴ OMRI BENSHAHAR/CARL E. SCHNEIDER, *more than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*, Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2014.

além da humanidade e da compaixão, exista uma fundamentação ética do agir profissional, a qual se não adquire senão pelo estudo e pela prática”⁴²⁵.

Para PAUL RICOEUR, pode distinguir-se entre a ética e a moral da seguinte forma: a ética procura definir “aquilo que se estima bom”, enquanto a moral trata de “aquilo que se impõe como obrigatório”. Existe uma primazia de ética sobre a moral⁴²⁶. Ora a deontologia não é mais do que a moral profissional⁴²⁷.

A reflexão ética vai-se desdobrando pelas várias especialidades médicas, mas, para o que aqui importa, releva sobretudo que a deontologia médica⁴²⁸. Para além dos instrumentos normativos fruto da ciência médica, o conteúdo da relação contratual entre o médico e o seu doente é marcado pelas regras deontológicas. Com efeito, a autonomia do médico não é apenas técnica e científica, mas também, aliás milenarmente, deontológica.

4.4 Natureza jurídica da responsabilidade civil do médico

Na maior parte das vezes a relação que se estabelece entre médico e paciente corresponderá a um acordo celebrado entre as partes, podendo o incumprimento ou cumprimento defeituoso do mesmo originar responsabilidade contratual. Este contrato, mediante do qual o doente pede ao profissional a realização de um acto médico, poderá ser simplesmente consensual, não se exigindo qualquer forma especial. A realização de qualquer acto médico, mediante pagamento de um preço, será subsumível, em princípio, à definição que consta do art. 1154º do CC – contrato de prestação

⁴²⁵ Cfr. OSSWALD, Sobre a morte e o morrer, Lisboa: FFMS, 2013. p.29.

⁴²⁶ Cfr. PAUL RICOEUR. *Ética y moral, tradução espanhola, in Doce textos fundamentais de la Ética del siglo XX* (ed. Carlos Gómez), 2ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 2014. pp.289-307. Este Autor coloca o problema de saber se o médico que participa na execução da pena capital está a actuar como médico, mencionando a necessidade de, nesse tipo de casos, o clínico conceder o mínimo de excepções compatíveis com o respeito por si mesmo, pelo outro e pelas regras (ob. e loc. cit., 304). Para JORGE MIRANDA, “ética pressupõe valor; é critério de valor que conforma o comportamento do homem, dirigindo-se à sua liberdade. Aplicável a qualquer sector da vida humana, nenhuma atividade, por mais diferenciada e especializada que seja, deixa de lhe estar sujeita. Daí a ética médica”. Cfr. JORGE MIRANDA, *Ética médica e Constituição*, RJ, nºs 16 e 17, julho 1991/junho 1992, nova série. pp. 259-264.

⁴²⁷ “No sentido mais comum, a deontologia refere-se aos deveres específicos e às normas de comportamento no exercício de determinada atividade profissional”. Cfr. MICHEL RENAUD, na sua declaração de voto no Parecer nº 32/CNECV/2000 (Parecer sobre sigilo médico). O Autor diz igualmente a “fundamentação ética” dos deveres e normas de deontologia profissional.

⁴²⁸ Sobre as ligações entre o direito e a moral, sem prejuízo da diversidade de funções de cada uma dessas duas ordens normativas, v., para além da manualística de introdução ao estudo do direito, AUGUSTO LOPES CARDOSO, Biodireito, in. *Novos desafios à bioética* (coord. Luís Archer/Jorge Biscaia/Walter Osswald/Michel Renaud), Porto: Porto Editora, 2001. pp. 323-327.

de serviços. Por outra via, é preciso ter em conta que cada vez mais a prestação de serviços médicos assume caracteres mais complexos, uma vez que a prática quotidiana usualmente diversos intervenientes. A responsabilidade civil médica terá natureza contratual quando assente na existência de um contrato de prestação de serviços⁴²⁹.

PEREIRA ⁴³⁰observa, no seu estudo, o incremento constante das situações de responsabilidade civil do médico, sobretudo o número dos processos judiciais. Segundo explica, esse fenómeno tem como motivo a evolução científica e técnica da medicina, bem como a especialização dos profissionais da saúde. São factores que incrementam as expectativas dos doentes. Para o referido autor, cada ramo da medicina que aparece corresponde a uma nova modalidade de responsabilidade.

A relevante questão é estabelecer a natureza jurídica da prestação de serviços médicos. No direito brasileiro, essa relação é considerada como sendo de consumo, o que é discutível, ante as particularidades que envolvem a prática médica. Não se pode esquecer que a relação entre médico e paciente vem assumindo novos contornos, pautados, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana. A pessoa humana passou a ocupar o cerne das relações, devendo ser respeitada a sua autonomia privada, dentro dos limites legais, especialmente no que diz respeito à sua integridade física.

A responsabilidade do médico, segundo DINIZ⁴³¹, é contratual. Dessa forma, raramente terá carácter delitual, hipótese que requer violação das regras penais ou reguladoras da profissão. A citada autora argumenta seu ponto de vista, alegando que o médico não assume o dever de curar o paciente que está sob seus cuidados. Sua obrigação legal é, tão somente, dar-lhe um tratamento

⁴²⁹ A propósito dos contratos de prestação de serviços médicos celebrados entre clínicas privadas e pacientes, C. FERREIRA DE ALMEIDA distingue três tipos de contratos: o “contrato total”, em que a clínica assume directa e globalmente as obrigações correspondentes ao contrato de internamento e ao contrato de prestação de serviços médicos; o “contrato dividido”, em que a clínica só assume as obrigações correspondentes ao contrato de internamento; e o “contrato cujo objecto exclusivo é a prestação de serviços médicos”, em que a clínica assume, e só assume, as obrigações correspondentes ao contrato de prestação de serviços médicos (sem internamento). Nestas situações, o serviço médico é realizado na clínica em regime ambulatorio e consiste em consultas, cuidados de saúde simples e/ou exames complementares de diagnóstico. Enquanto o “contrato dividido” exige uma relação contratual directa entre médico e paciente, o “contrato total” e o “contrato cujo objecto exclusivo é a prestação de serviços médicos” não a exigem: o médico, não sendo parte no contrato, não se obriga directamente perante o paciente. Vide C. FERREIRA DE ALMEIDA, “**Os contratos civis de prestação de serviço médico**”, *Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1996, pp. 90 ss. Quanto à qualificação da responsabilidade do médico auxiliar da clínica como responsabilidade contratual ou extracontratual, vide N. PINTO OLIVEIRA, “**Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa**”, *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 135 ss.

⁴³⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Vol. 22. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 42/43

⁴³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 333- 334.

adequado, de forma que a capacidade profissional é presumida, decorrendo a responsabilidade do médico da comprovação da culpa.

Na visão do GONÇALVES⁴³², embora tenham acontecido inúmeros debates acerca da natureza jurídica da prestação de serviços médicos, hodiernamente é vista como sendo contratual. Apesar disso, não se está diante de hipótese de culpa presumida, cabendo ao prejudicado provar a culpa do médico, traduzida em negligência, imprudência ou imperícia. Embora a actividade médica esteja incluída entre os contratos de prestação de serviços, não se confunde com nenhum contrato dessa natureza, já que não se busca uma obrigação de resultado. Depreende-se, então, que a obrigação principal do médico é o atendimento adequado e a observação dos princípios éticos. O dever geral de cautela, aliado ao saber próprio do médico, implicam o dever geral de bom atendimento.

Apesar de ser indicada como contrato de prestação de serviços, a actividade desenvolvida pelos profissionais da medicina não se assemelha aos contratos de mesma natureza. É que, nas avenças para fins de prestação de serviços, o resultado específico é algo esperado como sendo o próprio adimplemento do contrato. Quando se trata da prestação de serviços médicos, não há como cobrar um resultado específico, consistindo a execução dessa actividade no emprego dos meios adequados à cura ou ao tratamento do doente. O médico não tem como garantir a cura do paciente, devendo apenas buscar o tratamento mais adequado, fazendo uso dos meios disponíveis e necessários à cura.

Em contraposição, GODOY⁴³³ não entende a actividade médica como sendo distinta de outros contratos de prestação de serviços. Em defesa desse entendimento, afirma que os próprios médicos utilizam a expressão “prestar serviços”. A expressão consta no inciso VII do capítulo I do Código de Ética Médica⁴³⁴, sendo também reconhecida pela legislação pátria. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, § 4º, define regras específicas para a responsabilidade civil dos profissionais liberais, aí incluídos os médicos. Reconhece o autor que a única especificidade do contrato de serviços médica merecedora de destaque é o facto de ser composto, quase em sua totalidade, por normas cogentes. Acrescenta que tanto o médico como o paciente se submetem a

⁴³²GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

⁴³³GODOY, Roberto. *A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar*. In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria (orgs.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde*. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012., pp. 835-83

⁴³⁴Capítulo I VII- O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

elas. A distinção é que o primeiro está obrigado a actuar, enquanto o segundo tem obrigação de submeter-se ao tratamento.

Para MARTINEZ⁴³⁵ trata da responsabilidade obrigacional e extraobrigacional, situando a relação entre o médico e o paciente ou entre este e o hospital como contrato de prestação de serviços atípico. A esse respeito, aponta o regime especial do mandato (art. 1156º e seguintes do Código Civil português). Se, durante a execução do serviço, forem causados danos ao paciente por médico contratado por hospital, responde o hospital, de forma obrigacional, por facto de terceiro. Portanto, configura-se como objectiva a responsabilidade do hospital, conforme dispõe o art. 800º, n.º 1 do citado diploma legal. É, portanto, irrelevante a natureza do vínculo que o paciente possua com o médico.

Entende o referido autor que o contrato entre médico e paciente é de prestação de serviços atípico, denominado comumente de contrato de prestação de serviços médicos. Porém, a responsabilidade do profissional não é objectiva, devendo o julgador, para fins da verificação da culpa, basear-se na análise do serviço prestado. Nesse aspecto, convém atentar para a situação em que a relação entre o médico e o paciente assume a feição de gestão de negócios, prevista no art. 464º e seguintes do Código Civil português. Tal situação ocorre, sobretudo, quando o paciente está inconsciente, sendo seu consentimento considerado de forma presumida. Nesse caso, responde o médico pelos danos resultantes de sua conduta inadequada, caracterizadora de culpa, de acordo com o art. 466º, n.º 1.

Sublinhe-se, ainda, que o contrato de prestação de serviços médicos não tem forma prescrita em lei, passando a existir com o simples atendimento do paciente. Acerca do momento em que o contrato se aperfeiçoa entre médico e paciente, assinala GODOY⁴³⁶:

“Deve-se estabelecer como o momento do aperfeiçoamento a realização da primeira consulta, pois parece-nos que a simples marcação desta não obriga as partes. (...) uma vez realizada a primeira consulta, é tácito o acordo de vontades, quando não expresso. Situação em tudo semelhante é a visita domiciliar, em que o pedido por telefone corresponde à marcação e a visita, à consulta. A partir do momento da primeira consulta, poderá haver desistência, de uma ou de

⁴³⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Vol. II. In FREITAS, José Lebre de (coord.). Lisboa: Almedina, 2011, pp. 462-468.

⁴³⁶ GODOY, Roberto. Op. cit., pp. 836.

outra parte, mas as obrigações já estão estabelecidas e o distrato deverá ser feito de acordo com as normas do contrato”.

Por seu turno, PEREIRA⁴³⁷ analisa a falta de previsão específica do contrato de serviços médicos. Salienta que o Código Civil holandês tipificou e regulamentou esse tipo de contrato. Porém, essa regulamentação vem sendo objecto de críticas, calcadas no fato de que nem sempre é possível estabelecer uma relação negocial. Nesse sentido, indica-se o caso em que o paciente é incapacitado, em razão de problemas psiquiátricos, como também a situação dos pacientes em coma, inexistindo correspondência entre as partes.

O mesmo acontece nas hipóteses em que o paciente é menor, hipótese em que a responsabilidade é dos pais ou do tutor legal. Em todos esses casos, há um desequilíbrio contratual, uma vez que, para o paciente, resta basicamente a obrigação de pagar os honorários do profissional, além de prestar algumas informações necessárias. Ainda segundo o autor citado, embora não formalizado, médico e paciente celebram um contrato de direito civil, caracterizado como *intuitu personae*. Fica, então, estabelecida a relação de consumo, devendo ser observadas as regras de proteção ao consumidor.

CAVALIERI FILHO⁴³⁸ discorre sobre a divergência doutrinária quanto à natureza jurídica da relação havida entre médico e paciente. Alguns doutrinadores a entendem como sendo prestação de serviços e outros como contrato *sui generis*. Aponta a irrelevância dessa divergência, alegando que, sendo um contrato, o importante é saber se é de meio ou de resultado. Chama a atenção para o facto de que nenhum médico pode comprometer-se a salvar o paciente ou curá-lo, assumindo apenas a obrigação de aplicar os métodos e recursos mais adequados ao tratamento.

DINIZ⁴³⁹ esclarece que o Código Civil brasileiro insere a responsabilidade médica no rol dos actos ilícitos. Com isso, entende a responsabilidade como sendo contratual, já que apenas excepcionalmente terá natureza delitual. Isso ocorre nas hipóteses de ilícito penal ou de violação de normas da profissão.

Para TEIXEIRA DE SOUSA sustenta que a responsabilidade civil médica será contratual quando existe um contrato, correspondendo a violação dos deveres médicos gerais

⁴³⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 30-37

⁴³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 403-404.

⁴³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 333-334.

simultaneamente a um incumprimento dos deveres contratuais. Diferentemente, a responsabilidade será extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico ou a clínica e o paciente, não podendo, deste modo, falar-se de qualquer incumprimento contratual, mas apenas da violação de direitos ou interesses alheios, como o direito à vida e à saúde⁴⁴⁰.

Existem casos em que teremos de socorrer aos quadros da responsabilidade extracontratual, porque não existe assentimento nem concurso de vontades prestado por uma das partes, nem directamente, nem através de um representante seu. Isto sucede na ausência de contrato (paciente inanimado ou incapaz sem representante legal), nas situações de nulidade do contrato (por exemplo, prática de aborto ilícito) e nas situações de responsabilidade do médico perante terceiros (por exemplo, a emissão de um atestado falso)⁴⁴¹.

Neste sentido alguns tratadistas subscrevem a concepção dualista (ou pluralista) de responsabilidade civil dos médicos, entendendo que esta responsabilidade não é unitária e que, a par de um quadro contratual, que configura a regra, deparemos com casos múltiplos, em que a natureza extracontratual da responsabilidade é absolutamente indiscutível. Os mesmos autores lembram que, embora a responsabilidade civil resultante de actos médicos possa ter natureza contratual, igualmente pode apresentar natureza extracontratual, designadamente quando não há contrato e houve violação de um direito subjectivo, podendo ainda a actuação do médico ser causa simultânea das duas modalidades de responsabilidade civil. Ainda referiram que, em regra, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual preenchem integralmente o campo da responsabilidade civil do médico no exercício da sua profissão, sendo irrelevante que o mesmo tenha a seu cargo uma obrigação de meios ou de resultado. Estes autores reconhecem que na actividade médica, como em tantos outros casos da vida, pode ou não haver um contrato prévio e que, por isso o acto médico pode ser exercido sob responsabilidade de natureza contratual ou extracontratual. FERREIRA DE ALMEIDA afirma que: “não merece (...) contestação séria, pelo menos nos países de civil law, que a responsabilidade por danos causados no exercício da medicina se funda numa dualidade de fontes: o delito e o contrato”⁴⁴².

Quanto às relações que se estabelecem no âmbito dos hospitais públicos, a doutrina entende que estamos perante uma relação de serviço público, não se podendo falar de um

⁴⁴⁰SOUSA, M. Teixeira de. “*O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*”, Direito da Saúde e Bioética, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996, p. 127.

⁴⁴¹DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Estudo de Direito Civil, cit., pp. 39 ss.

⁴⁴²Op. cit., pp. 81 ss.

verdadeiro contrato entre as partes⁴⁴³. Não existe uma relação contratual entre médico e paciente uma vez que o médico faz parte do Serviço Nacional de Saúde, cumprindo uma função do Estado Social. A prestação de cuidados de saúde à população assume a natureza de atribuição do Estado. O Serviço Nacional de Saúde corresponde a um serviço público de assistência, de amparo da colectividade a cada um dos seus membros quando este não possa, pelos seus próprios meios, ocorrer a dificuldades temporárias ou permanentes⁴⁴⁴.

O médico, quando exerce a sua profissão num hospital público, é um funcionário público e exerce uma actividade de gestão pública⁴⁴⁵. Estamos perante actos materiais que correspondem ao exercício da chamada “função técnica do Estado”, isto é, ao conjunto de actividades que, correspondendo ao exercício da função administrativa enquanto dirigidas à prossecução do interesse público, tem por núcleo a realização de actividades materiais⁴⁴⁶. A relação em causa é uma relação especial de Direito administrativo, uma relação de serviço público que investe o doente (o utente) numa posição estatutária, com os inerentes direitos e deveres específicos⁴⁴⁷. O utente não está sujeito ao pagamento de uma contraprestação, mas sim de uma taxa. Deste modo, estamos perante um acto de gestão pública.

Refira-se, por outra via, que a prestação de serviços médicos no âmbito de hospitais públicos também pode gerar a aplicação de um regime de responsabilidade semi-objectiva.

Outra corrente, embora minoritária, pugna a tese da responsabilidade contratual dos hospitais públicos. Há quem fale na existência de um contrato de adesão, enquanto outros consideram que estamos perante relações contratuais de facto, na sua vertente de relações de massas, resultantes de um comportamento social típico⁴⁴⁸.

⁴⁴³ G. FALCÃO DE OLIVEIRA: op. cit., pp. 61 ss

⁴⁴⁴ CAETANO, Marcelo *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 219.

⁴⁴⁵ Vide R. VALE E REIS. *Responsabilidade civil dos médicos nos estabelecimentos públicos de saúde – origens históricas*, *Responsabilidade civil dos médicos*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 292 ss.

⁴⁴⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de, MATOS A. Salgado de. *Direito Administrativo Geral*, Tomo III. *Actividade administrativa*, Dom Quixote, Lisboa, 2007, p. 379; M. CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1999, p. 10.

⁴⁴⁷ CORREIA, J. Sérvulo. *As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde.*, *Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996, pp. 21 ss.

⁴⁴⁸ DIAS, J. Figueiredo, MONTEIRO J. Sinde, “*Responsabilidade médica em Portugal*”, Revista de Legislação e Jurisprudência, Separata, n.º 332, janeiro de 1984, p. 33; DIAS J. Álvaro, “*Procriação assistida e Responsabilidade Médica*”, Studia Iuridica, n.º 21, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 238 ss.

Embora o regime contratual seja relevante para regular tipicamente a relação que se estabelece entre médico e paciente, não podemos prescindir do regime extracontratual, desde logo atendendo ao peso decisivo que o Serviço Nacional de Saúde tem na prestação de cuidados médicos em Moçambique.

Os elementos constitutivos da responsabilidade civil são os mesmos, quer esta derive da prática de um facto ilícito ou da violação de um contrato: o facto (controlável pela vontade do homem), a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano. A responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual, tem sempre subjacente a ilicitude de um acto praticado, consistindo esta na infracção de um dever jurídico.

Na prática do acto médico, tenha ele natureza contratual ou extracontratual, existe um denominador comum incontornável – a exigência de uma actuação que respeite os deveres gerais de cuidado. De um modo frugal podemos afirmar que para o juízo a fazer acerca da violação das *leges artis* há que confrontar a conduta e os procedimentos seguidos pelo médico com a conduta e os procedimentos que ele devia ter tido. Este deve ser o critério valorativo da correcção do acto clínico.

O serviço médico, pela sua natureza de meio de prevenção da doença ou da recuperação da saúde das pessoas deve pautar-se pela diligência, atenção e cautela, na envolvimento das boas práticas da profissão e dos conhecimentos científicos existentes.

A inobservância de quaisquer deveres objectivos de cuidado é susceptível de implicar a ilicitude dos actos médicos envolventes e a censura ético-jurídica dos seus agentes, ou seja, a ilicitude e a culpa conexas com o dano decorrente para os pacientes. A utilização da técnica incorrecta dentro dos padrões científicos actuais traduz a chamada imperícia do médico, susceptível de fundar a sua obrigação de indemnização do dano causado ao paciente. Quer tenha natureza contratual quer extracontratual, a responsabilidade civil assenta na culpa, a qual é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso, conforme preceitua o n.º 2 do art. 487º, aplicável à responsabilidade contratual ex vi n.º 2 do art. 799º, ambos do CC.

No que se refere à responsabilidade civil do médico, diferentemente, deve atender-se a um sujeito suficientemente dotado de saberes, experiência e capacidade – aquilo que os autores anglos-

saxónicos apelidam de *reasonable doctor*. O médico deve estar para os outros profissionais como o bom pai de família para a sociedade indiferenciada⁴⁴⁹.

Desta forma, o médico deve agir de acordo com o cuidado, a perícia e os saberes compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo, exigindo-se-lhe que aja com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo “ofício”, agindo em circunstâncias semelhantes⁴⁵⁰.

Por outro lado, os regimes da responsabilidade contratual e extracontratual apresentam diversos pontos de divergência. Desde logo, cumpre notar as diferenças relativas ao ónus da prova. Enquanto na responsabilidade civil contratual incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua (n.º 1 do art. 799º do CC), na responsabilidade civil extracontratual é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa (n.º 1 do art. 487º do CC). Alguns Autores sustentam que em alguns casos pode coexistir a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. O mesmo facto poderá, deste modo, constituir uma violação do contrato e um facto ilícito⁴⁵¹.

PINTO MONTEIRO, embora reconhecendo que a questão é “delicada e controversa não tendo sido objecto entre nós de regulamentação específica”, entende que “a solução mais razoável, dentro do espírito que enforma a ordem jurídica, é a que Vaz Serra propunha, devendo permitir-se ao lesado, em princípio, a faculdade de optar por uma ou outra espécie de responsabilidade, de cumular, na mesma acção, regras de uma e outra, à sua escolha”⁴⁵².

Julgamos que não se pode rejeitar a natureza contratual presente na relação estabelecida entre médico e paciente. No entanto, trata-se de um conjunto de acções com nuances diferenciadas do contrato de prestação de serviços comum. Por essa razão, não há como tratá-lo do igual modo, considerando-se que, em geral, não se pode exigir um resultado concreto, como sucede na prestação de serviços tipificada na legislação moçambicana.

⁴⁴⁹ ALMEIDA J. Moitinho de. *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*. Scientia Jvridica, Tomo XXI, n.º 116-117, p. 332

⁴⁵⁰ DIAS J. Álvaro. *O problema da avaliação dos danos corporais resultantes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Responsabilidade civil dos médicos*. Coimbra Editora, Coimbra, 2005. pp. 393 ss

⁴⁵¹ DIAS, J. Figueiredo, MONTEIRO J. Sinde, op. cit., pp. 322 ss

⁴⁵² MONTEIRO, A. Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 430 s. Contra, COSTA M. Almeida, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 546 ss.

Ademais, a obrigação do médico tradicional a semelhança do médico convencional não é de resultados, mas sim, de meios. Outrossim, entendemos igualmente que esta relação tenha uma natureza extracontratual em determinadas situações.

4.4.1 A Natureza Contratual

O contrato médico é um acordo feito entre o médico e o paciente ou um seu representante, pelo qual o médico aceita a pedido do paciente, ministrar-lhe os seus serviços, para os quais a sua profissão, legalmente, o habilita.

Sob o aspecto jurídico trata-se de um contrato de prestação de serviços, isto é: *“Aquele a que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”*, e isto como menciona o art. 1154º.

“O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se, por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”, como refere o nº 1, do art. 406º.

O contrato médico tem características próprias⁴⁵³:

a) é um contrato essencialmente pessoal, visto que o médico é escolhido em razão da confiança que inspira ao doente, sendo esta confiança a razão de ser do princípio da livre escolha;

b) é um contrato bilateral porque ambas as partes contraem obrigações recíprocas, pois o médico terá de prestar cuidados ao doente, enquanto que o doente poderá ter a obrigação de remunerar o médico;

c) é um contrato a título oneroso, que implica honorários, não sendo nulo nos casos de serem gratuitos os serviços médicos prestados;

d) é um contrato civil pelo facto de ser liberal a profissão médica, o que o exclui de qualquer carácter comercial;

e) é um contrato que não obriga a um resultado, isto é, o médico não se obriga a curar o doente, ou a obter um resultado preciso, cuja não obtenção o obrigaria a indemnizar o doente. O dever do médico fica cumprido, moral e legalmente, desde que preste ao doente cuidados conscienciosos e atentos, mas conforme os dados actualizados da ciência;

⁴⁵³ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. pp. 2-3

f) é um contrato contínuo, isto é, prolonga-se por mais ou menos tempo, se não houver motivos que o interrompam;

g) é um contrato sujeito a rescisão, isto é, pode ser anulado por qualquer das partes, porém mais facilmente pelo doente do que pelo médico;

O paciente pode revogar o contrato quando perder a confiança no médico. O médico pode revogar o contrato com menos facilidade, desde que nunca prejudique o paciente e que assegure a continuidade do acto médico.

Para que um contrato médico/paciente possa ser válido é preciso que o paciente tenha capacidade civil, o que em duas circunstâncias não sucede⁴⁵⁴:

- A incapacidade de direito, no caso de menores e de alienados;
- A incapacidade de facto, em casos de impedimento do doente (coma) ou impedimento pelas circunstâncias (urgência médica).

Para um contrato ser válido o médico tem de ter capacidade civil, o que não sucede em duas circunstâncias: - A incapacidade estatutária, quando o médico não estiver inscrito na Ordem dos Médicos;

- A falta de especialização, pois só um médico especialista pode exercer uma determinada especialidade.

4.4.2. A natureza extracontratual de determinados casos

Nas situações em que o contrato fica nulo por ilícito, como em situações de experimentação sem fim curativo, uma mutilação inútil ou a ausência de assentimento do paciente, assim como todos os danos que aparecem fora do quadro contratual, como, por exemplo, o incêndio na sala de operações resultante da explosão de um aparelho manipulado pelo médico⁴⁵⁵.

As situações em que a relação é estabelecida entre o médico e o paciente, imposta por uma regulamentação legal ou administrativa, como ocorre nas situações de médicos de trabalho e de centros de saúde, não levando à livre escolha do médico pelo paciente.

⁴⁵⁴ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. pp. 2-3

⁴⁵⁵ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.3

Mais difícil estudar é o caso do médico que presta cuidados a um paciente inanimado que ignora, ou que não apresenta um representante legal, falando-se, nestas situações, de relação jurídica médica paracontratual⁴⁵⁶.

Podem ser apresentadas duas hipóteses: a primeira consiste em ter o médico de entrar em contacto com o paciente quando é testemunha de um acidente em plena via pública; a segunda é quando um terceiro chama o médico para assistir um doente inconsciente e incapaz. A responsabilidade será extracontratual e só será de natureza contratual em caso de ratificação do médico pelo paciente⁴⁵⁷.

4.5. Condições da responsabilidade civil do médico

A responsabilidade médica exige a existência de um facto danoso, de um prejuízo e de nexo de causalidade.

4.5. 1 O Facto Danoso

O facto danoso pode ser constituído pela ausência e pela acção das “coisas”.

4.5.2 A ausência médica

Estabelecer a existência de um prejuízo é uma das condições necessárias para obter a reparação, mas não é condição bastante. É preciso provar a existência da falta cometida pelo médico, e para isso, tornam-se necessários cinco pressupostos: a imperícia, a imprudência, a desatenção, a negligência e a inobservância dos regulamentos. Em muitas situações, existe uma mistura destes pressupostos⁴⁵⁸.

De uma forma geral, o médico tem somente uma obrigação de cuidados e não de resultados, estando os cuidados em conformação com os dados adquiridos pela ciência.

a. Caracteres comuns da falta médica.

A falta será, pois, a ausência de um dos pressupostos já anotados ou o conjunto de alguns deles.

⁴⁵⁶ PINA, J. A. Esperança. **A Responsabilidade dos Médicos**. 2ª ed, Lidel, 1998. p.3

⁴⁵⁷ Idem

⁴⁵⁸ Ibidem

O médico pela sua competência que, muitas vezes, não possui. Contudo, não se pode exigir de um médico de clínica geral o conhecimento de todas as técnicas de ponta que um especialista conhece, o mesmo sucedendo a um especialista que tem de ter uma boa formação geral, sem o qual nenhuma especialidade pode ser exercida convenientemente, e não podendo um especialista ser conhecedor das técnicas de ponta de todas as especialidades.

Cada médico, qualquer que seja a sua competência, tem de conhecer os limites desta competência, devendo sempre obter o conselho de um colega mais experiente e competente.

Deverá haver para qualquer tipo de falta, responsabilidade médica, ou esta será apenas decorrente de uma ausência grave?

Somente uma falta grave deveria levar a uma responsabilização profissional, pois os tribunais não se devem intrometer em problemas científicos ou tradicionais, que lhes são estranhos, reprimindo apenas as faltas determinadas.

As faltas deverão ser punidas desde que causem prejuízo a terceiros, não podendo haver excepções, mesmo que se trate de médicos.

Quando a responsabilidade for contratual, o médico deve prestar cuidados conscienciosos e atentos e de acordo com os dados adquiridos pela ciência.

Torna-se difícil saber se uma falta é inevitável, tratando-se de um erro ou de um acidente, que outro médico mais diligente ou mais experiente não cometeria.

“O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor”. como refere o nº 1, do art. 800º, sendo o médico considerado como devedor.

Assim, se o doente contratou apenas o cirurgião, será este a responder aos actos cometidos por toda a equipa, incluindo o anestesista. *“A responsabilidade do comitente só existe se o facto danoso for praticado pelo comissário ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no exercício da função que lhe foi confiada”*, e isto como refere o nº 2, do art. 500º

Existe igualmente uma responsabilidade estrita do comitente (cirurgião), embora, normalmente, o anestesista não deva ser considerado um comissário do cirurgião.

Se um médico utiliza os serviços de uma clínica, parece justo fazê-lo responder pelos actos do pessoal da clínica integrada na prestação de cuidados médicos e, até mesmo, por eventos estranhos a esta actividade, quando o dano for atribuível à culpa da organização.

O médico ao recomendar uma determinada clínica aceita, implicitamente, a responsabilidade pela boa ou má organização desta.

Nos casos da responsabilidade dos hospitais públicos, só deverá ser intentada acção contra o próprio estabelecimento, não sendo necessário, em teoria, identificar a pessoa do responsável. Um certo número de deveres primordiais faz parte da profissão médica, como a prudência. A imprudência é o acto cometido por um cirurgião que opera uma anca direita, quando a anca doente é à esquerda, ou um estomatologista que extrai o canino esquerdo em vez do canino direito doente.

Outro tipo de dever será quando o médico se recusa a prestar cuidados ou não assegurar a continuidade em condições que serão prejudiciais ao doente.

Para qualquer tipo de acto médico, o médico deverá obter o consentimento do doente, mas para obter esse consentimento deverá fornecer ao doente um esclarecimento exacto.

b. esclarecimento do doente

O esclarecimento do doente põe problemas delicados, devendo o médico informar o doente sobre o seu estado e os riscos, que podem aparecer, quer espontaneamente, quer por acção do diagnóstico ou da terapêutica. As informações dadas pelo médico ao doente têm de depender das capacidades intelectuais e psicológicas do doente⁴⁵⁹.

De uma forma geral, o doente é estranho à técnica médica, não tem conhecimentos, não compreende os métodos de pensamento e até a linguagem do médico. A informação não pode ser dada com um rigor exacto, mas adaptada às capacidades próprias de cada doente. É a situação de um médico que ao explicar ao doente que tem uma sinusite frontal, não lhe diz que na realidade tem um mucocelo. O tribunal entendeu que a expressão sinusite era mais fácil do que a utilização do termo mucocelo. A compreensão da situação é impossível nos casos de doentes inconscientes, de crianças e de doentes mentais⁴⁶⁰.

Nestas situações, deverão ser informados os representantes legais do doente. Em casos de modificações do psiquismo, a capacidade de receber as informações pode criar dificuldades. Nalguns países, os médicos anunciam claramente a morte próxima ao doente, sendo a informação

⁴⁵⁹ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.4

⁴⁶⁰ Idem

muito natural, enquanto que noutros, tudo o que se refere à morte é evitado. A melhor atitude a tomar é deixar a decisão ao médico e à sua consciência, pelo que nenhuma regra precisa deve ser aplicada⁴⁶¹.

No caso de se decidir dizer toda a verdade, deve-se fazê-lo com a máxima prudência. Praticamente um grande número de exames e todo o tipo de terapêutica podem estar ligados a um risco e até a um acidente, e certos tipos de intervenções cirúrgicas podem levar a uma mutilação. O médico ficará em falta grave se não comunicar ao doente a possibilidade de uma mutilação ou de uma sequela resultante da sua actuação⁴⁶².

Evidentemente que não se pode comunicar ao doente um quadro completo de todos os riscos possíveis existentes em cada tratamento, transformando-se cada consulta num curso de medicina, além de levar ao desencorajamento do doente. Deve ser feita uma escolha em função dos dados estatísticos e dar ao doente informações razoáveis para que possa ter uma visão clara da situação clínica e optar por uma decisão consciente⁴⁶³.

O médico deve fornecer uma informação clara, exacta, mas limitada à evolução ou aos riscos previsíveis, em função da experiência pessoal e dos dados estatísticos. Há, contudo, uma excepção a esta regra e que se situa no campo da cirurgia estética. O cirurgião actua, não para o restabelecimento da saúde do doente, mas para lhe fazer uma correcção, devendo informar o doente de todos os riscos previsíveis, mesmo que eles se deem excepcionalmente.

Há, contudo, duas actividades em cirurgia estética. A cirurgia estética propriamente dita, que repara as anomalias da natureza, e a cirurgia reparadora, que trata as doenças congénitas ou adquiridas, sendo esta regida pelas normas habituais. Em todas as hipóteses, o dever de informação tem de ser mantido. É o caso de um cirurgião que resolve deixar no lugar, por razões técnicas, um fragmento de apêndice e omitir este facto ao doente, o que é grave pois o doente pode, posteriormente, apresentar uma crise dolorosa abdominal⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.4

⁴⁶⁰ Idem

⁴⁶² Ibidem

⁴⁶³ Ibidem

⁴⁶⁴ Ibidem

A informação deve ser prestada antes de todo o acto médico, permitindo que o doente possa conscientemente consentir a execução do respectivo acto.

c. consentimento do doente

O conhecimento do lesado é referido no art. 340º.: “1. *O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que tenha consentido na lesão.* 2. *O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.* 3. *Tem-se por consentida a lesão quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível*”.

O consentimento torna-se fundamental para o exame do doente e posterior tratamento, sendo um dos aspectos elementares da relação médico -doente.

O consentimento compreende três elementos fundamentais: a capacidade, a voluntariedade e a informação⁴⁶⁵:

A capacidade implica a competência para decidir, traduzindo a concordância do doente com o tratamento;

A voluntariedade expressa-se num consentimento natural, visto que algumas vezes o consentimento pode ser dado sob constrangimento ou coercivamente;

A informação constitui a base da estabilidade ao consentimento, sem o qual o médico não deve utilizar meios de diagnóstico e de terapêutica sofisticados, sem explicar os riscos e sem apresentar alternativas, incluindo o que poderá surgir se o doente não se tratar.

Normalmente, obtém-se um consentimento oral, mas, para segurança do médico, este deve ser dado na presença de uma testemunha, que não seja familiar, nem esteja relacionado com o doente.

O consentimento escrito deve adoptar-se para os exames complementares de diagnóstico complexos e para a administração de terapêutica cirúrgica. Este tipo de consentimento deve ser feito sob a forma de uma declaração ou sob a forma da assinatura de termo de responsabilidade. Em casos de recusa de tratamento ou de internamento hospitalar, a declaração escrita impõe-se

⁴⁶⁵ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.4

pois, nestas condições, o médico terá de aceitar a decisão do doente e o prognóstico poderá ser fatal a curto espaço de tempo⁴⁶⁶.

Em muitos casos de urgência, o médico não consegue obter o consentimento livre com esclarecimento do doente. Se o doente não está em condições de dar o seu consentimento, a competência é dos familiares mais próximos, ou de outros a quem a lei confere autoridade de protecção natural, como nos casos de asilos, prisões ou outras instituições congêneres.

Quando não for possível o médico obter o consentimento do doente ou dos seus familiares, este poderá ser recebido de terceiros, com base afectiva, pois, não raras vezes, um indivíduo que não é parente, mas que vive com o doente há largos anos, tem mais valor na relação pessoal com o doente do que os próprios familiares ausentes.

Noutros casos, o médico terá de decidir e não poderá ser incriminado pela escolha que fizer.

O doente que deu autorização para um determinado tipo de intervenção cirúrgica, mas a situação revela um novo facto, não previsto, e impõe outra conduta que hipoteticamente poderá deixar sequelas. Terá o cirurgião de interromper a sua intervenção e só a retomar quando tiver obtido o consentimento do doente? Parece mais lógico ser o cirurgião a decidir e continuar a intervenção se para ele for a melhor atitude, visto que interromper o acto cirúrgico, para o retomar depois, seria altamente prejudicial para o doente, pois este terá de fazer outra intervenção cirúrgica, com todos os inconvenientes. Deve, contudo, nestes casos prevenir-se a família, mas isto, por vezes, é impossível no decurso da intervenção cirúrgica⁴⁶⁷.

Não constituindo a intervenção médica uma ofensa corporal, ela conforma, contudo, uma intervenção e tratamentos médio-cirúrgicos arbitrários, se for levada a cabo sem consentimento do doente e preenche um crime contra a liberdade.

Daqui deriva, pois, a punição do médico que actua para salvar um doente em estado de inconsciência, ou daquele que, depois de iniciada uma intervenção cirúrgica, é confrontado com a conveniência do alargamento do campo operatório.

⁴⁶⁶ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.4

⁴⁶⁷ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.5

Quanto às disposições legais civis do consentimento e esclarecimento do doente, o nº 1, do art. 70º consagra, uma tutela geral de personalidade e o nº 1, do art. 81º, refere: “*Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios de ordem pública*”.

Por outra via, o nº 2, do art. 81º, refere: “*A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com a obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.*”

O art. 340º refere as questões do consentimento do lesado.

“1. *O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.*

2. *O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.*

3. *Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível*”.

Não existem pressupostos de forma para o consentimento, embora não repugne que a lei o fizesse quanto a intervenções, a que esteja ligado um risco sério para a vida ou para a saúde.

d. *A técnica médica utilizada no exame do doente*

O exame médico tem como finalidade o diagnóstico e é este que vai definir a terapêutica e, em ambos, é hoje fundamental o apoio da tecnologia.

O diagnóstico é o resultado de um julgamento e, como tal, pode ser errado se o julgamento for falso. Apesar de poder ser evidente, os erros são frequentes, mesmo aqueles que são feitos por clínicos competentes e lúcidos.

Um diagnóstico, fora dos casos habituais e de rotina, estabelece-se, progressivamente, através de correcções sucessivas⁴⁶⁸.

O problema não é saber se um médico experiente teria também cometido o mesmo erro, mas é saber quais foram os meios utilizados pelo médico. Não se trata de ter confundido uma

⁴⁶⁸ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.5

fractura do colo do úmero com uma luxação da espádua, mas sim de ter realizado apenas uma radiografia de frente, pois que com outras incidências, o erro de diagnóstico teria sido evitado.

O tratamento poderá também pôr o mesmo tipo de problema.

O médico comete uma falta se não utilizar a terapêutica indispensável, como a injeção de um soro antitetânico, no caso de uma ferida feita em terreno propício. Poderá pensar-se, no caso da responsabilidade de um médico competente, que não fez o soro antitetânico, por causa da hipótese do doente poder ter, em alta probabilidade, o risco de um choque anafilático⁴⁶⁹.

Outro problema é o das paralisias durante o acto operatório, por compressão nervosa sobre a mesa de operações, devendo o cirurgião rodear-se de todas as precauções para evitar os acidentes. Deve, pois, observar a posição correcta do doente e observar o estado do material de fixação utilizado para o manter nessa posição. Em muitos casos, quando as intervenções são muito demoradas, e não se pode mudar a posição do doente, as compressões acabam por acontecer⁴⁷⁰.

O esquecimento de compressas no campo operatório pode depender de algumas circunstâncias especiais. Em casos de campos muito hemorrágicos, as compressas utilizadas em grande número e muitas vezes de maneira precipitada, podem confundir-se com os tecidos muito embebidos de sangue e desaparecer nas cavidades naturais. Nestes casos, o esquecimento de uma compressa não deverá ser considerado uma falta grave, apesar de se ter podido utilizar compressas seguras com fios que se mantêm fora do campo operatório⁴⁷¹.

Pode também tratar-se de uma falta virtual quando se dá a queda de um doente da mesa de operações, porque a mesa basculou por deficiência da própria mesa. Este tipo de falta parece-nos ser muito criticável e deverá desaparecer.

O médico deve, pois, fazer o diagnóstico, escolher a terapêutica e também estar sempre actualizado com os novos dados adquiridos pela ciência. O recurso à experiência representa a integração na prática clínica diária dos novos dados tecnológicos e científicos, de modo a que as

⁴⁶⁹ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.5

⁴⁷⁰ Idem

⁴⁷¹ Ibidem

antigas práticas sejam modificadas ou suprimidas por outras, em conformidade com as recentes aquisições científicas e técnicas⁴⁷².

O novo medicamento e a nova técnica instrumental não poderão ser considerados isoladamente, mas têm de ser integrados num conjunto de medidas úteis à cura do doente.

Assim nascerão os esquemas de diagnóstico e de terapêutica que vão modificar métodos utilizados numa determinada época e que passaram a ser desaconselhados.

Não deverá haver uma solução de continuidade de uma antiga regra de conduta para uma nova, devendo haver sempre uma coexistência momentânea.

Os recursos a antigos esquemas podem parecer faltas certas, mas, em grande número de casos, ainda representa a atitude mais legítima. O conjunto destas teorias e destas modalidades é ministrado pelo ensino actualizado, as publicações e reuniões científicas. Mas quantas opiniões divergem, vindas de diferentes autores eminentes e apoiados em dados estatísticos irrefutáveis⁴⁷³.

Certas práticas de opinião são, por vezes, solidamente fundamentadas, em trabalhos, experiências realizadas em meios técnicos onde foram postas à prova e executadas. O médico deve fazer provas de grande prudência, mas o juiz também deve redobrar a prudência na sua apreciação.

Censurar toda a opinião, quando surge um acidente, condicionará a evolução necessária, para cumprir os objectivos da medicina e reverterá em prejuízo dos doentes⁴⁷⁴.

Tal foi o caso das primeiras transplantações de órgãos mal conseguidas que desencadearam uma série de reacções negativas. O problema tem de situar-se entre uma prática médica conservadora e uma prática evolutiva. Manter o conservadorismo pode ser uma falta, o mesmo sucedendo com a aplicação ao homem de uma nova técnica.

Na prática, a conduta do médico, como a de todo o verdadeiro profissional, é delicada de apreciar e as suas faltas são de difícil demonstração, na medida em que o médico está obrigado a utilizar, sistematicamente, novos instrumentos na sua actividade profissional⁴⁷⁵.

⁴⁷² PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.5

⁴⁷³ Idem

⁴⁷⁴ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.6

⁴⁷⁵ Idem

4.5.3 A acção das “coisas”

O médico utiliza, fundamentalmente, instrumentos e são estes os causadores directos dos danos sofridos pelo doente e isto acontece, especialmente, no caso dos cirurgiões ou no caso dos radiologistas que possuem aparelhagem que pode originar doenças graves.

Quando um doente se fere contra um móvel colocado no corredor do consultório do médico ou um cirurgião fere o seu ajudante com a lâmina do bisturi, de quem é a responsabilidade? Ambos os factos são marginais porque não se dão entre o doente e o médico.

Após uma injeção intra-raquidiana, um doente sofre um colapso, entra em coma e morre semanas depois, porque o produto injectado estava alterado. Será o médico responsável, visto que tinha em sua posse essa ampola? Parece que a jurisprudência receia responsabilizar quando o dano é provocado pela acção directa de coisas inanimadas e não pela acção humana.

O médico tem de ter um dever de prudência e de diligência quando utiliza uma “coisa”, seja ela instrumento ou produto, pelo que deverá utilizar os maiores cuidados na escolha, manutenção e conservação das “coisas”⁴⁷⁶.

A responsabilidade derivada do emprego de máquinas ou outros instrumentos, no caso de danos causados no exercício de uma profissão, é referido no nº 2, do art. 493º .: *“Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se demonstrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”*.

Ora, como no decurso de tratamentos médicos e intervenções cirúrgicas se utiliza com frequência coisas e instrumentos perigosos, tem plena aplicação deste artigo.

Também no domínio contratual se aceita a ideia de uma obrigação de segurança, no que respeita ao bom estado e correcto funcionamento das coisas e instrumentos.

4.5.4 O Prejuízo

A existência de prejuízo é uma condição indispensável para que a responsabilidade civil do médico, ou de qualquer pessoa, seja comprometida.

⁴⁷⁶ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.6

A vítima tem direito ao reembolso das despesas médicas e farmacêuticas, a uma indemnização resultante da incapacidade temporária ou definitiva para o trabalho e também a uma indemnização do prejuízo moral que sofreu⁴⁷⁷.

É interessante saber se haverá direito a indemnização quando houve um acto médico, sem consentimento do doente, nos casos em que a intervenção se revelar benéfica.

Em cada caso particular é necessário saber se o prejuízo é certo, sendo este ponto particularmente delicado nos casos dos danos corporais. O estado anterior ou a predisposição do doente devem ser levados em consideração para poder avaliar-se o prejuízo realmente sofrido, o único que é avaliado para a indemnização. Trata-se, pois, de determinar o prejuízo real, objectivo, e de analisar em que medida a invalidez preexistente ou uma eventual predisposição pode concorrer para o dano final⁴⁷⁸.

Num certo número de casos, como a perda de olho único ou a lesão de braço esquerdo num esquerdino, é preciso ponderar a lesão já existente.

Trata-se de danos que suprimem ou diminuem uma função já atingida, pelo que a predisposição, ou o estado anterior diminuíram a capacidade funcional, e, logo, a capacidade de trabalho ou de aprovação da vítima. Deverão ser tomados em consideração para assim determinar o prejuízo e a indemnização.

Pode ainda perguntar-se, em certos casos, se o prejuízo não representa uma melhoria em relação ao estado anterior. Suponhamos um doente com uma coxartrose com invalidez, a que foi proposta a realização de uma prótese total da anca, intervenção delicada, mas que pode dar resultados funcionais excelentes. O doente aceita, mas uma infecção pós-operatória obriga à realização de uma artrodese, ficando a anca bloqueada, mas indolor. Considera-se isto um prejuízo? A recuperação da mobilidade normal da anca não foi conseguida, mas o prejuízo final não passou a ser superior à invalidez permanente⁴⁷⁹.

Um doente com uma depressão, nervosa foi submetido a uma sessão de electrochoque, não tendo sido prevenido, nem tão pouco a família, dos riscos inerentes a este tipo de terapêutica. A sessão originou fracturas das duas cabeças umerais, mas o estado do doente melhorou. Foi maior

⁴⁷⁷PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.6

⁴⁷⁸ Idem

⁴⁷⁹ Ibidem

o benefício ou o prejuízo? O prejuízo tem de ser determinado depois de se medir a relação entre o dano resultante e o estado anterior em que o doente se encontrava⁴⁸⁰.

4.5.5 Nexo de Causalidade

a) A concepção clássica

A existência de nexo de causalidade directo e certo, entre a falta e o prejuízo, não é mais do que uma condição indispensável para atribuir a responsabilidade ao médico. Um médico injectou uma ampola de uma droga x e uma ampola de uma droga y.

O doente fez um choque mortal e foi sustentado que a morte foi causada pelo emprego imprudente da droga x e os peritos não conseguiram demonstrar qual a droga causadora e a responsabilidade do médico foi afastada. Parece ter sempre havido consciência destas dificuldades e isto libertava o médico de toda e qualquer responsabilidade, cada vez que surgia uma dúvida sobre o nexo de causalidade⁴⁸¹.

b) A perda de possibilidades de sobrevivência

O facto de um médico fazer perder uma hipótese de sobrevivência ao seu doente, obriga-o a reparar o prejuízo resultante. Na doença, existem diferentes forças que se opõem e cuja resultante poderá ser o agravamento, a passagem à cronicidade, na pior hipótese a morte e na melhor a cura. Estas forças são aquelas de que o doente dispõe⁴⁸².

A intervenção médica pode privar o doente da cura, da força necessária para fazer o combate contra a doença, ou fornecer-lhe armas más ou insuficientes.

Quando o médico comete uma falta, o doente foi privado de uma hipótese de sobrevivência ou até de cura. Torna-se importante que o doente possa provar a relação causal entre a falta e o prejuízo, nada estabelecendo que a falta tenha provocado ou agravado o estado da doença. Os

⁴⁸⁰PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.6

⁴⁸¹PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.7

⁴⁸² Idem

tribunais não podem basear-se em hipóteses, mas explicar claramente a relação entre a falta e o dano⁴⁸³.

4.6 A acção da responsabilidade civil do médico

a) As condições gerais e o seguro da responsabilidade

A responsabilidade civil do médico é uma responsabilidade pessoal, pondo directamente em causa o médico e sendo isto suportado pelo seu património.

Em princípio, neste domínio, como em todos os domínios de actividade lícita, o seguro é possível e largamente praticado noutros países, parecendo ter conduzido ao declínio da responsabilidade individual, conduzindo em vários casos a uma distorção das regras da responsabilidade civil.

Segundo DIAS e MONTEIRO⁴⁸⁴, não existe seguro obrigatório de responsabilidade e o seguro facultativo é pouco usual.

Estão, normalmente, afastados do objecto do contrato do seguro, entre outros, os danos resultantes de operações cirúrgicas estéticas, voluntariamente pretendidas pelo lesado, os enxertos e os danos resultantes de experiências medicamentosas ou operatórias.

A responsabilidade dos médicos que exercem funções profissionais em serviços públicos é assegurada pelo Estado, que funciona como um segurador de responsabilidade dos médicos, que só respondem por faltas que impliquem uma negligência grave.

b) A obrigação da prova

Entre os três factos a provar, o dano, a causalidade e a falta, apenas os dois últimos podem pôr problemas.

A posição jurídica é mais nítida quando existe defeito de consentimento ou defeito de informação, visto que o consentimento pertence ao doente. Deverá haver confiança necessária para

⁴⁸³ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.7

⁴⁸⁴ DIAS, Figueiredo, e MONTEIRO, J. Sinde, J.: «*Responsabilidade médica em Portugal*», Revista de Legislação e Jurisprudência, Separata, n.º 332, janeiro de 1984.

presidir às relações existentes entre o médico e o doente, parecendo muito mal que o médico exija ao doente um consentimento escrito para todo e qualquer tipo de actuação médica⁴⁸⁵.

Nas poucas situações onde o médico tem uma obrigação de resultado, se este não for conseguido, tem de tentar demonstrar a existência de uma causa estranha e diminui a sua responsabilidade em casos de coisas inanimadas.

Nos casos, que são a grande maioria, onde existe uma obrigação de meios, será o doente a ter de demonstrar que a falta foi cometida.

A obrigação de prova tem de ser feita através do doente, cabendo ao médico destruir os argumentos e a causa do dano, quando se deve a uma causa estranha, sendo esta opinião reforçada quando a falta médica conduz a uma alteração da sobrevivência⁴⁸⁶.

Para demonstrar os factos que conduziram à falta, o juiz, que é um leigo em matéria médica, é confrontado com grandes dificuldades inerentes ao domínio técnico, onde ele tem de conduzir a investigação, o mesmo sucedendo com a prova da falta, pelo que se tem de recorrer ao perito⁴⁸⁷.

c) O recurso ao perito

As provas podem ser estabelecidas por todos os meios para convencer o juiz e habilitá-lo a uma tomada de decisão.

Os problemas técnicos justificam inteiramente a utilização dos peritos. O perito é um técnico chamado com a finalidade de poder auxiliar a justiça.

O juiz e o perito formam um binário com diferentes pontos de vista e de linguagem, pelo que surgem dificuldades, umas, de ordem geral e, outras, especificamente médicas⁴⁸⁸.

De um modo geral, a delimitação é difícil entre as operações técnicas e a apreciação jurídica, havendo ainda que distinguir o aspecto técnico do aspecto deontológico, frequentemente confundidos.

⁴⁸⁵ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.7

⁴⁸⁶ Idem

⁴⁸⁷ Ibidem

⁴⁸⁸ Ibidem

A peritagem só deve actuar como um complemento necessário à experiência do juiz, num domínio que este ignora, e também o perito não pode alargar, espontaneamente, a sua missão dando uma apreciação jurídica que não é da sua competência⁴⁸⁹.

O juiz tem de se esforçar para, sem ambiguidades, circunscrever a missão do perito ao domínio técnico, quer seja científico, quer seja deontológico, e se restrinja à apreciação e à qualificação dos elementos que lhe serão fornecidos pelo perito.

Alguns aspectos terão de ser considerados na escolha de um perito. É de recear um perito respeitado cientificamente por todos, mas com uma carreira apenas dedicada ao ensino e à investigação científica, não tendo na prática as bases experimentais, de modo a apreciar na justa medida uma situação vivida diariamente por um clínico exercendo medicina numa pequena povoação⁴⁹⁰. Há um imenso mundo entre os dados abstractos e a realidade vivida.

O valor da peritagem médica tem também outra dificuldade, conduzindo a uma desconfiança dos profanos em relação a uma solidariedade profissional, susceptível de criar uma indulgência entre os membros da classe médica.

Para resolver estas dificuldades, o juiz tem de utilizar e de reafirmar a sua liberdade de apreciação, podendo até rejeitar as conclusões dos peritos, mas parece este ser um ponto de vista pouco correcto, pois foi o juiz que pediu a peritagem devido à sua falta de preparação⁴⁹¹.

No campo do facto técnico, onde o juiz em regra geral não é conhecedor, a competência do perito impõe-se. Mas, no terreno do direito, a competência do juiz retoma toda a sua plenitude e a peritagem é apenas um elemento específico de um conjunto sobre o qual o juiz vai basear a sua decisão. Apesar destas diversas dificuldades de apreciação, o médico fica convencido da necessidade de reparar o dano causado pela sua falta, pelo que admite os princípios da responsabilidade civil⁴⁹².

^{489 481}PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.7

⁴⁹⁰Idem

⁴⁹¹ Ibidem

⁴⁹²Ibidem

d) O acesso aos registos médicos

Segundo Segundo DIAS e MONTEIRO, o problema do acesso aos registos médicos tem especial interesse na fase pré-processual, quando o doente se julga prejudicado, e pretende averiguar, através daquela documentação, se existiu ou não uma violação das “leges artis”.

A boa fé exige que o médico ou a instituição médica que contratou com o doente, mesmo após ter terminado o contrato, ponham à disposição a documentação necessária para permitir averiguar se foram prestados ao doente.

O médico só estará obrigado a permitir o acesso aos registos na medida em que a boa fé o imponha, nomeadamente desde que elementos objectivos permitam, razoavelmente, admitir a presença de um interesse sério do doente. Parece ser legítimo ao médico negar o acesso à documentação, a não ser que esse pedido lhe seja feito pelo advogado do doente.

O art. 573º refere: “*A obrigação de informação existe sempre que o titular de um direito tenha dúvida fundada acerca da sua existência ou do seu conteúdo e outrem esteja em condições de prestar as informações necessárias*”. e o nº 1, do art. 574º refere: “*...A apresentação da coisa, desde que o exame seja necessário para apurar a existência ou o conteúdo do direito e o demandado não tenha motivo para fundadamente se opor à diligência*”.

4.7 Obrigação de meios ou de resultado?

O acto médico é geralmente definido como um acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas. A prestação de serviços médicos pode envolver para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado. Para diferenciar as duas figuras é relevante ponderar a natureza e escopo do acto médico. Deve atentar-se, caso a caso, ao objecto da prestação solicitada pelo paciente, para saber se estamos perante uma obrigação de meios – que exige apenas uma actuação prudente e diligente segundo as regras da arte – ou perante uma obrigação de resultado – em que o médico se compromete a garantir a produção de certo resultado em benefício do paciente⁴⁹³.

É comum considerar-se que a prática de um acto médico envolve da parte do médico apenas a assunção de uma obrigação de meios. Neste sentido, referia VARELA: “quando o médico se

⁴⁹³SIMÕES, Fernando Dias. *A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade*. Direito Vol.22, nº 1:1-31 (Xaneiro-Xuño, 2013). pp. 18-19

obriga a tratar do enfermo ou o advogado a patrocinar certa causa, nem o médico se compromete a curar o cliente, nem o advogado a ganhar a questão: um e outro se obrigam apenas a empregar a diligência requerida para obter a cura do doente ou defender os legítimos interesses do mandante”⁴⁹⁴. A obrigação a que o médico se vincula consiste, deste modo, em proporcionar ao paciente os melhores e mais adequados cuidados ao seu alcance, de acordo com a sua aptidão profissional, em conformidade com as *leges artis* e os conhecimentos científicos actualizados e comprovados ao tempo da prestação.

No sentido da qualificação dos deveres contratuais dos médicos como obrigações de meios, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de outubro de 1998 entendeu que um mau resultado não prova, sem mais, um mau tratamento. O médico pode não obter o resultado pretendido. Isso não lhe é censurável, se actuou segundo a normalidade da prática clínica ou cirúrgica⁴⁹⁵.

Neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de julho de 2001 refere que o médico não se obriga a curar o doente, apenas se comprometendo a proporcionar-lhe cuidados conforme as *leges artis* e os conhecimentos científicos⁴⁹⁶.

Deste modo, trata-se de uma mera obrigação de meios, e não de uma obrigação de resultado; incumbindo ao doente o *burden of proof* da invocada inexecução desse contrato por parte do profissional médico⁴⁹⁷.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2011 lembrou que “se é inquestionável que a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, a corrente na prática é o acto médico envolver da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, a assunção de obrigação de meios. Em regra, o médico a só istose obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais, somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados

⁴⁹⁴ ANTUNES VARELA, João de Matos: *Das Obrigações em geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000.p. 86

⁴⁹⁵Neste sentido, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de julho de 2006, processo 06A1503, disponível online in www.dgsi.pt.

⁴⁹⁶ Colectânea de Jurisprudência, 1998, tomo III, pp. 130 ss.

⁴⁹⁷ Colectânea de Jurisprudência – Supremo Tribunal de Justiça, 2001, tomo II, pp. 166 ss. Também no sentido da qualificação da obrigação do médico como obrigação de meios, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 2013 (já mencionado)

ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar”.., assim, “importa ponderar a natureza e objectivo do acto médico para, casuisticamente, saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado”.

FERREIRA DE ALMEIDA opõe-se à qualificação dos deveres contratuais dos médicos como obrigações de meios, apresentando dois argumentos. Em primeiro lugar, a qualificação do dever de prestação do médico como “obrigação de meios” conflituaria com a qualificação do contrato entre médico e paciente como contrato de prestação de serviços. O art. 1154º define o contrato de prestação de serviços como aquele “em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho, intelectual ou manual, com ou sem retribuição”. O Autor coloca as duas qualificações em alternativa: ou se qualifica o contrato como contrato de prestação de serviços, ou se qualifica o dever contratual do médico como uma obrigação de meios. Quem afirmasse que o contrato entre médico e paciente é um contrato de prestação de serviços deveria afirmar que o médico se obriga “a proporcionar ao paciente certo resultado do seu trabalho, intelectual ou manual” e deveria negar que o dever contratual do médico é uma obrigação de meios; quem afirmasse que o dever contratual do médico é uma obrigação de meios deveria por imperativos de coerência negar que o médico se obrigasse “a proporcionar ao paciente certo resultado do seu trabalho, intelectual ou manual”. Ou seja: deveria negar que o contrato entre médico e paciente fosse um contrato de prestação de serviços⁴⁹⁸.

Em segundo lugar, essa (suposta) qualificação do dever de prestação do médico como “obrigação de meios” não alteraria o critério de distribuição do ónus da prova da culpa do art. 799º . Ainda que se aceitasse a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, não se evitaria o seguinte dilema: “ou se considera que o tratamento defeituoso é desconforme com os ‘meios’ que deveriam ter sido usados, competindo ao médico provar que não poderia ter empregue os adequados; ou se faz recair o encargo da prova da culpa sobre o lesado, violando ostensivamente a referida presunção legal de culpa”⁴⁹⁹ .

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de março de 2008 sublinhou de forma bastante acertada, que a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar

⁴⁹⁸Op. cit., p. 111

⁴⁹⁹ Op. cit., p. 118. Uma crítica a estes argumentos pode ser encontrada em N. PINTO OLIVEIRA, op. cit., pp. 206 ss.

para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, importando ponderar a natureza e objectivo do acto médico para não o catalogar aprioristicamente⁵⁰⁰.

Com efeito, existem situações em que se pode dizer que o médico está vinculado à obtenção de um resultado concreto⁵⁰¹. Serão os casos da cirurgia estética em que o médico se obriga a um resultado (cirurgia estética de embelezamento), da transfusão sanguínea em que o médico assume a não existência de qualquer risco para o paciente, da odontologia, da vasectomia, etc. Pelo contrário, a cirurgia estética reconstrutiva é geralmente considerada com exemplo de uma simples obrigação de meios.

O citado acórdão do Supremo Tribunal distingue dois tipos de intervenções cirúrgicas. Em primeiro lugar, aquelas em que o estado da ciência não permite, sequer, a cura, mas apenas atenuar o sofrimento do doente. Nesta hipótese, impende sobre o médico apenas uma obrigação de meios. Diferentemente, se o acto médico não comporta, no estado actual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, deve entender-se, até por razões de justiça distributiva, que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado. No entender deste aresto, as análises clínicas são um dos casos de obrigação de resultado, atendendo ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, uma vez que a margem de incerteza é praticamente nula. Assim, se se vier a confirmar a posteriori que o médico analista forneceu ao seu cliente um resultado cientificamente errado, então teremos de concluir que actuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erro na análise.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2009 também se pronunciou sobre esta matéria⁵⁰². Do seu sumário retiram-se duas conclusões importantes. Primeiro, que “em cirurgia estética se a obrigação contratual do médico pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se “em absoluto” com a melhoria estética desejada, prometida e acordada, é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é uma obrigação em que “só o resultado vale a pena”. Em segundo lugar, que, em cirurgia estética, a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor.

⁵⁰⁰ Processo n.º 08A183, disponível online in www.dgsi.pt.

⁵⁰¹ Vide C. GONÇALVES, op. cit., p. 363, nota 9.

⁵⁰² Processo 544/09.9YFLSB, disponível in www.dgsi.pt.

No mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de setembro de 2011 admitiu, ainda que em termos genéricos, que, traduzindo a obrigação do médico, em regra, uma obrigação de meios e não de resultado, tal não impede que dos contornos concretos do contrato de prestação de serviços celebrado entre um doente e um médico ou clínica médica, nomeadamente, no campo das especialidades clínicas, possa resultar que o médico se obrigou em termos de garantir um resultado concreto.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de novembro de 2012 lembrou que a qualificação da obrigação contratual, como obrigação de meios, é bastante vinculada na generalidade dos contratos que envolvem a prestações de serviços médicos e, de forma ainda mais acentuada, prestação de serviços médico-cirúrgicos. De acordo com este aresto, “é nos cuidados de saúde que relevam de vínculos contratuais que se encontram os exemplos mais paradigmáticos de obrigação de meios, por oposição a obrigações de resultado”. No entanto, o mesmo acórdão sublinha que vem sendo questionada a aplicabilidade da qualificação como obrigação de meios quando se trate de intervenções cirúrgicas ditadas unicamente por razões de ordem estética, designadamente operações de lifting ou de emagrecimento ou intervenções cirúrgicas de implantes mamários por motivos de ordem puramente estética. O aresto acabou por entender que, considerando a especificidade da cirurgia estética, apesar de se situar na vertente da cirurgia voluntária, sem efeitos curativos necessários, não nos deve desviar da rigorosa qualificação da obrigação assumida como obrigação de meios (prestação dos meios clínico-cirúrgicos) e não de resultado (assegurar o efeito concretamente pretendido).

Carla Gonçalves refere um “forte movimento no sentido de excluir qualquer tipo de procedimento cirúrgico do campo das obrigações de resultado, tendo em vista que todas as cirurgias envolvem certos riscos que nem sempre poderão ser controlados pelos especialistas”⁵⁰³.

4.8 O ónus da prova

Da classificação da obrigação do médico como obrigação de meios ou de resultado podem derivar diferentes posições relativamente ao ónus da prova. A questão que se apresenta é a seguinte: a quem cabe fazer a prova nas acções de responsabilidade civil médica?

⁵⁰³ GONÇALVES, Carla. *A Responsabilidade Civil Médica, um Problema para além da Culpa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 29.

Para DINAMARCO, “ônus da prova é o encargo atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo⁵⁰⁴”.

Ônus, apesar de usualmente confundido com obrigação, diverge em sua natureza. Na obrigação há um dever que se dirige ao interesse do credor, enquanto no ônus se subordina um interesse próprio. Como ensina Goldschmidt, o ônus “é um imperativo do próprio interesse⁵⁰⁵”. O incumprimento da obrigação irá alcançar patrimônio jurídico alheio e, portanto, é eivado de ilicitude, mas a inobservância do ônus probatório é uma prerrogativa e corre à conta e risco de seu titular, que poderá ter sua pretensão frustrada. Tal consequência não é automática, visto que o juiz deverá tomar em conta todos os demais elementos presentes nos autos. Nesse diapasão, preleciona o Código de Processo Civil português: “A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita.”

A possibilidade de produção de prova não pode ser tida como um direito. Convém muito mais ao interesse do adversário que a parte que afirma não produzir prova do alegado. De outro lado, também não é possível conferir-se esse direito ao réu, pois, que sentido poderia haver um direito cuja verificação dos atos só poderá representar sua derrota? Mas tampouco o tribunal tem o direito a que as partes afirmem e provem. Um dever das partes frente ao tribunal só se sustenta quando, em caso de interesse público, sem a atividade necessária das partes, se torne difícil conferir uma solução à controvérsia firmada. Por isso, a ordem de comparecer pessoalmente ao tribunal se torna um dever de actuar⁵⁰⁶.

ZANETI, considerando a existência de um ônus probatório objectivo e outro subjectivo, defende que, pelo ônus da prova subjectivo, define-se o que deve ser provado por cada uma das partes, no decorrer do processo. O ônus da prova objectivo dirige-se ao juiz, que deverá ponderar o que deveria ficar provado no processo, independentemente de quem tenha apresentado a prova. Desta forma, “o ônus da prova objectivo é aquele que prescinde de toda a actividade probatória desenvolvida pelas partes para estabelecer a verdade dos factos controvertidos, interessando ao magistrado o que se encontra provado, e não quem o provou⁵⁰⁷”.

⁵⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 71

⁵⁰⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*, tradução de Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936. P.8

⁵⁰⁶ ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução espanhola KR, p. 51

⁵⁰⁷ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. pp.51 e 176-176

O demandado tem interesse em provar a inveracidade dos factos afirmados pelo autor. Mas, como observa CHIOVENDA, se não for feita prova idônea do afirmado na petição inicial, o réu não tem interesse em produzir prova, visto que esta só deverá ser realizada, caso o autor tenha trazido aos autos ao menos indícios de que o que está a dizer é verdadeiro. Caso o autor assim não tenha procedido, o réu poderá limitar-se a negar pura e simplesmente, sem obrigação de realizar qualquer prova. Apenas quando o autor tenha provido as provas do afirmado é que o réu terá interesse em realizar provas. Nesse sentido, poderá fazê-lo de duas formas: a) por meio da contraprova, direta ou indireta, dos fatos provados pelo autor; b) por meio da prova de factos que não negam o afirmado pelo autor, mas excluem seu direito⁵⁰⁸.

O desatendimento do ônus da prova não configura acto ilícito, ante a liberdade de escolha franqueada ao destinatário da norma, não estando, em consequência, sujeito a sanções. Não obstante, ao deixar de realizar o acto contemplado pela regra, o sujeito submete-se às consequências previstas para a sua inobservância, que podem ou não ser contrárias aos seus interesses. Ao não se incumbir do ônus probatório, a parte se posta em situação de risco de ter de suportar os efeitos desfavoráveis, decorrentes da inércia ou da insuficiência com que laborou⁵⁰⁹.

HAY e SPIER, em uma análise econômica do sistema, indicam a relevância das normas tradicionais de distribuição do ônus da prova, a fim de minorar os custos processuais. A estratégia dominante do réu, face o ônus da prova ser atribuído a princípio ao autor, é da inércia, visto que, se o conjunto probatório milita contra si, trazê-lo aos autos implicará prejuízos às suas pretensões, enquanto que a inércia de ambas as partes actuará em seu favor. Se, ao contrário, as evidências são favoráveis a seus interesses, sua vitória está garantida, sejam ou não apresentadas as provas, razão pela qual se poderá valer das regras ordinárias de distribuição do ônus da prova, para evitar gastos desnecessários para a produção probatória. Na perspectiva do autor, por sua vez, se o conjunto probatório milita em seu favor, deverá este trazê-lo aos autos, enquanto que, se as provas indicam não lhe assistir razão, o sistema tradicional do ônus da prova irá conferir-lhe naturalmente o desestímulo à provocação do judiciário, a fim de evitar custos inúteis⁵¹⁰.

Assevera CARNELUTTI que, porque a prova é uma operação, da qual em grande parte depende o custo e o rendimento do processo, se exige que não seja abandonada à livre actividade

⁵⁰⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di diritto processuale civile*. Napoli: Nicola Jovene & C., 1913. pp.777-778

⁵⁰⁹ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.p.26

⁵¹⁰ HAY, Bruce L; SPIER, Kathryn E. *Burdens of proof in civil litigation: an economic perspective*. In: *Journal of legal studies*, vol. 26, n° 2, 413, 1997.p.426

das partes que dela participam. O direito busca regulá-la com o fim de garantir, do melhor modo possível, os resultados que dela se esperam⁵¹¹.

A directriz legislativa que segue como regra para a repartição do ônus da prova, tanto no sistema português⁵¹², moçambicano, como no brasileiro⁵¹³, tendo possivelmente como inspiração o Direito italiano⁵¹⁴, é a de conferir ao autor o ônus de provar o facto constitutivo de seu direito e ao réu, a prova da existência de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No que concerne ao mérito, o demandado pode concentrar sua defesa sobre uma das três proposições do silogismo da sentença. Pode arguir que o preceito jurídico aduzido pelo demandante, em apoio de sua petição, não existe, ou que tem mais pressupostos que os afirmados pelo demandante, ou, ainda, que deve ser interpretado de outra forma. Pode também atacar a conclusão e demonstrar que o preceito jurídico e os factos aduzidos não admitem deduzir destes o direito reclamado pelo demandante. Ou, finalmente, podem negar a premissa menor, isto é, as circunstâncias de facto, seja opondo-se directamente contra sua veracidade, seja expondo de maneira distinta os factos aduzidos, sobretudo sustentando uma relação jurídica diferente⁵¹⁵.

⁵¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Decam, 1936. p. 720.

⁵¹² O Código Civil português: Art. 342. (Ônus da Prova) 1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita. No mesmo sentido: Art. 487. (Culpa). É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa. Importa ainda considerar a relação de subsidiariedade existente no artigo 516 do Código de Processo Civil português: “A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ônus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita.” Nesse sentido, ensina o seguinte julgado do Supremo Tribunal de Justiça português: “Sustenta o R. que houve o acórdão recorrido, confirmativo da decisão da 1ª instância, violou o preceituado no art.º 516 C.P. Civ., mas sem fundamento. Na verdade, em tal disposição legal enunciam-se duas regras: a) a dúvida sobre a realidade de um facto resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita; b) a dúvida sobre o ônus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita. A primeira regra é a consequência da consagração, no direito civil, das normas de distribuição do ônus da prova, posto, em princípio, a cargo da parte a quem o facto aproveita (art.º 342º a 345º C. Civ.); a dúvida sobre a ocorrência de um facto equivale à falta de prova desse facto, pelo que resulta em desvantagem para a parte que tinha o ônus de o provar. A segunda regra constitui também um enunciado de direito material, aliás também parcialmente constante do art.º 342º n.º 3 C. Civ.: é a análise das normas de direito substantivo que, além do mais, permite distinguir o facto constitutivo dos demais, estabelecendo aquele art.º 342º n.º 3 que em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito (v. Lebre de Freitas, Código do Processo Civil Anotado, vol. 2, pág. 402). As normas sobre a distribuição do ônus da prova constituem normas de decisão, pois, se destinam, em primeira linha, a possibilitar a decisão no caso de falta de prova; mas não deixam de influenciar o comportamento das partes, consequentemente levadas a ter a iniciativa da prova para evitar o risco duma decisão desfavorável. Ora no caso “sub judice” não se põe, contrariamente ao pretendido pelo recorrente, dúvida sobre a realidade de um facto ou sobre o ônus da prova. Provado ficou, sem dúvida, que entre ele e o Autor se celebrou um contrato de compra e venda de um veículo automóvel assumindo o R. a posição de vendedor e aquele a de comprador. Não falhou, portanto, como alega a prova nesse sentido, não sendo justificado o apelo que o recorrente faz ao que se preceitua no aludido art.º 516º C.P.C. (Acórdão de 29/11/2005. Proc. nº 05A3539. Trib. Rel. Coimbra. Rel. Fernandes Magalhães).

⁵¹³ Código de Processo Civil brasileiro: Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁵¹⁴ Código Civil Italiano: Art. 2697. Chi vuol far valere un diritto in giudizio (Cod. Proc. Civ. 163) deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

⁵¹⁵ ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução espanhola KR, p.99

A exemplo, observa-se que os artigos 945 do Código Civil brasileiro e 570º, 1, do Código Civil português preveem que a culpa do lesado deverá ser levada em conta no momento da averiguação da responsabilidade do réu. A indemnização, nessa situação, poderá ser reduzida ou eventualmente até afastada. Compete ao médico a prova de que o paciente não lhe comunicou sob eventual alergia a determinado medicamento e, portanto, concorreu para o evento danoso. Para tanto deverá também provar que o questionou sobre isso, visto ser parte do dever de informar. É também ao médico que cabe a prova de que o paciente não compareceu para trocar os curativos ou que não tomou a posologia adequada da medicação.

Atente-se igualmente para o acréscimo promovido pelo artigo 572 do Código Civil português, que, além de atribuir o ônus da prova da culpa do lesado ao réu, confere ao tribunal o poder de reconhecer de ofício a existência de tal culpa.

Na visão de ROSEMBERG, o juiz só poderá aplicar uma regra, quando provados todos os seus requisitos. Na impossibilidade de aplicação, infere-se pela aplicação da regra contrária. Com acerto, objecta MÚRIAS que a formulação ignora o facto de que não aplicar regra poderá implicar igualmente “não decidir”. A incerteza, pela própria injunção de se provar os requisitos da regra, igualmente impediria a aplicação de norma contrária. Segundo o autor citado, a incerteza significa a não comprovação de qualquer dos fatos contrários, o que demonstra a precariedade do fundamento da autonomia das regras impeditivas e da dedução da distribuição do ônus da prova, segundo a impossibilidade de se aplicar uma norma, sem a aprova da existência de seus requisitos⁵¹⁶.

Observe-se que as normas de distribuição do ônus da prova são instrumentais à garantia de eficácia do processo. Desse modo, quando da não existência de elementos suficientes para criar a convicção da existência dos factos, do nexu causal e em especial da culpa, o magistrado não poderá isentar-se do julgamento, mas condenará à sucumbência aquele que detinha o ônus probatório. As regras de distribuição do ônus da prova, portanto, interessam não só às partes, na medida em que lhes informa as consequências do não cumprimento, mas também ao juiz, destinatário das provas, que poderá valer-se de tal regramento, a fim de estabelecer a sucumbência, quando da inexistência de provas dos fatos alegados.

⁵¹⁶ MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.p.61

Por isso, ressalta ROSEMBERG, com razão, que o domínio do ônus da prova se inicia, quando termina o domínio da livre apreciação da prova. Se o juiz atravessou esse último, sem poder encontrar a solução, o ônus da prova lhe dá o que a livre apreciação lhe negou⁵¹⁷.

Segundo CHIOVENDA, são motivos da prova as razões que produzem, imediatamente ou não, a convicção do juiz. São meios de prova as fontes das quais o juiz retira os motivos da prova. Finalmente, são procedimentos probatórios o complexo de atividades necessárias para colocarem o juiz em comunicação com os meios de prova ou por reconhecerem o valor da prova⁵¹⁸.

4.8.1 Posição majoritária:

A generalidade da doutrina e da jurisprudência considera que a presunção de culpa do devedor (art. 799º, n.º 1) não tem espaço no campo da responsabilidade civil médica, uma vez que não recai sobre o médico, em regra, qualquer obrigação de resultado. Deste modo, o ônus da prova da culpa será determinado exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual⁵¹⁹. Na responsabilidade aquiliana, como se sabe, cabe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão (art. 487º, n.º 1).

Esta posição arranca da distinção entre obrigação de meios e de resultado, considerando que o médico está (apenas) adstrito a prestar ao paciente os melhores cuidados, em conformidade com as *leges artis* e os conhecimentos científicos actualizados e comprovados à data da intervenção, não assegurando a cura. Assim, por força desta especificidade, tal como na responsabilidade extracontratual, seria o credor que teria de provar em juízo a desconformidade entre a conduta do devedor e aquela que, em abstracto, proporcionaria o resultado pretendido.

TEIXEIRA DE SOUSA defende a interpretação restritiva (ou a redução teleológica) do critério de distribuição do ônus da prova do n.º 1 do art. 799º. Apesar de a presunção de culpa do devedor se compreender plenamente “na generalidade das obrigações”, ela não se justificaria na área da responsabilidade médica, dado que “a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico

⁵¹⁷ ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução espanhola KR, p.56

⁵¹⁸CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto processuale civile*. v. II, (1933), p. 428

⁵¹⁹ Assim, J. RIBEIRO DE FARIA, “*Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2004, pp. 115 ss; TEIXEIRA DE SOUSA, op. cit., p. 140. Vide também Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de julho de 2001, Colectânea de Jurisprudência – Supremo Tribunal de Justiça, 2001, tomo II, pp. 166-170.

aos deveres gerais que incumbem a esse profissional, pelo que (...) não deve atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato”. No entender do Autor “a posição do médico não deve ser sobrecarregada através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem poderia garantir”. Deste modo, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual. Verificando-se a existência de um concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana, a relação entre as regras do n.º 1 do art. 487º e do n.º 1 do art. 799º configurar-se-ia como uma relação de consumpção: o ónus da prova da culpa do médico determinar-se-ia exclusivamente pelo regime da responsabilidade delitual, pelo que este último absorveria a inversão característica da responsabilidade contratual⁵²⁰.

ÁLVARO DIAS coloca a questão nos seguintes termos: “dispondo os diversos sistemas jurídicos que ‘incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua’, facilmente se compreende a delicadeza da posição – sob o ponto de vista processual – em que o médico ficaria colocado, vendo-se sistematicamente obrigado a elidir a presunção de culpa que sobre ele, na qualidade de devedor, passaria a recair⁵²¹”.

A resolução do problema passaria pela distinção entre as relações obrigacionais em que o resultado tem “carácter aleatório”, em que o devedor se vincula tão-somente ao cuidado ou à diligência “que favoreçam a sua realização” (obrigações de meios); e aquelas relações obrigacionais em que o resultado tem carácter “rigorosamente determinado”, encontrando-se o devedor adstrito a alcançá-lo (obrigações de resultados). Enquanto nas obrigações de meios o paciente teria o ónus de alegar e provar que a actuação do devedor infringiu as regras de conduta “susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do resultado almejado”; nas obrigações de resultado o paciente não teria esse ónus: “a simples constatação de que certa finalidade não foi alcançada (prova do incumprimento) faria presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor (podendo este, todavia provar o contrário)”⁵²².

Uma vez que o dever contratual do médico se situa entre as obrigações de meios, o credor teria o encargo de demonstrar a existência de culpa do médico. No entender do Autor, fazer recair sobre o médico a prova de que a sua actuação não foi desconforme com certas regras de conduta

⁵²⁰ Op. cit., p. 137.

⁵²¹ *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 223

⁵²² Op. cit., p. 225.

abstractamente idóneas a favorecer a produção de um certo resultado equivaleria a uma “quase autêntica impossibilidade, pois que se teria então de provar uma afirmação negativa indefinida”⁵²³

A excepção a esta regra será constituída pelos casos em que sejam utilizados, no decurso do acto médico, coisas ou instrumentos perigosos, tais como a aplicação de “raios x”, ondas curtas ou ressonâncias magnéticas⁵²⁴. Neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de março de 2007 entendeu que uma transfusão de sangue é uma actividade perigosa por sua própria natureza e pela natureza dos meios utilizados⁵²⁵. De acordo com o n.º 2 do art. 493º, “quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”. Neste caso, incumbe ao médico que usou meios perigosos provar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias. O médico será responsável a não ser que afaste a presunção de culpa que sobre si impende. Não estamos perante um caso de responsabilidade objectiva, mas sim de responsabilidade quase-objectiva, apoiada na inversão do ónus da prova.

4.8.2 Posição minoritária: presunção de culpa do médico

Num sentido diferente, uma parte da doutrina e da jurisprudência entende que, estabelecendo-se entre médico e paciente um contrato, sobre o médico recai, por força do regime da responsabilidade contratual, a presunção de culpa do art. 799º⁵²⁶. O ónus da prova da diligência recairá, deste modo, sobre o médico, desde que o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso. O médico presume-se culpado, mas para que haja presunção de culpa cabe ao lesado a prova do facto

⁵²³Op. cit., pp. 224 e ss

⁵²⁴ ANTUNES VARELA, João de Matos: *Das Obrigações em geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000.p. 595; M. ALMEIDA COSTA: op. cit., p. 587

⁵²⁵Processo n.º 07A96, disponível in www.dgsi.pt.

⁵²⁶Neste sentido, A. VAZ SERRA, “Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes”, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 47, 1955, p. 99; A. HENRIQUES GASPAR, “Da Responsabilidade Civil do Médico”, Colectânea de Jurisprudência, ano III, 1978, tomo I, pp. 344 s; J. FIGUEIREDO DIAS e J. SINDE MONTEIRO, op. cit. p. 46; C. FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 117; M. CARNEIRO DA FRADA, “Contrato e deveres de protecção», Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Separata do vol. XXXVIII do Suplemento, 1994, p. 193. Neste sentido, vide os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2002 (processo n.º 02A4057), de 22 de maio de 2003 (processo n.º 03P912), de 18 de setembro de 2007 (processo n.º 07A2334) e de 27 de novembro de 2007 (processo n.º 07A3426), todos disponíveis in www.dgsi.pt.

ilícito (não cumprimento da prestação ou cumprimento defeituoso), como elemento constitutivo do seu direito à indemnização. Com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, uma vez que este disporá, em princípio, de excelentes meios de prova no seu arquivo (ficha clínica), para além do seu acervo de conhecimentos técnicos. A facilidade da prova neste domínio está do lado do médico⁵²⁷.

HENRIQUES GASPAR entende que o critério de distribuição do ónus da prova da culpa da responsabilidade contratual deve ser convenientemente entendido no campo da responsabilidade médica. A infracção dos deveres contratuais do médico configurar-se-á essencialmente como cumprimento defeituoso ou imperfeito; o ónus da prova da existência do defeito recairá sobre o credor e o ónus da prova da inexistência de culpa sobre o devedor. No entender do Autor, o n.º 1 do art. 799º apenas estabelece que se presume que o defeituoso cumprimento procede de culpa do devedor. No entanto, pressuposto desta presunção será o próprio defeito do cumprimento que terá, naturalmente, de ser provado por quem o invoca. Estando em causa obrigações de meios, o paciente deverá demonstrar que o médico não empregou todos os meios, não praticou todos os actos normalmente necessários para a prossecução daquela finalidade.

FIGUEIREDO DIAS, SINDE MONTEIRO e FERREIRA DE ALMEIDA concordam com este entendimento: o paciente lesado deverá demonstrar a tipicidade, alegando e provando a desconformidade objectiva entre a conduta adoptada e as leis da arte e da ciência médica; o médico lesante deverá demonstrar a inexistência de culpa alegando e provando que, naquelas circunstâncias, não podia ou não devia ter agido de outra forma⁵²⁸.

DIAS PEREIRA adopta a distinção entre obrigação de meios e de resultado, mas separa na obrigação de meios entre a violação das *leges artis* (ilicitude), cujo encargo probatório incumbirá ao paciente e, por outro lado, o juízo de censurabilidade (a culpa médica), que é presumida nos termos do n.º 1 do art. 799º⁵²⁹. Operando deste modo, caberá ao médico o ónus da prova da culpa, ou seja, a prova de que, naquelas circunstâncias, não podia nem devia ter agido de forma diferente. Esta posição reconhece as dificuldades que se apresentam ao lesado, as mais das vezes impossibilitados de fazer a prova cabal dos pressupostos da responsabilidade civil, defendendo

⁵²⁷ Neste sentido, vide os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2002 (processo n.º 02A4057) e do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de janeiro de 2007 (processo n.º 6307/2006-7), in www.dgsi.pt.

⁵²⁸ J. FIGUEIREDO DIAS e J. SINDE MONTEIRO, op. cit., p. 46; C. FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 117.

⁵²⁹ *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, cit., pp. 422 ss

que, muito embora caiba ao demandante o ónus da prova da ilicitude, a culpa deve ser presumida, cabendo ao médico.

Quando se invoque o cumprimento defeituoso é necessário provar a desconformidade objectiva entre o acto praticado e as *leges artis*, só depois funcionando a presunção de culpa, a ilidir mediante prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente. Consequentemente, quando se invoque tratamento defeituoso para efeito de obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade contratual é necessário provar a desconformidade entre os actos praticados e as *leges artis*, bem como o nexo de causalidade entre defeito e dano. Feita a prova da desconformidade, então sim, funciona a presunção de culpa, a impor ao médico, como condição de libertação da responsabilidade, que prove que a falta de conformidade não se deveu a culpa sua, por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados. O médico está dispensado de provar, diferentemente, que o evento danoso se produziu por causa estranha à sua actuação. Por outras palavras, presume-se a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso em si mesmo. É neste sentido que se tem pronunciado a jurisprudência mais recente⁵³⁰.

No entender de PINTO OLIVEIRA, o alcance da presunção de culpa deverá ser diferente na responsabilidade contratual pelo não cumprimento de obrigações de resultado e na responsabilidade contratual pelo não cumprimento de obrigações de meios. Na primeira, o n.º 1 do art. 799º do CC deverá ser combinado com um critério de tipicidade/ilicitude referido ao resultado, pelo que exonera o credor do ónus de alegar e de provar a omissão do cuidado (exterior ou interior); na segunda, ele combina-se com um critério de tipicidade/ilicitude referido à conduta, pelo que não exonera o credor do ónus de demonstrar a omissão da mais elevada medida de cuidado exterior⁵³¹.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de outubro de 2009 expendeu importantes considerações sobre este tema⁵³². No entender dos Conselheiros, deve aplicar-se à responsabilidade contratual médica a presunção de culpa contida no n.º 1 do art. 799º, dado não existirem nessa situação razões específicas que justifiquem o afastamento dessa regra. E isto é assim, quer se entenda estar-se perante uma obrigação de meios ou de resultado. No entanto, o

⁵³⁰ Vide, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de setembro de 2007 (processo n.º 07A2334), in www.dgsi.pt

⁵³¹ Op. cit., p. 245

⁵³² Processo n.º 08B1800, acessível in www.dgsi.pt.

aresto sublinha que a presunção se refere somente à culpa. A prova da existência do vínculo contratual e da verificação dos factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico competirá sempre ao autor. A este caberá fazer prova dos pressupostos da responsabilidade contratual, cabendo a prova da diligência ao médico, por força da presunção do art. 799º. Pronunciando-se sobre a natural dificuldade da prova por parte do paciente, o acórdão defende que o mais que pode acontecer é fazer-se uso da máxima *iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur* (para maiores dificuldades na prova, menos exigência na sua aceitação).

4.8.3 Proposta: repartição do ónus da prova

Levando esta última posição um pouco mais longe, uma corrente doutrinal propugna pelo recurso a mecanismos que, atentas as dificuldades no domínio da prova, salvaguardem a posição dos lesados, permitindo-se uma apreciação da prova produzida pelo paciente com ponderação dessas mesmas dificuldades. Assim, embora não seja possível, de iure constituto, inverter o ónus da prova com o argumento da especial dificuldade na sua realização, será possível compensar o formalismo da repartição legal do ónus da prova imposta pelo art. 342º através da liberdade de apreciação de prova realizada pela parte do Código de Processo Civil. A este propósito, CARNEIRO DA FRADA entende que, consoante os casos, serão de admitir facilitações de prova (prova *prima facie*) e inversões do ónus de prova em benefício do lesado, susceptíveis de abranger a causalidade fundamentante da responsabilidade, a ilicitude e a culpa, mas abarcando ainda, em função do grau de elevação do perigo produzido, o próprio nexo entre o facto responsabilizador e o dano sofrido pelo paciente⁵³³.

Esta posição, movida pela necessidade de suavizar a rigorosa exigência de uma prova completa dos factos a cargo do demandante que, em regra, é um paciente não dotado de conhecimentos médicos, defende que o julgador na apreciação da prova deve levar em consideração as naturais dificuldades da sua realização e, nessas circunstâncias, julgar suficiente uma prova que, noutra situação, não seria bastante para a prova do facto⁵³⁴. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO defendem que, ao invés de fazer recair a prova da

⁵³³FRADA, Carneiro. *Direito Civil -Responsabilidade Civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 116

⁵³⁴ Vide TEIXEIRA DE SOUSA, op. cit., p. 140 e M. ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 69 ss.

culpa sobre o lesado, o juiz pode ter em conta na apreciação da prova as chamadas presunções judiciais, que se inspiram nas máximas da experiência, nos juízos correntes de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos dados da intuição humana⁵³⁵. Esta posição pode ter consequências relevantes não só ao nível da culpa, mas também no que concerne ao preenchimento de um outro requisito da responsabilidade civil: o nexo de causalidade. A chamada “prova de primeira aparência” pode assumir importância determinante nesta matéria, uma vez que se o paciente sofre uma lesão na sua saúde após a sujeição a um acto médico, será de presumir que, em princípio, a intervenção foi adequada a produzir aquele dano segundo “a normalidade das coisas” e a “experiência comum”⁵³⁶.

4.8.4 Proposta: inversão do ónus da prova

A inversão do ónus da prova aparece como concepção que, sem abandonar as normas de definição do ónus da prova, procura dar tratamento diferenciado aos postulados tradicionais, quando reconhecida a necessidade de atribuir a carga probatória a quem se apresente em condições de superioridade na demanda, atendidos certos critérios legais. Em uma perspectiva objectiva, o ónus da prova irá pautar-se pelo benefício de uma versão em detrimento da outra. Já em uma ótica subjetiva, o ónus da prova favorece uma parte em prejuízo da outra⁵³⁷.

Alguns Autores vão mesmo mais longe, defendendo que as dificuldades na realização da prova deverão, de iure constituendo, justificar a inversão do ónus da prova a favor do paciente. Está em causa a alteração do paradigma tradicional, escorado nas regras sobre a distribuição do ónus probatório fixadas no art. 342º, radicando nas dificuldades que se apresentam ao lesado. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de outubro de 2009, a que já nos referimos, expôs as principais debilidades desta tese. Para além de carecer (por enquanto) de apoio legal, de não ter suporte na realidade moderna do exercício da medicina e no actual estado de elevação do estatuto do paciente, a alteração das regras gerais da responsabilidade civil, nomeadamente ao nível da repartição do ónus da prova, poderia provocar um forte abalo na confiança e certeza do Direito, com uma consequente e quase inevitável prática da medicina defensiva⁵³⁸.

⁵³⁵Op. cit., pp. 21 ss

⁵³⁶ ROSÁRIO NUNES, op. cit., pp. 58 ss

⁵³⁷ Cf. MÚRIAS. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova* (2000), p. 25.

⁵³⁸SIMÕES, Fernando Dias. *A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade*. Direito Vol.22, nº 1:1-31 (Xaneiro-Xuño, 2013). p. 29

A nossa sociedade – formada por homens que, por muito que a ciência e a técnica evoluam, serão sempre falíveis e nunca entes perfeitos ou divinos – é, por natureza, uma sociedade do erro. Num tempo em que os pacientes deixaram de imputar os danos sofridos à Divina Providência ou ao seu “triste fado”, clamando por Justiça, terão de ser repensados os esquemas oferecidos pela Ordem Jurídica para tutela do lesado, dando razão àqueles que renunciavam que o Direito do século XXI seria o “Direito da vítima”. Deste modo, a responsabilidade civil por acto médico continuará a ocupar um lugar de destaque, preocupando legisladores, juristas e médicos e interessando a todos⁵³⁹.

4.8.5 Inversão do ônus da prova no Direito Português

TEIXEIRA DE SOUSA reconhece a superioridade do especialista para a realização da prova de que seu ato foi efetuado conforme a boa técnica, mas alerta para o fato de que, ainda que tentadora a inversão do ônus da prova, tormentosa é sua aplicação. Onerar o médico com a prova do cumprimento de seus deveres implica a presunção de que tais deveres não foram observados, um agravamento desnecessário da posição do médico perante o doente, tomando-se o carácter aleatório dos resultados de uma intervenção médica. Se é indesejável a dificuldade probatória do paciente, também o é, em maior medida, partir do princípio de que qualquer dano ou resultado indesejado sofrido pelo paciente tenha como origem um ato culposos do médico⁵⁴⁰.

No sentido inverso, defende MANUEL NUNES que as dificuldades de realização da prova, em matéria de responsabilidade civil médica, devem ser contornadas por meio da inversão do ônus da prova, nos termos da Proposta de Diretiva elaborada pelo Conselho de Ministros da União Europeia sobre a base do artigo 100º - A do Tratado Constitutivo da CEE, apresentada pela Comissão em 9 de novembro de 1990, respeitante à responsabilidade do prestador de serviços. Tratou-se de uma iniciativa inédita, surgida na sequência da Resolução do Conselho de 9 de novembro de 1989 “sobre as futuras prioridades para o relançamento da política de defesa dos consumidores”⁵⁴¹.

⁵³⁹SIMÕES, Fernando Dias. *A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade*. Direito Vol.22, nº 1:1-31 (Xaneiro-Xuño, 2013). p. 29

⁵⁴⁰ Cf. SOUSA. *Sobre o ônus da prova nas acções de responsabilidade civil médica* (1996), p. 132.

⁵⁴¹ NUNES, Manuel. *O ônus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos* (2007), pp. 79-84.

A inversão do ônus da prova não é, entretanto, mecanismo estranho ao ordenamento jurídico português. Prevê o art. 344º, n.º 2, do Código Civil Português, a inversão do ônus da prova, sempre que a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova à parte onerada. Imagine-se o caso de um médico que, buscando evitar a responsabilidade por um acto culposos, destrói os relatórios e prontuários do paciente⁵⁴².

Nesse caso, será presumida como verdadeira a imputação de culpa alegada pelo paciente. Não se pode, entretanto, ignorar que permanecerá ao paciente o ônus da prova de que o médico foi o responsável pela destruição de tais documentos⁵⁴³.

Cumpra observar que a específica obrigação médica de documentar toda informação relativa ao paciente em seu prontuário e a de fornecer tais dados, quando requisitados, conferirá ao profissional um ônus a mais pelo não cumprimento de tal obrigação⁵⁴⁴. Nada mais justo que sancionar a falta de acesso ao que deveria ser acessível ao paciente, a fim de que tal prática não milite em prejuízo de outros direitos, quais sejam, os concernentes aos pleitos indenizatórios. Outrossim, o cerceamento de direitos, com o impedimento ao acesso às provas, ensejará a presunção de veracidade daquilo que é narrado, servindo como estímulo ao cumprimento dos deveres de documentação e informação e coibindo o ardil da destruição de provas que se encontram em posse do onerado.

Para ROSEMBERG, todavia, não há de se falar, em casos como esse, de inversão do ônus da prova, visto que o mais adequado seria que o tribunal considerasse provada a afirmação discutida, em virtude do princípio fundado na experiência de que, se o facto fosse falso, o réu não

⁵⁴² A Lei 8069/1990, no Brasil, estabelece o prazo de 18 anos para a guarda e conservação dos prontuários individuais. O Decreto 879/93 que regulamenta a Lei 8489/92, estabelece a necessidade da guarda dos prontuários médicos referentes a transplantes realizados, sem, contudo, definir prazo. O Conselho Federal de Medicina, pela resolução 1331/89, estabelece regras para a realização dos prontuários médicos e em seu artigo 1º prevê a guarda dos prontuários por 10 anos, podendo após esse período, ser substituído por métodos de registros capazes de assegurar a restauração plena das informações nele contidas. Em Portugal, a proteção de dados pessoais é regulada pela Lei 67/98 e pela Convenção 108 do Conselho da Europa. Nos Estados Unidos, o Colégio Americano de cirurgiões e a Associação médica Americana recomendam a conservação permanente dos prontuários, enquanto a Associação Americana dos Hospitais orientava, em 1949, o prazo de dez anos e, em 1960, alterou para 25 anos.

⁵⁴³ Diz NOVAH MORAES: “O prontuário médico significa: garantia, para o doente; segurança, do bom médico; ameaça, para o médico omissos, negligente, imprudente e incompetente; provas, para o paciente inconformado” (Erro medico e a justiça [2003], p. 271).

⁵⁴⁴ Em caso paradigmático, leading case da jurisprudência norte-americana, *Halft v. Lone Pal Hotel* (478 P.2d 465 [Cal. 1970]), pai e filho se afogaram na piscina do hotel. Foi requerida a inversão do ônus da prova, sob o argumento de que a prova de que o acidente se deu por falta de segurança oferecida pelo hotel (e não por culpa das vítimas) somente poderia se dar, se houvesse testemunhas do fato, mas estas só não existiram, justamente porque o hotel não providenciou um salva-vidas, parte do mecanismo de segurança, que, nesse caso, não só poderia ter evitado o dano como também, em caso de impossibilidade, ter servido como testemunha do fato. A Suprema Corte da Califórnia concedeu a inversão do ônus da prova, concluindo que a negligência do réu impossibilitou o autor de realizar a prova.

teria se oposto à produção da prova, mas pelo contrário, a fomentado⁵⁴⁵. Trata-se de presunção elidível (*iuris tantum*). Ao réu caberá realizar a contraprova, que poderá ser directa ou indirecta. A contraprova directa consiste na demonstração de que tais afirmações não se sustentam, enquanto a contraprova indirecta procura demonstrar outros indícios, que, ainda que não se oponham àquele que sustenta a presunção, contribuem com maior força para o surgimento de nova presunção, contrariamente à primeira⁵⁴⁶.

O art. 493º, n.º 2 do Código Civil português traz ainda outra hipótese de inversão do ônus da prova: “Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.” Presumida está a culpa, quando o resultado for lesivo, cabendo a quem desenvolve a atividade, a prova de que agiu com diligência. A previsão não deve ser confundida com o modelo da responsabilidade objetiva, pois, a despeito da regulamentação afeta ao risco da atividade considerado principal fundamento da objectivação da responsabilidade, resta clara a opção legislativa pela inversão do ônus da prova, visto que faz presumir a culpa, permitindo, desse modo, prova em contrário. Ao permitir ao profissional provar que agiu com diligência, não há exclusão da apreciação da existência de culpa, como ocorre na responsabilidade objetiva, mas mera presunção.

Deve-se, então, questionar se a actividade médica poderá ser enquadrada em tal previsão, ou, ao menos, se aquelas de maior risco teriam sua subsunção à norma do art. 493º, n.º 2 do Código Civil português. Do ponto de vista da oportunidade, cabe a reflexão sobre o impacto que haverá sobre as actividades médicas. Já foi dito linhas atrás que o crescente número de processos indemnizatórios contra médicos tem levado ao surgimento de uma prática preventiva da medicina, que mais se preocupa em evitar processos do que com a melhora da qualidade de vida dos pacientes. Se a imposição do ônus da prova, por tal dispositivo, não tem o condão de alcançar todos os atos médicos, terá, ao menos, o poder de desestímulo do exercício de especialidades ou tratamentos que imponham maior risco, o que nos leva à conclusão, outrora já externada, de que tal tratativa servirá como um desserviço ao aprimoramento da técnica e dos próprios serviços de saúde.

⁵⁴⁵ Cf. ROSEMBERG. *La carga de la prueba* (1956), p. 173.

⁵⁴⁶ Cf. ROSEMBERG. *La carga de la prueba* (1956), p. 175.

Observa-se, todavia, a respeito da obrigação de médico especialista, que o Supremo Tribunal de Justiça português já promoveu a inversão do ônus da prova, por reconhecer a existência de obrigação de resultado:

(...) VI. Já se se tratar de médico especialista, (v.g. um médico obstetra) sobre o qual recai um específico dever do emprego da técnica adequada, se torna compreensível a inversão do ônus da prova, por se tratar de uma obrigação de resultado - devendo o mesmo ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base uma presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta⁵⁴⁷.

A inversão do ônus da prova merece cautela e deve ser empregada, quando do reconhecimento de requisitos que aconselhem a alternativa e corroborem para o conhecimento da verdade, sob regras claras e pré-definidas, de forma a contribuir para os objectivos do processo o estímulo a actividades socialmente adequadas e desejadas.

4.8.6 Inversão do ônus da prova no Direito Brasileiro

No Brasil, a inversão do ônus da prova é uma realidade expressamente consagrada no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que confere, dentre os direitos básicos do Consumidor, “a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

O dispositivo legal exige a prova da hipossuficiência ou da verossimilhança das alegações. De acordo com o texto da Lei, não é necessário que se provem ambas as situações, mas apenas uma ou outra, pois, se diversa fosse a intenção do legislador, teria utilizado a conjunção “e”. Assim, é necessário que se prove o menor poder probatório ou que a narrativa dos factos “parece” ser verdadeira, que se assemelha à verdade.

Há quem sustente, todavia, que a alegação sempre deverá ser verossímil. A simples hipossuficiência do consumidor não pode ser capaz de possibilitar a drasticidade da medida, sem que haja um mínimo de racionalidade. ANTONIO GIDI exemplifica que, se contrário for o

⁵⁴⁷ Portugal. STJ. Acórdão de 07/10/2010, Proc. nº 1364/05.5TBCL.G1, 6ª Secção. Rel. Ferreira de Almeida.

entendimento, qualquer mendigo poderia acionar um shopping Center alegando, preliminarmente, diante da sua hipossuficiência, a inversão do ônus da prova, para que o réu prove que o seu carro não estava estacionado nas dependências do shopping e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de Natal⁵⁴⁸. A esse argumento, entretanto, rebate BARBOSA MOREIRA acentuando que a inversão do ônus da prova se dá para fato específico e não para todas as afirmações, excluindo fatos cuja prova esteja acessível ao consumidor⁵⁴⁹.

Desse modo, no exemplo conferido por GIDI, não se eximiria o autor, da prova da propriedade do veículo que afirma ter sido furtado.

O juiz terá os fatos por verossímeis, quando denotar coerência, coesão e sentido na estória narrada, que aponta, segundo a experiência, para aquilo que normalmente ocorre em tais circunstâncias⁵⁵⁰. Nesse processo, o juiz se valerá dos critérios extraídos de sua cultura de homem médio, circunscrito às influências de uma certa sociedade, em um dado momento histórico. O valor da prova não é conduzido por uma apreciação jurídica, mas pelos recursos metajurídicos. Ainda que em alguns casos o juiz se valha de sua experiência profissional a esse respeito, é essencialmente no senso comum que serão valoradas as afirmações realizadas⁵⁵¹.

O conceito de hipossuficiência está ligado à dificuldade probatória, à menor possibilidade para realização da prova que tem o consumidor perante o fornecedor, razão pela qual a legislação autoriza a inversão do ônus da prova como remédio para reequilibrar a relação de consumo.

Afinal, quem terá melhores condições de provar a falácia do argumento do consumidor é justamente aquele que detém os meios probatórios, advindos do conhecimento da técnica. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, a inversão do ônus da prova “está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio”⁵⁵².

⁵⁴⁸ GIDI, Antônio. *Defesa do Consumidor*. 1995., p. 69.

⁵⁴⁹ Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do Consumidor. 1996. p. 86.

⁵⁵⁰ Cf. GASTAL. *A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão das questões fáticas*. 2006., pp. 59- 62.

⁵⁵¹ Cf. TARUFFO. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. 2001.

⁵⁵² REsp 720.930/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 09/11/2009. Acrescenta: “Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e os meios técnicos aptos à produção da prova, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus.”

Nas questões afectas ao erro médico, a hipossuficiência se torna evidente, pois, ainda que ao consumidor seja disponibilizado termo de consentimento com as devidas informações dos riscos, não resta afastada a disparidade de conhecimentos técnicos⁵⁵³.

KFOURI NETO, rumando em sentido inverso da doutrina dominante, entende que a inversão do ônus probatório não pode ser aplicada em demandas indenizatórias contra médicos, sob pena de haver subversão do sistema da responsabilidade subjectiva, pois estaria a se excluir a necessidade de comprovação da culpa e a aplicar os primados da responsabilidade objectiva, em que o prestador do serviço somente se exime da responsabilidade, se provar culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito, ou que o defeito do serviço inexistente⁵⁵⁴.

Julgamos que ao autor não assiste razão. A inversão do ônus da prova não tem o condão de modificar o modelo de responsabilidade. Na verdade, concedida a inversão do ônus da prova, a existência ou não de culpa continua sendo objecto da dilação probatória e, ao contrário do que fundamenta, não há inserção do modelo da responsabilidade objectiva, em que as causas da exclusão da responsabilidade são taxativas, e dentre elas não se encontra a prova da inexistência de culpa, visto ser esta irrelevante. Há, em verdade, uma presunção de culpa que poderá ser ilidida por prova em contrário.

A inversão do ônus da prova foi concebida como instituto capaz de promover o conhecimento do fato, de forma que aquele que tem melhores condições de realizar a prova não venha a se aproveitar das regras de distribuição da carga probatória, para se quedar inerte no dever de cooperação processual. O instituto serve, portanto, não só para proporcionar a “igualdade de armas”, como também para promover o conhecimento, ainda que aproximado, da verdade.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro tem considerado possível até mesmo a inversão, quando representar a necessidade de prova de facto negativo, visto que a máxima de que as negativas são isentas de prova não é verdadeira, porquanto dizem respeito tão-somente às negativas indefinidas, ou seja, não abarcam aquelas relativas, suscetíveis de prova. Aliás, a letra do art. 14, § 3º, I, do CDC, já indica hipótese de prova negativa, quando dispõe que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado, quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente⁵⁵⁵.

⁵⁵³ Cf. RUTHES. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. 2010. pp. 186-187.

⁵⁵⁴ NETO, Kfourir. *Culpa médica e ônus da prova*. 2001, p. 151.

⁵⁵⁵ DJ 5/12/2005. REsp 1.050.554-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 25/8/2009.

Ressalte-se, todavia, que inversão do ônus da prova somente se dará, caso a prova se fizer possível ao fornecedor e este se apresentar com maior facilidade na produção de prova do que o consumidor. Consoante jurisprudência do STJ, "ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria"⁵⁵⁶.

Concedida a inversão, as provas requeridas pelo autor, em especial as periciais, serão custeadas pelo fornecedor-réu, mas isso não significa que seja obrigado a produzi-las e, assim, custeá-las. Resta apenas ciente de seu ônus e, caso opte por não patrocinar a prova requerida, arcará com o ônus de sua necessidade, a fim de constituir prova de seu argumento⁵⁵⁷.

4.8.7 Natureza jurídica da inversão do ônus da prova

Controversa, todavia, é a natureza jurídica da inversão do ônus da prova, se seria de “regra procedimental” estando, portanto, sujeita a determinado momento processual e delimitada por outras fases que lhe antecedem e lhe sucedem, ou se seria de “regra de julgamento”, como parte integrante dos mecanismos de convencimento de fundamentação do magistrado. Se entendida como “regra procedimental”, deverá o magistrado, antes da fase de produção de prova, promover a inversão, permitindo ao réu o conhecimento prévio do ônus que lhe recai. Assim, caso a inversão do ônus probandi seja concedida após o momento processual de requerimento das provas, deverá o magistrado possibilitar que as partes voltem a requerê-las, agora que conhecem o seu ônus, para que possam melhor conduzir-se no processo, sob pena de cerceamento de defesa⁵⁵⁸.

Na jurisprudência brasileira, o tema é controvertido. O Superior Tribunal de Justiça brasileiro vinha tomando posição pela natureza jurídica de “regra de julgamento”, permitindo que

⁵⁵⁶ REsp 720930/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 09/11/n2009) (REsp 844.969/MG; Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 11/11/2010.

⁵⁵⁷ Cf. REsp 803565/SP, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 23/11/2009.

⁵⁵⁸ AgRg no REsp 1095663/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009

seja decretada inclusive em segundo grau de jurisdição, sem que às partes seja conferido o direito de indicação de nova produção de provas⁵⁵⁹.

Em decisão mais recente, todavia, o mesmo tribunal reconheceu a existência de ambas as vertentes, como regra de julgamento para o magistrado, mas com necessária obediência procedimental diante da relação processual travada com a parte adversa. Ao final, entendeu por desconstituir sentença que determinou a inversão do ônus da prova na própria sentença, asseverando que o momento mais adequado para a promoção da inversão *ope judicis* é o do despacho saneador, que dará à parte ré a ciência de que terá de se empenhar em comprovar a inexistência dos fatos a ela imputados⁵⁶⁰.

Os argumentos para concebê-la como regra de julgamento se pautam na impossibilidade do julgamento antecipado sobre os elementos necessários à concessão da inversão, tais quais a existência de relação de consumo e a verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. A concessão na fase de saneamento representaria, nesse sentido, antecipação de julgamento, ferindo o devido processo legal. Como o juiz é o destinatário da prova, as regras de distribuição do ônus da prova seriam a ele dirigidas, constituindo-se em regras de juízo ou de julgamento. De outro lado, não haveria “surpresa” para a parte adversa, que, sabedora da possibilidade de inversão em sede de julgamento, deverá promover todas as provas que estiverem ao seu alcance⁵⁶¹.

Posicionando-se em sentido diverso, REBOUÇAS acentua que as regras de distribuição da carga probatória se destinam a todos os sujeitos da relação processual, juiz, autor e réu. Mas é às partes que interessa o conhecimento do encargo que lhes cabe, a fim de fazer prova dos fatos que afirmam (*allegatio et non probatio quae non allegatio*). Em razão disso, defende o autor que a decisão quanto à inversão do ônus deve anteceder a fase de produção de provas e seguir, após a apresentação da contestação, quando o juiz estará apto a formar seu juízo quanto à verossimilhança

⁵⁵⁹ AgRg no Ag 1028085/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 16/04/2010; AgRg nos EDcl no Ag 977.795/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 13/10/2008

⁵⁶⁰ “A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão ‘ope judicis’ ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão ‘ope judicis’ do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.” (REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)

⁵⁶¹ Cf. VIEIRA NETTO. *Processo de Conhecimento*. 2011. pp. 274-277.

das alegações. Excepcionalmente, todavia, admite a possibilidade de inversão da carga probatória no decorrer da instrução processual, quando se denotar que o réu tem criado obstáculos ao fornecimento de provas que se encontram em seu poder⁵⁶².

Segundo o desembargador SANTARELLI ZULLIANI, o artigo 6º, VIII, do CDC, foi introduzido para dar ao juiz “a chance real de redistribuir a carga probatória, determinando que o réu confirme o fato extintivo (regularidade do seu desempenho médico e razoabilidade do funesto resultado) sem que isso represente ofensa ao direito de defesa que obrigação de meios possibilita”⁵⁶³.

No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA aponta a afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa na orientação da regra de julgamento, visto que impediria o prestador de serviços de se desincumbir de ônus da prova que até então não lhe pertencia, ressaltando que as normas sobre repartição do ônus probatório se consubstanciam também, em “regras de comportamento dirigidas aos litigantes”. Conclui, então, o autor que é necessário lembrar que a finalidade da norma é facilitar a defesa dos direitos do consumidor, e não a de “assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar”⁵⁶⁴.

Abraçamos esta segunda posição. A compreensão prévia do ônus da prova, referido a cada parte, é fator de garantia do processo legal, de modo a dirigir os trabalhos que seguirão, e evitar a sucumbência em deveres desconhecidos, ferindo-se o direito ao contraditório e ampla defesa, constitucionalmente assegurados. As regras de distribuição do ônus da prova asseguram ao réu a certeza de que não responderá por fatos afirmados e não provados, permitindo também ao magistrado que se ampare em tais regramentos como instrumento a se evitar o coímodo *non liquet*. Quanto aos requisitos para a concessão da inversão do ônus da prova no direito brasileiro, ressalte-se que a hipossuficiência não se presume a todo consumidor, e, por tal razão, quando a inversão do ônus da prova se fundar em tal requisito, esta deverá ser indicada⁵⁶⁵.

⁵⁶² Cf. REBOUÇAS. *Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. 2006. pp. 83-85

⁵⁶³ Cf. ZULLIANI. *Responsabilidade civil fundada no erro médico: Inversão do ônus da prova*. 2003. pp. 155- 156

⁵⁶⁴ Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. 1996. p. 82.

⁵⁶⁵ A inversão somente pode ser concedida “em circunstâncias especiais (art. 6º, VIII, do CDC), ou seja, quando efetivamente demonstrada a hipossuficiência caso a caso e não presumidamente” (REsp 716.386-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 5/8/2008. Precedentes citados: REsp 541.867- BA, DJ 16/5/2005; REsp 701.370-PR, DJ 5/9/2005; AgRg no Ag 801.547-RJ, DJ 16/4/2007, e REsp 684.613-SP, DJ 1º/7/2005).

O mesmo ocorrerá, quando fundada na verossimilhança das alegações. Isso não significa que o consumidor deverá provar ou mesmo pedir a inversão; o juiz poderá conceder de ofício, desde que confira os devidos fundamentos⁵⁶⁶.

4.8.8 Apreciação crítica da inversão do ônus da prova

As dificuldades probatórias da vítima e a relutância dos médicos que, corroborando com os benefícios inerentes às regras da carga probatória, se negam a trazer ao processo documentos, vídeos e demais provas que possam esclarecer a verdade, revelam a importância da inversão do ônus da prova, que, “terá a virtude de reverter essa tendência nociva que tanto prejudica a cognição”⁵⁶⁷, pois fará com que o réu atue objetivamente, para demonstrar que agiu conforme as condutas exigíveis para o caso concreto.

De outro lado, importa considerar que temerária será a inversão do ônus da prova pautada, tão somente, na maior capacidade probatória do médico para afirmar a correção de sua conduta, tendo em vista o custo social que seria imposto às atividades médicas e o estímulo a demandas aventureiras, oportunistas e, quiçá, mercenárias.

A necessária segurança jurídica do sistema das regras de distribuição da carga probatória demanda que o autor constitua, ao menos, um início de prova capaz de conferir a necessária verossimilhança de sua alegação e justificar a própria existência do processo a que dá início. Importa que sejam estabelecidos regramentos de condução da repartição do ônus da prova, previamente conhecidos, que incentivem as partes a laborarem para o esclarecimento da verdade e, ao mesmo tempo, impeçam que a expectativa de vitória processual seja depositada apenas em preceitos que conduzam à sucumbência da parte contrária, perante a própria inação. Tais regras,

⁵⁶⁶5 (REsp 696.816/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 29/10/2009; AgRg nos EDcl no Ag 854.005/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 11/09/2008). Nesse viés há quem argumente que a inversão do ônus da prova se opera ope legis, restando à decisão judicial apenas o papel de averiguar a existência da verossimilhança e hipossuficiência, que, se verificadas, deverão conduzir, automaticamente, por força da Lei, à inversão do ônus da prova. Cf. GIDI. “Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (1995). A tal argumento não assiste razão. Se a Lei desejasse a inversão automática, teria imposto a todos os litígios envolvendo relação de consumo. Ao contrário, submeteu à apreciação judicial a verificação de requisitos, concedendo então um poder-dever de inverter o ônus quando presentes os pressupostos, mas, enquanto não pronunciada a decisão, permanecem as regras gerais previstas no Código de Processo Civil. Como já observado, a inversão poderá se dar por provocação das partes ou mesmo por decisão oficiosa. Cf. MOREIRA. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor (1996), pp. 74-75. Como acentua o ministro WALDEMAR ZVEITER no Recurso Especial 171988- RS, “A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao ‘critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência’(art. 6º, VIII). Isso que dizer que não é automática a inversão do ônus da prova.” REsp. 171988-RS, Ministro Waldemar Zveiter, publicado em 28/06/99.

⁵⁶⁷ Cf. ZULLIANI. *Responsabilidade civil fundada no erro médico: Inversão do ônus da prova*. 2003. pp. 155- 156

em verdade, devem contribuir, ao mesmo tempo, para o estímulo da assunção de riscos socialmente adequados, para o progresso da medicina e para a prevenção de condutas ilícitas.

4.9 A prova pericial na investigação do erro médico

4.9.1 Requisitos de adequação da prova pericial

As provas se apresentam como vectores cuja boa utilização é indispensável para o alcance de resultados verdadeiros e justos⁵⁶⁸. Dentre os meios de prova, a perícia encontra especial relevância, quando da averiguação de possível erro médico, ante a investigação de circunstâncias que transcendem o domínio de conhecimento técnico do julgador. Segundo CHIOVENDA, os peritos são sujeitos chamados a expor ao juiz não só suas observações materiais e suas impressões individuais acerca dos factos observados, mas igualmente as induções que devem derivar-se objectivamente dos factos observados ou tidos como existentes. Isto supõe que os peritos devem apresentar vertos saberes teóricos ou práticos ou atitudes em especiais esferas, de tal índole, que não devem ser necessariamente comuns a toda pessoa culta⁵⁶⁹.

A metodologia adequada, de um modo geral, inicia-se pela elaboração de um plano de trabalho pericial e prossegue com o trabalho de campo. Neste se fará a observação do caso para a colecta de dados e formulação de uma hipótese, tendo em vista a alternativa que, a princípio, parecia adequar-se à *lex artis*. Em seguida, por meio da técnica adequada, promoverá a possível constatação da hipótese ou refutação desta, em comparação com o corpo de conhecimentos, dados experimentais, experiência própria, tudo para a elaboração da conclusão. No relatório final deverá fazer constar o preâmbulo, a descrição dos exames e provas realizadas, os resultados obtidos, discussão fundamentada desses resultados diante da técnica vigente e a indicação ao juiz dos

⁵⁶⁸ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.p.13

⁵⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di diritto processuale civile* .1913. p. 837.

elementos necessários para a comparação entre a conduta médica e aquilo que usualmente é indicado pela Lex artis em casos análogos⁵⁷⁰.

O perito, após análise das condições de saúde pregressa, da personalidade do paciente (em busca de factores contributivos da lesão), dos relatórios médicos, do nexa causal e das consequências do facto imputado como causa, concluirá sobre três possíveis ângulos: 1) favorável à existência do nexa causal ou à sua probabilidade, em face do estado atual da ciência; 2) favorável à ausência do nexa causal, seja pela impossibilidade cientificamente comprovada seja pela ausência de liame devidamente estabelecido; e, finalmente, 3) em se tratando de constatação de concausas e circunstâncias contributivas, conferir parâmetros de avaliação da importância do papel desenvolvido pela causa avaliada⁵⁷¹.

Faz-se mister que se reconheça, entretanto, que o recurso à perícia não assegura ao juiz uma verdadeira prova técnica, científica e apurada. Não há meios que assegurem ao magistrado a escolha correcta de um profissional verdadeiramente gabaritado, para opinar sobre o assunto. É o velho mito da indicação de “um bom médico” por terceiros de nosso ciclo social. Constantemente se recorre a profissionais indicados por pessoas de confiança, acreditando na experiência positiva que tiveram. Ocorre que, em regra, tais pessoas não detêm os conhecimentos técnicos para, com propriedade, poder afirmar a competência do profissional que estão a indicar. Em verdade, é a forma como o profissional se apresenta, como se comunica, o conteúdo das explicações conferidas e todo o arcabouço do marketing pessoal que geram a aparência de competência que é repassada, afirmada e crida como verdadeira. Na realidade, apenas um profissional gabaritado da área que observasse a atuação do outro profissional, é que teria condições de afirmar, com segurança, sobre suas habilidades. Não é esse também o caso do juiz, que recorre a fontes não seguras, para se assegurar da competência do perito. Aliás, encontrar alguém que se prontifique já é uma conquista; não há muitas possibilidades de escolhas⁵⁷².

Igualmente, como bem explica LORENZETTI, deve-se cuidar, para que a prova pericial não se baseie em presunções. O processo de ilação é uma faculdade exclusiva da esfera de competência do magistrado. A prova deve apresentar os indícios, para que o juiz possa realizar a

⁵⁷⁰DIAS, João Álvaro. *Responsabilidade profissional do perito médico*. In: Revista portuguesa do dano corporal, ano VII, 3, 35-51. Coimbra: 1998.

⁵⁷¹ Cf. CALABUIG. *Nexo de causalidad en valoración del daño corporal* (1997), pp. 23-31.

⁵⁷²CINTRA, António Carlos Fontes. *Imputação do erro médico, ponderação dos riscos e prova por inferências*. Tese apresentada junto ao Programa de Doutoramento em Direito – Especialidade de Ciências Jurídico-civis. ULFD.Lisboa, 2012.p,279

inferência. O perito deve aclarar os factos ao juiz, mas não o substituí, realizando inferências lógico-jurídicas. Ao perito compete situar o magistrado quanto ao procedimento médico usado, a escola de medicina a que adere o profissional, os standards tomados em conta, o que era aconselhável segundo a ciência e aquilo que, de facto, fora realizado. Para tanto, deve basear-se em bibliografia médica atualizada e evidenciar os dados que fundamentam suas conclusões⁵⁷³.

Não é dado ao perito valorar a conduta médica e, assim, concluir pela existência de culpa, pois, do contrário, estaria em verdadeiro exercício da jurisdição -poder e responsabilidade que compete tão somente ao magistrado. Deve se restringir apenas a apontar a técnica frequentemente usada em situações análogos, as alternativas existentes e em especial os riscos presentes em cada uma das opções de que poderia se valer. Nesse processo, inevitavelmente, o perito acabará, por vezes, valendo-se de juízos dedutivos, de sua própria percepção e até mesmo de presunções, cabendo ao juiz exercer o devido filtro sobre tais conclusões. O que não se poderá perder de vista é que a valoração do fato é atividade própria do exercício da jurisdição e ao perito não poderá ser delegada. Ao magistrado pertence o poder-dever de concluir pela existência de culpa que, como já enfatizado, tem como elemento a reprovabilidade social da conduta⁵⁷⁴.

O juiz deverá confrontar a eventual indicação por parte do perito de contrariedade à *lex artis* com as alternativas existentes, avaliando a provável eficácia destas, os riscos existentes em cada uma, perscrutando a vontade da vítima em seu poder de autodeterminação, tomando em conta os termos do consentimento informado e ponderando as concausas e demais variantes do caso concreto, a fim de concluir pela exigibilidade ou não de conduta diversa e consequente reprovação da conduta. O percurso ideal é aquele em que o perito colabora, indicando subsídios da experiência técnica ignorados pelo juiz, que permitem a compreensão da *lex artis*. Para tanto, deverá valer-se de literatura especializada e destacar os elementos de relevância nos exames realizados ou já presentes nos autos processuais, que permitam a necessária compreensão da adequação da conduta, bem como sua relação com o evento danoso experimentado⁵⁷⁵.

Em suma, não é dado ao perito julgar, mas tão somente conferir e destacar elementos técnicos não conhecidos pelo magistrado.

⁵⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Responsabilidad civil de los médicos, tomos II*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzon. p.257

⁵⁷⁴ CINTRA, António Carlos Fontes. *Imputação do erro médico, ponderação dos riscos e prova por inferências*. Tese apresentada junto ao Programa de Doutoramento em Direito – Especialidade de Ciências Jurídico-civis. ULFD.Lisboa, 2012.p,280

⁵⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*; apêndice de Giacomo P. Augenti; tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005.pp .118-119

A prática judicial, todavia, tem se distanciado dessa orientação e consagrado ao perito funções atinentes ao exercício da jurisdição. Seja por comodismo ou por temor em se aventurar em campo estranho à sua área de conhecimento, percebe-se por parte do judiciário uma constante “homologação de laudos periciais” ou a conferência de força conclusiva à posição do perito, em desaconselhada omissão ao seu próprio mister⁵⁷⁶.

Não se permite ao magistrado esconder-se sob o manto de uma pseudo autoridade científica do perito e, assim, esquivar-se do poder-dever de valoração e ponderação dos elementos trazidos aos autos. Importa ter em mente que nem sequer os dados científicos conferidos pelo perito, por mais competente que esse seja, poderão ter crédito inquestionável. Como adverte TARUFFO, o mito da ciência que fornece sempre certeza absoluta está em tempos de crise e vale ter em conta que a ciência poderá trazer informações relevantes para a avaliação do facto, as quais, entretanto, poderão ser incompletas, vagas, sujeitas à revisão ou discutíveis, sem a capacidade de por si só resolver o problema da veracidade dos factos afirmados⁵⁷⁷.

O poder pertencente ao juiz de valorar a conduta, reconhecer a existência de culpa e imputar responsabilidade é também um dever, do qual não pode isentar-se ou mesmo delegar. As conclusões do perito deveriam restringir-se apenas ao campo da técnica. O raciocínio silogístico para o reconhecimento do nexo de causalidade, da culpa e da imputação de responsabilidade deve ser deixado a cargo do magistrado. Por tais razões, as inferências deverão restar ao encargo exclusivo do juiz.

Tome-se como exemplo ilustrativo o caso de erro médico da jurisprudência do estado do Rio de Janeiro, em que o perito imputou responsabilidade ao anestesista, simplesmente por não ter encontrado elementos que indicassem imperícia do cirurgião e assim conclui: "Afastadas as causas cirúrgicas, podemos inferir que as lesões enumeradas pela autora decorreram do ato anestésico" (fls. 300/301). Percebe-se que, ao contrário do que lhe era exigido, o perito não indicou elementos suficientes para se concluir pela culpa do anestesista, mas inferiu a existência desta do simples fato de não ter encontrado causas cirúrgicas, desconsiderando todos os inúmeros fatores presentes nas interações pessoais da complexa máquina do corpo humano. Na sentença restou consignado pelo

⁵⁷⁶ ⁵⁷⁶CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*; apêndice de Giacomo P. Augenti; tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005.pp .102-103

⁵⁷⁷ TARUFFO, Michele. *La prova scientifica nel processo civile*. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Dott-Giuffrè, anno LIX, n°4, dezembro, 2005.

magistrado que "... a imperícia que causou as lesões na autora foi da autoria do anestesista." (fl. 1.425). Após recurso de apelação, o acórdão do Tribunal de Justiça, a despeito do claro e desaconselhado uso da presunção nas conclusões do perito, faz constar: "... a prova pericial foi taxativa em atribuir a culpa do lastimável evento danoso ao médico anestesista ..." (fl. 1.563)⁵⁷⁸.

CUETO chama a atenção para a distinção entre a perspectiva médico-pericial e a jurídica, quando do juízo de imputação de causalidade e cita o exemplo de um pastor que, vendo suas ovelhas serem atacadas por um cão, corre à cidade em busca de ajuda, quando é acometido de um ataque cardíaco. No juízo médico-pericial, admitir-se-á haver imputabilidade entre a acção do cão e a morte do pastor, por ter o stresse a que foi submetido o pastor, motivado o ataque cardíaco. Por outra via, a ponderação judicial não atribuirá o prejuízo ao facto do cão, visto que a acção não foi dirigida contra o pastor⁵⁷⁹.

A correta e esperada relação com a prova pericial deve iniciar-se com a própria quesitação. Nesse sentido, deve-se evitar quesitos que exijam conclusões que somente ao juiz cabe conferir, a exemplo: "houve culpa por parte do médico?". Caso tal quesito tenha sido elaborado por alguma das partes, deverá o magistrado indeferi-lo, tendo em vista que ao perito não é dado o mister de valorar a conduta. Os quesitos devem ser objectivos, a fim de conduzir o perito à indicação dos dados técnicos que escapam ao conhecimento do juiz, para instruir sua decisão no poder-dever do exercício da jurisdição⁵⁸⁰.

Com base na jurisprudência e legislação americana, BROWN elenca 8 requisitos que vêm sendo exigidos para atribuir validade à prova pericial, os quais denomino: 1) a perícia deve ser necessária para conferir elementos que a experiência ordinária não possui; 2) o perito deve ter conhecimentos específicos no assunto, tomando-se como parâmetro a sub-especialidade, não sendo suficiente o conhecimento geral; 3) a perícia deve ser exigível, demonstrando uma conexão relevante com a questão duvidosa; 4) o perito deve ser confiável, tanto no sentido do método apresentado como de sua imparcialidade ("methodological-reliability"); 5) a perícia deve apresentar fundamentos idôneos; suas conclusões devem ser razoavelmente fundamentadas; 6) os alicerces da perícia devem ser confiáveis, o que implica dizer que não só deve ser fundamentada e

⁵⁷⁸ Apelação Cível 09721/2002 – Décima quinta câmara cível.

⁵⁷⁹ CUETO. *Imputabilidad médica* (1994), p. 41.

⁵⁸⁰ CINTRA, António Carlos Fontes. *Imputação do erro médico, ponderação dos riscos e prova por inferências*. Tese apresentada junto ao Programa de Doutoramento em Direito – Especialidade de Ciências Jurídico-civis. ULFD.Lisboa, 2012.p,282

apresentar método adequado, mas também os dados e estudos prévios em que a perícia se baseia, devem ser confiáveis; 7) a perícia deverá basear-se em estudos aceitos pela comunidade científica da área pericial, ou seja, deve ter aceitação da classe a que pertence; 8) a perícia não poderá estar eivada de preconceitos que poderão levar à compreensão errada da questão, distorcendo o fato controverso e com isso, a própria controvérsia⁵⁸¹.

De outro lado, como deverá o magistrado decidir ante a apresentação de diversas alternativas e distintas opiniões sobre o procedimento adequado? Qual o grau de conhecimento que é exigido do profissional médico? Na jurisprudência norteamericana, o chamado Bolam Test surge do leading case Bolam v. Friern hospital Management Committee⁵⁸² e propõe que o profissional não precisa demonstrar alta habilidade técnica, mas tão somente aquela ordinária de um profissional competente, no exercício de determinada arte. Isso será medido pela especialização com a qual se identifica.⁵⁸³ Além disso, e em maior relevância, assevera que a prova da imperícia não poderá ser constituída com a opinião de apenas algum outro profissional da área. Um procedimento dentro da técnica aceita e aprovada não poderá ser contestado por um corpo de outros médicos que em um juízo a posteriori asseverem que fariam o contrário.⁵⁸⁴ Em Maynard v. West Midlands Regional Health Authority,⁵⁸⁵ o réu submeteu seu paciente a procedimentos de diagnósticos, mediastinoscopia, que apresentava riscos de danos às cordas vocais, os quais de fato se materializaram. Após ouvir expertos de ambos os lados, o júri considerou o médico culpado. Contudo, o julgamento foi reformado pela Corte de Apelação e pela Casa dos Lordes. Como afirmou Lorde Scarman, “a preferência do juiz pela opinião de um corpo de reconhecidos profissionais por outro também reconhecido não é suficiente para constatar a negligência de um profissional”⁵⁸⁶.

As sequelas, em especial aquelas ligadas às dores e que, portanto, não são evidentes aos olhos do observador externo, despertam ainda maiores dificuldades no campo pericial. Agora não está em jogo apenas a definição do nexo de causalidade entre a conduta e a sequela, mas a avaliação do nível de dor bem como a individualização dentre outros fatores contributivos. Esta dificuldade

⁵⁸¹ BROWN, Harvey. *Eight gates for expert witnesses*. In: 36 Houston Law Review, 743 (1999).

⁵⁸² [1957] 1 W.L.R. 582, aprovado pelo Privy Council em Chin Keow v. Government of Malaysia [1967] 1 W.L.R. 813 e House of Lords em Whitehouse v. Jordan [1981] 1 W. L.R. 246; Maynard v. West Midlands R.H.A. [1984] 1 W.L.R. 634; and Sidaway v. Governors of Bethlem Royal Hospital and Maudsley Hospital [1985] A.C. 871.

⁵⁸³ Cf. Maynard v. West Midlands R.H.A. [1984] 1 W.L.R. 634

⁵⁸⁴ Cf. Bolam v. Friern hospital Management Committee [1957] 1 W.L.R. 582 em ppn. 587-588.

⁵⁸⁵ Idem

⁵⁸⁶ Ibidem

está presente, sempre que há entre o traumatismo inicial e a dor crônica um período intermédio silencioso. Nesse lapso de tempo, a falta de um suporte orgânico palpável torna difícil um juízo prognóstico. Nesse período de tempo resta aos peritos, a obrigação de apoiados em considerações patogênicas ou clínicas, avançar na atribuição de parâmetros classificatórios da dor⁵⁸⁷.

4.9.2 Falibilidade da prova pericial

A percepção de dados estatísticos pela simples prática ou envolvimento no assunto tem se mostrado falha e demasiadamente suscetível ao erro. Do mesmo modo que fumantes, a despeito dos riscos inerentes ao tabagismo, acreditam que nada irá suceder-lhes, também o senso crítico de um perito sobre como a média dos médicos agiria em determinadas circunstâncias, pode e provavelmente estará maculada por uma falsa percepção da realidade. Um estudo publicado em 1972 revela que nas previsões quanto à sobrevida para pacientes cancerosos, nos Estados Unidos, apenas 47% dos médicos fizeram prognoses ao menos próximas da realidade e 80-90% dos erros foram por otimismo. Um estudo posterior, publicado em 1987, demonstrou que 88% das expectativas excederam a realidade. Um estudo ainda mais recente mostrou 80% de erros, com 63% de previsões otimistas⁵⁸⁸.

MEADOW e STEIN fazem uso de pesquisa bastante ilustrativa para demonstrar a falibilidade de uma opinião pericial. O experimento visava a mensurar o tempo razoável de administração de antibióticos para o tratamento da meningite, infecção bacteriana no cérebro para a qual, quanto antes for tratada pela administração de antibióticos, melhores são as chances de cura. Foram então selecionados pediatras de pronto socorro e pediatras especializados em doenças infecciosas, profissionais dentre os mais aptos a figurar como peritos em um processo judicial sobre o tema. Foi então submetido a cada um deles um questionário arguindo quanto tempo levaria para se administrar antibióticos, no hospital em que trabalham, a uma criança que é internada com sintomas de meningite. Em seguida, as respostas foram cruzadas com os dados retirados de casos reais de prontuários de crianças que se internaram em um hospital referencial de Chicago. O tempo estimado pelos 55 pediatras de pronto socorro foi de 46 minutos, enquanto para os 23 pediatras de doenças infecciosas foi de 80 minutos. Em grande contraste, averiguou-se que o tempo médio de

⁵⁸⁷ ALBUQUERQUE; SEIÇA; BRIOSA. *Dor e dano osteoarticular* (1995), pp. 82-83.

⁵⁸⁸ Cf. MEADOW; SUSTEINS. *Statistics not experts* (2001), pp. 632-634.

93 casos reais foi de 120 minutos. O autor ainda buscou dados da literatura médica, retirados de 200 casos presentes em hospitais da Carolina do Sul e da Califórnia, cujo tempo médio variou entre 114 a 126⁵⁸⁹.

A disparidade dos dados colectados revela que, caso fosse tomada a opinião de um pediatra de pronto socorro, o tempo estimado para enquadramento na *lex artis* seria de 46 minutos, e de 80 minutos, segundo a opinião dos pediatras especializados em doenças infecciosas. Na realidade, entretanto, o padrão médio se encontra na casa dos 120 minutos. Em outras palavras, se em determinado caso levado a julgamento, o tempo de administração tivesse se dado em 110 minutos, possivelmente haveria condenação, se conferida credibilidade à prova pericial, enquanto que, na realidade, o prazo teria sido inferior ao apresentado em hospital de referência. Se o intento é a aferição do padrão médio de comportamento, daquilo que pode ser razoavelmente esperado de um tratamento médico, a opinião pessoal de um perito se revela bastante deficitária. Os estudos estatísticos, de outro lado, são capazes de espelhar com precisão a média perscrutada.

4.9.3 Dificuldades inerentes à prova pericial

A falibilidade da prova pericial não se esgota na sua incapacidade de afirmar com exatidão a culpa médica, mas, em especial, se apresenta nas falsas concepções de acessibilidade, isonomia, isenção e credibilidade, sustentáculos da oportunidade que justificam sua inserção no processo judicial. Em verdade, o perito encontra-se inserido dentro de um mercado que dita suas próprias regras, e imbuído pelo instinto de autopreservação.

Em sistemas como o brasileiro e o português, em que o juiz se faz valer de profissionais de reconhecido saber na área do conhecimento, mas que participam do mercado privado e se relacionam dentro de um sistema de classe, permeado pela importância dos relacionamentos e mútua indicação e pela necessidade de captação de clientela, os peritos podem facilmente ser dirigidos por interesses pessoais, antes do objetivo maior a que serve o processo. O sentimento de corporativismo poderá inibi-lo de atestar um erro médico (o que se convencionou chamar de “conspiração do silêncio”⁵⁹⁰), seja no intuito de proteção daquele com quem se identifica, seja pelo

⁵⁸⁹ Cf. MEADOU; SUSTEINS. *Estatistics not experts* (2001), pp. 636-639.

⁵⁹⁰ Cf. DIAS, João Álvaro. *Responsabilidade profissional do perito médico* (1998); SALVAGIO, Dennis L. *Torts – Alternative Causation in Medical Malpractice Cases* (1971-1972), p. 479 - 473 e MELO. *Responsabilidade civil por erro médico* (2008), p.172.

receio de, no dia seguinte, poder ser ele a ocupar a mesma posição. Além disso, sempre o atormentará o pensamento sobre as consequências que tal conclusão poderá trazer a seus próprios negócios.

Um juiz americano, de forma crítica e contundente, proclamou: “Qualquer pessoa familiarizada com casos desse tipo sabe que os que se proclamam práticos éticos não irão periciar a favor do autor, a despeito do mérito da causa...Mas adesperto do mérito dos argumentos do autor, médicos membros das sociedades médicas irão aos bandos em defesa de seus companheiros acusados de má prática enquanto o autor é deixado, para seu uso pericial, ao lobo ocasional solitário ou alma heróica, que por amor à verdade e à justiça tem a coragem de correr o risco do ostracismo por parte de seus companheiros de prática e cancelamento de seu seguro de licença pública”⁵⁹¹.

Dentre os inconvenientes de se apresentar como perito médico, surgem os consequentes problemas econômicos. Relata-se que nos Estados Unidos os contratos contêm cláusulas que permitem o cancelamento por qualquer razão ou por razão nenhuma e as seguradoras ameaçam de cancelamento do contrato aqueles que se dispõem a servir como peritos contra outros profissionais⁵⁹².

Quando as associações médicas poderiam combater essa prática, denunciando tais abusos e organizando-se contra, na realidade tomam parte em desencorajar seus membros a periciarem contra outros. As próprias associações ameaçam de expulsão, o que impossibilitará o ingresso na equipe de hospitais locais, dificultará em conseguir instalações, maiores custos de seguros e acarretará perda das demais vantagens associativas⁵⁹³.

A participação das associações na “conspiração do silêncio” leva à errada compreensão de que fere princípios éticos o médico atuar como perito contra outros médicos. Na dificuldade de encontrar um profissional que se disponha a conferir um laudo pericial, pacientes acabam muitas vezes valendo-se de processos criminais para conseguirem realizar as provas que pretendem produzir, para uma simples ação indenizatória. A máquina judicial acaba sendo movida sem a real persecução punitiva do processo criminal⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ Huffmann v. Lindquist, 37 Cal. 2d 465, 484, 234 P.2d 34, 46 (1951) (Carter, J., 2d3issenting). **Hall, Malpractice. In: Malpractice and medical testimony** 77 Harv. L. Rev. 341 1963-1964, p. 336

⁵⁹² Idem

⁵⁹³ BELLI, *An Ancient Therapy Still Applied: The Silent Medical Treatment*, 1 VILL22. L. REV. 250, 259 (1956).In: **Malpractice and medical testimony** (1963-1964)

⁵⁹⁴ LLAMAS POMBO. *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba* (2000), p.315.

O magistrado, por seu lado, sente-se inibido a contrariar o laudo pericial, ante o desconhecimento técnico e em meio à falta de outros recursos jurídicos para fundamentar sua decisão. No processo penal português tal dificuldade é ainda maior, pois, para que possa contrariar a opinião do perito, o juiz é obrigado a fundamentar as razões de sua discordância. Ora, inegável é a dificuldade de fundamentação por parte do juiz em área em que não é técnico.

Além disso, a crescente divisão de especialidades e subespecialidades, ao mesmo tempo que permite um aprimoramento mais aprofundado da área específica de atuação, torna o trabalho de nomeação do perito mais árduo. Ao magistrado, cumpre a tarefa de indicação do profissional mais gabaritado a opinar naquele sentido. Com isso, os assistentes periciais nomeados pelas partes procurarão desqualificar a opinião do perito ou do assistente da parte adversa, alegando maior especialização e trazendo aos autos enxurradas de literaturas médicas, tornando todo o processo ainda mais tormentoso.

Além do mais, não se pode negar que a capacidade financeira da parte para contratação de um perito profissional ou mesmo os contatos de que goza, lhe trarão significativa vantagem processual, maculando a isonomia e equidade que devem ser perseguidas⁵⁹⁵.

4.9.4 Necessidade de estruturação de um novo rumo

Por todos os motivos indicados, considera-se que o modelo actual que se verifica na prática jurídica, de decisões pautadas exclusivamente nos laudos periciais, está maculado dos mais severos vícios, reduzindo o papel do juiz a de um mero homologador da verdadeira decisão, aquela proferida pelo perito, que, por sua vez, se encontra longe dos atributos exigidos para o julgador. Nesse sentido, imperiosa é a conjugação de tal meio de prova com a construção de outros “motivos de prova” e sistemas de distribuição ordenada do ônus da prova, que permitam um conhecimento prévio da carga atribuída a cada parte e um convencimento do juiz que, ao menos em certas circunstâncias, dispense ou relativize a relevância dada à prova pericial, vectoriado, senão pelo saber pleno da verdade, pela aproximação maior desta.

Assim, LLAMAS POMBO leciona que a evolução da jurisprudência e doutrina tem conduzido a construção de diretrizes de proteção da vítima, a fim de garantir a indemnização, dentro da concepção de um crédito indemnizatório.

⁵⁹⁵ Cf. COUTO FILHO; SOUZA. *Instituições de direito médico* (2005), pp. 44-48

Assim colaciona:

- a) Inversão do ônus da prova, por meio da presunção de que quem causa um dano o faz negligentemente, e a este corresponde o dever de ilidir tal presunção. Sucumbem os princípios da *affirmati non neganti incumbit probatio* (o ônus da prova está sobre aquele que afirma) e *onus probandi incumbit actori* (o ônus da prova incumbe ao autor).
- b) A responsabilidade civil passa a ser um crédito indenizatório e não uma dívida de responsabilidade, o que faz do indicado como responsável um devedor até que realize prova em contrário. Isso ocorrerá nas hipóteses em que se verifique a dificuldade probatória do que, feito credor, é considerado parte mais débil (hipossuficiente); expansão da apreciação da prova, critério que vem a conectar o princípio da inversão com os problemas de causalidade;
- c) elevação do nível de exigência do cuidado e diligência esperados, considerando as circunstâncias da pessoa, tempo e lugar, não bastando mais o critério do homem médio (bom pai de família), mas demandando-se a *diligentia diligentissimi*;
- d) Insuficiência presumida dos cuidados de diligência, do cumprimento das disposições legais e regulamentárias que contemplam a obrigação de tomar medidas de prevenção, pois, se o resultado se produziu, depreende-se que tais medidas, a princípio, eram incompletas⁵⁹⁶.

A fim de compreender com mais profundidade tais tendências, de tecer as devidas críticas, em especial, no intuito de construir um novo modelo de distribuição do ônus da prova, com regras definidas e dirigidas à maior aproximação da verdade, que possam instruir o convencimento do magistrado, importa que se faça a devida exposição e análise de novas teorias propostas como alternativa ao sistema ortodoxo de repartição da carga probatória.

4.9.5 Distribuição do ônus da prova

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova consiste em conferir o ônus probatório àquele que tem melhores condições de produzi-lo⁵⁹⁷. Tem suas origens na concepção de JEREMY BENTHAM,⁵⁹⁸ mas ganhou força primariamente no Direito alemão.

⁵⁹⁶ LLAMAS POMBO. *Responsabilidade médica, culpa e carga de la prueba* (2000), pp. 302-303.

⁵⁹⁷ LLAMAS POMBO, op. cit, pp. 313-314.

⁵⁹⁸ Cf. BENTHAM. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, (1971), p. 149.

Para CREMASCO, haveria clara adoção desta nos §§ 282,285, 831, 891 e 892 do BGB, com respaldo também na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Alemão para os casos de responsabilidade médica com culpa gravíssima e responsabilidade em matéria de consumo⁵⁹⁹.

Na Espanha, ante as constantes críticas lançadas ao modelo tradicional de distribuição do ônus da prova e já amparada por grande aceitação jurisprudencial da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, houve uma grande mobilização da comunidade jurídica local nos trabalhos de elaboração da nova Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, que propôs um informe al anteproyecto de ley de enjuiciamiento civil, para incorporar a distribuição dinâmica do ônus da prova, em razão do critério da maior facilidade ou domínio do fato por cada uma das partes. A proposta alcançou êxito, dando origem ao enunciado de nº 7, presente no art. 217 da Lei 1/2000, que, sem abandonar as regras tradicionais do ônus da prova presentes nos números anteriores, encampa expressamente a possibilidade de descolamento do ônus da prova, em razão do critério da maior facilidade em produzi-la: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.”

Importa sublinhar que não é sempre o médico que terá melhores condições de realizar a prova. Mas não se pode negar que é o médico que detém o domínio da técnica, as informações do que realmente sucedeu, de quais tratamentos foram realizados, de quais equipamentos foram utilizados, de quais medicamentos administrados, etc. Para que haja a desconsideração das regras tradicionais de distribuição do ônus probatório, a teoria da distribuição dinâmica impõe a presença de dois elementos: 1) que haja impossibilidade ou grande dificuldade daquele que afirma a existência do fato para produção de provas e esclarecimento da verdade; 2) que a parte adversa tenha possibilidade de realização da prova, sem grandes custos ou dificuldade.

Segundo ZANETTI, a posição privilegiada de uma das partes decorre, dentre outros fatores: “a) do papel que essa parte desempenhou no fato gerador da controvérsia; b) de estar essa parte na posse de coisas ou documentos essenciais à instrução probatória; c) de ser essa parte a

⁵⁹⁹ Cf. CREMASCO. *A distribuição dinâmica do ônus da prova* (2009), p. 69.

única que dispõe da prova; d) de razões técnicas, profissionais ou jurídicas que tem essa parte em determinado caso concreto”⁶⁰⁰.

As dificuldades probatórias levam à exigência de se conferir o ônus da prova a quem tenha melhores condições de produzi-la. Segundo ALONZO PÉREZ, a distribuição dinâmica do ônus da prova será o fiel da balança, servindo-se das circunstâncias que denotam *prima-facie* quem é o culpado⁶⁰¹. Por tal sistema, tanto médico como paciente devem contribuir para a produção de provas necessárias a elucidar a verdade dos fatos. O médico deverá produzir provas que demonstrem sua diligência; que justifiquem o diagnóstico e/ou o procedimento utilizado; que evidenciem o emprego de conhecimentos e técnicas esperados, tendo em vista que se encontra em melhores condições de produção de tais provas. A doutrina caminha como expressão do princípio da hipossuficiência, do *favor debilis*, considerando quem esteja em melhores condições de realizar a prova. É certo que o experto (médico) e o profano (paciente) não se encontram isonomicamente posicionados na relação processual, tendo em vista o carácter técnico do objeto da prova⁶⁰².

De uma forma geral, sendo profano, o paciente não detém conhecimentos técnicos da medicina. Em muitos casos o paciente nem sequer conhece o médico. No sistema hospitalar, em especial no público, as consultas em regra são rápidas, em massa, e limitam-se a poucos minutos o contato do médico com o paciente, que sairá rapidamente do consultório, com as mãos cheias de receitas. Todo esse cenário apontaria para uma necessidade de, na ponderação das provas, o ônus pender, em caso de dúvida, para o lado da parte mais débil⁶⁰³.

A respeito da justiça do que se propõe, JEOVÁ SANTOS arremata: “Se no meio trabalhista vigora o princípio *in dubio pro misero* no Direito Penal, *in dubio pro reo*; na liberdade de informação, *in dubio pro libertate* e em questões de casamento, *in dubio pro matrimonio*, em se tratando de erro médico, deve-se buscar não a dúvida em prol de alguém, mas decidir em favor da vítima, sempre que existir um adminículo de prova que induza à convicção de que houve incúria do profissional. *In dubio quod minimem sequitur*. Na dúvida, seguimos o que é mínimo. Atenda-

⁶⁰⁰ Cf. ZANETI. *Flexibilização das Regras sobre o ônus da prova* (2011), p. 121 (2011), p. 121

⁶⁰¹ ALONZO PÉREZ. *La relación medico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil* (2000), pp. 48-52.⁶⁰²

Cf. ROCHA. *A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos* (2005), pp. 339-341. ⁶⁰³ Cf. SANTOS. *Dano moral indenizável* (2001), p. 304

se o mínimo do conjunto probatório. Ainda aqui convém ressaltar que não está admitindo a presunção de culpa, mas uma valoração de prova que seja mais favorável à paciente vítima.”

Nem sempre, todavia, prevalecerá a presunção de que ao médico assistem maiores condições probatórias. Se o paciente espera anos para trazer sua reclamação à justiça, é possível que o decurso do tempo tenha levado à eliminação de dados e, por certo, afastado da memória a lembrança dos detalhes da intervenção por parte do profissional. Haverá também casos em que a ciência carece de ferramentas capazes de trazer à luz a verdade dos fatos. Tome-se ainda o caso da família de uma vítima fatal, que, podendo realizar a autópsia, se recusa a fazê-la. Por certo haverá prejuízo ao conjunto probatório que restava na esfera de poder dos reclamantes⁶⁰⁴.

Não se leva em consideração para fixação dos encargos probatórios a posição ocupada pelas partes no processo, nem, tampouco, a natureza do fato, objeto de prova. O ônus da prova recairá sobre aquele que melhores condições tem de produzir a prova, de modo a possibilitar que seja efectivamente produzida nos autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos, de modo a permitir o conhecimento da verdade real⁶⁰⁵.

A teoria caminha, desse modo, em consonância com a tendência do direito processual de mitigação do princípio do dispositivo, conferindo ao juiz maiores poderes instrutórios, atribuindo-lhe iniciativa probatória e responsabilidade pelo esclarecimento dos fatos para formação de seu convencimento⁶⁰⁶.

Assim, o magistrado, ao conferir o ônus da prova àquele que tem melhores condições de realizá-lo, se valerá, na impossibilidade de verdadeiramente conhecer a verdade real, da possibilidade de julgar sucumbente, evitando o non liquet, aquele que por desídia, e não por impossibilidade, não cumpriu com seu encargo⁶⁰⁷.

LUNA YERGA, como aguerrido defensor da distribuição dinâmica da prova, sustenta que não se trata de uma inversão arbitrária das regras do ônus da prova, mas de uma resposta a objetivos mais altos de redução do custo social em dois sentidos.

⁶⁰⁴ Cf. LORENZETI. *Responsabilidad civil de los médicos, tomo II*, p. 196.

⁶⁰⁵ Cf. CREMASCO. *A distribuição dinâmica do ônus da prova* (2009), p. 73.

⁶⁰⁶ Cf. CREMASCO. *A distribuição dinâmica do ônus da prova* (2009), p. 82.

⁶⁰⁷ Cf. CREMASCO. *A distribuição dinâmica do ônus da prova* (2009), p. 84.

Primeiro, para atribuir a produção de prova àquele que possa realizá-la com menos custos e, em segundo lugar, para que se possam produzir incentivos à adoção de medidas de precaução e, portanto, reduzir os custos sociais como consequência da provável redução dos acidentes ou, ao menos, da gravidade destes⁶⁰⁸.

4.9.6 Análise crítica

LLAMAS POMBO diz que não se pode deixar de considerar uma objecção a essa teoria: a distribuição dinâmica da prova, na prática, ocorrerá tão somente em vias de sentença, quando o juiz, verificando quem tinha melhores condições de realizar a prova, indicará as presunções de responsabilidade ou, de outro lado, a carência na verificação de actos negligentes. Sem embargos, acrescenta que isso não trará grandes prejuízos, na medida em que as partes, conscientes de seus deveres processuais, deverão ser diligentes na realização das provas e, se assim não atuarem, serão sancionadas por uma decisão desfavorável⁶⁰⁹.

Nesse sentido, JEOVÁ SANTOS conclui que: “Para evitar que, em razão da dificuldade em provar a *mala praxis* médica, os juízes, como destinatários da prova, deverão dar-se por satisfeitos e acolher o pleito sem a necessidade de exigir a prova plena da culpa do médico.” Essa solução, para o autor, é a única capaz de evitar que o médico fique sempre impune e a vítima, obrigada a carregar o pesado fardo da ausência de proteção⁶¹⁰.

No sentido inverso, CREMASCO adverte que essa solução atenta contra os princípios e garantias fundamentais do direito processual civil, em especial da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, visto que impõe em sede de sentença um ônus que a parte inicialmente desconhecia, retirando-lhe, na mesma medida, a possibilidade de produzir a prova respectiva que poderia ter realizado. A solução leva ao absurdo de impor às partes o resguardo de se considerarem oneradas quanto à produção de provas de todos os factos controvertidos do processo, a fim de não serem, ao final, tomadas de surpresa. O argumento da doutrina argentina, de que a orientação da doutrina e jurisprudência para casos semelhantes é suficiente para deixar a parte ciente da possibilidade de ser onerada, ao final, com o encargo probatório, não satisfaz, na medida em que propõe uma análise tipificada prévia, sem consideração das particularidades do caso concreto, desvirtuando a própria teoria, tornando-a novamente estática, por outros critérios. Para o autor, a

⁶⁰⁸ LUNA YERGA. *La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria* (2004), p. 134.

⁶⁰⁹ LLAMAS POMBO. *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba* (2000), p. 316.

⁶¹⁰ Cf. SANTOS. *Dano moral indenizável* (2001), p. 305.

fim de resguardar os princípios basilares do processo civil e preservar o escopo da teoria, a fixação do ônus da prova deverá ser feita, pelo magistrado, antes da fase de produção de provas⁶¹¹.

Ao conferir tal solução, aparentemente suficiente para rebater a crítica e solucionar a dificuldade, impondo o dever do magistrado de fixar o ônus da prova previamente à fase instrutória, CREMASCO recai em novo problema, quando considera a possibilidade de alteração das condições fáticas que inicialmente indicavam a maior facilidade de produção de provas a uma das partes. É possível que circunstância superveniente venha retirar as prerrogativas que antes conferiam a uma das partes maior acesso às provas ou domínio do fato. Se o outro litigante já padecia de dificuldades, ou mesmo impossibilidade, o autor não admite outra solução senão retornar ao modelo clássico de distribuição do ônus probatório⁶¹².

Nesse sentido, permanecem as mesmas críticas existentes ao critério estático ortodoxo, acrescidas agora, à evidência, do risco da subjetividade existente na teoria, de alteração das regras, na constatação da maior capacidade de produção de provas, ao arbítrio do juiz.

Ora, é bem verdade que o conhecimento por parte do réu, de que não lhe cabe trazer aos autos prova dos fatos afirmados pelo autor, confere-lhe a prerrogativa de permanecer inerte, aguardando que o autor sucumba em suas pretensões, retendo provas que poderia ter trazido para elucidação da verdade. Sem dúvida, percebe-se aqui um desprestígio ao princípio da cooperação processual. Entretanto, quando se concebe a possibilidade de retorno às regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, sempre que circunstâncias supervenientes venham a alterar as condições fáticas, inicialmente tomadas como parâmetro para a distribuição do ônus da prova de forma diversa, há, do mesmo modo, incentivo àquele sobre o qual recaía o ônus da prova, de propiciar o surgimento de circunstância superveniente que altere as condições inicialmente previstas. É o caso do médico que alega a perda do prontuário médico do paciente no hospital, sem que se possa identificar o culpado e, muito menos, provar o seu artil em reter documentos, em vista da inexistência de sistemas de protocolo.

⁶¹¹ Cf. CREMASCO. *A distribuição dinâmica do ônus da prova* (2009), pp. 90-91.

⁶¹² | Cf. CREMASCO. *A distribuição dinâmica do ônus da prova* (2009), p. 93.

Acentua ROSEMBERG que as normas atinentes ao ônus da prova não só colocam o juiz em condições de evitar o non liquet na questão de direito, quando duvidosa a questão de fato, mas também conferem a tal caso, em forma clara e categórica, o conteúdo de sua decisão, ao imputar a uma das partes a incerteza de uma circunstância de fato que a favoreceria. É uma garantia tanto ao juiz como às partes. Não se pode confundir, nesse sentido, a livre apreciação das provas com uma distribuição livre do ônus da prova, que se tem tentado obter, mediante o descumprimento livre do direito fundado em uma ponderação de interesses. Para o autor, o direito não pode deixar, ao arbítrio do juiz, a decisão sobre o que pertence ao fundamento da demanda e o que pertence às exceções. A regulamentação do ônus da prova deve fazer-se sobre normas jurídicas cuja apreciação deve estar submetida à revisão pelo tribunal correspondente, devendo conduzir a um resultado determinado, independente das contingências do processo particular, sendo um guia seguro para o juiz, com o que as partes podem contar já antes de iniciar o processo. Uma distribuição livre do ônus da prova não é a liberdade a que se deve atribuir uma magistratura madura. Em verdade, a distribuição proporcionada e invariável do ônus da prova é um postulado de segurança jurídica, sustentado justamente pelos práticos e defendido também pelos partidários de teorias discordantes⁶¹³.

A despeito da adequação da premissa, em que se funda a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (ao considerar que o médico, tendo, em regra, melhores condições de realizar a prova da adequação de sua conduta, deve ser impulsionado a laborar nesse sentido), e sua reflexão sobre a “disparidade de armas”, a quebra das regras processuais, sem parâmetros pré-determinados, parece-nos açodada e milita contra a segurança do sistema. Importa que as partes conheçam previamente as “regras do jogo,” a fim de não serem surpreendidas. Importa que o médico saiba o que lhe é exigido no processo e, para cumprir seu mister, se empenhe tanto no trâmite processual como nas precauções exigidas, no exercício da profissão. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em última análise, atribui ao magistrado o poder exclusivo de definir o ônus probatório no caso concreto, na medida em que é deixada ao seu arbítrio a definição de quem tenha melhores condições de realizar prova no caso concreto, o que confere ao processo grande insegurança jurídica. As regras de distribuição do ônus da prova não podem servir ao fomento de processos aventureiros que busquem o enriquecimento ou que sirvam como uma

⁶¹³ Cf. ROSEMBERG. *La carga de la prueba* (1956), p. 59

aposta na incapacidade do médico de provar a boa execução de sua tarefa. A mera afirmação da existência de culpa não pode conduzir à presunção de sua existência.

Na lição deixada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português: “A tese que advoga uma alteração das regras legais gerais do regime da efectivação da responsabilidade civil, designadamente, no segmento da repartição do ónus da prova, em caso de responsabilidade civil médica, para além de carência de apoio legal, de falta de suporte na realidade hodierna do exercício da medicina e no actual estado de elevação do estatuto do paciente tem, pelo menos, duas principais consequências negativas: um forte abalo na confiança e certeza do direito e uma sequente e quase inevitável prática de uma medicina defensiva”⁶¹⁴.

⁶¹⁴ Revista n.º 1800/08 - 2.ª Secção - Rodrigues dos Santos (Relator) *, João Bernardo (vencido), Oliveira Rocha, Oliveira Vasconcelos (vencido) e Serra Baptista. 15-10-2009

Capítulo V: O ERRO MÉDICO

5.1 Aspectos gerais

O erro³⁰³ é definido como: uma decisão, acto ou resposta incorrecta; ilusão; juízo falso; engano; falta; culpa; doutrina falsa. Por outro via, “O erro está intimamente relacionado à natureza humana e não poderá nunca ser abolido, isto é, os erros são inevitáveis”³⁰⁴. O problema agudiza-se, porém, quando o erro ocorre em procedimentos quotidianos, criando danos para terceiros podendo, diversas vezes, ser irreversíveis e, como tal, devem ser prevenidos.

5.2 O erro médico

a) Conceito

Julgamos que o termo acontecimento adverso³⁰⁵ é a que melhor convoca e abarca todos estes fenómenos pelo que, sempre que evocarmos acontecimento adverso neste trabalho, englobamos toda modalidade de incidentes que originam danos, ou são potenciais criadores de danos, particularmente o erro médico. O erro médico pode ser percebido como dano gerado, ou potencialmente gerado, no doente, por lapso, devido à ausência, ou excesso, de atenção, ou de destreza, ou, então, por um engano decorrente duma má decisão, que pode surgir duma má aplicação das normas, mau uso do saber ou devido, inclusive, a uma má deliberação³⁰⁶.

PAULA BRUNO³⁰⁷ falou sobre a natureza do erro humano, refere que “o erro é a falha de uma acção planeada em atingir o resultado pretendido”.

Por seu turno, para José Fragata e Luís Martins³⁰⁸, o erro médico é entendido como “uma falha, não intencional, de realização de uma sequência de actividades físicas ou mentais, previamente planeadas, e que assim falham em atingir o resultado esperado. Sempre que essa falha se não deva à intervenção do acaso”. Quer dizer que o plano, a falha, a não intencionalidade, a não

³⁰³ De acordo com Dicionário da Língua Portuguesa, Porto Editora, 2006.

³⁰⁴ V. José Fragata, id., pág. 22 e Paula Ribeiro de Faria, «*Erro em Medicina e o Direito Penal*» in Lex Medicinæ, Coimbra Editora, ano 7, n.º 14, 2010, pp. 17 e ss.

³⁰⁵ Tudo o que sucede e/ou abrange o enfermo

³⁰⁶ José Fragata e Luís Martins apud Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues. *Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente*, in Data Venia, Ano 1, n.º 01, julho - dezembro 2012, pp. 17 e ss

³⁰⁷ Bruno, Paula. *Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal*, Coimbra Editora, 2010, p. 39

³⁰⁸ José Fragata e Luís Martins apud Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, ob.cit. pp. 8-9.

intervenção do acaso e o não atingir o resultado previsto são, segundo estes autores, as traves mestras do edifício do erro médico.

Por sua vez, ROMEO CASABONA, entende que o erro médico ser somente a comprovação factual que algo não aconteceu bem do ponto de vista técnico, nunca supondo uma valoração jurídica e circunscrevendo-o como “defeito de aplicação de métodos, técnicas e procedimentos nas distintas fases de actuação do médico (técnica exploratória, diagnóstico, prognóstico, realização do tratamento)”³⁰⁹.

Segundo ÁLVARO RODRIGUES³¹⁰, o “aspecto essencial do erro médico é a falta de consciência (focal ou marginal) do mesmo, pelo agente, pelo menos até ao momento em que é praticado, o que, todavia, não significa a ausência da sua previsibilidade abstracta”.

A este propósito, igualmente Sónia Fidalgo³¹¹ vai pelo mesmo diapasão ao sublinhar que os erros humanos não são cometidos de modo deliberado, todavia, apenas, consequência natural da actividade humana.

Já a Agency for Healthcare Research and Quality³¹² descreve os erros como “enganos realizados no processo de cuidados e que resultam ou têm o potencial para resultar em dano para o doente”.

Podemos concluir assim, a partir dos considerandos descritos que, apesar de não existir um conceito igual de erro médico na doutrina, o erro é característica inerente a todo ser humano.

No entanto, compreende-se a dificuldade da sociedade em o aceitar no seio de certas actividades profissionais³¹³, sobretudo quando essas actividades influenciam na saúde ou segurança da própria sociedade. Daí que, não obstante a actividade médica ser caracterizada, em

³⁰⁹CASABONA, Romeo apud RODRIGUES, Álvaro, *Responsabilidade Médica em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 288

³¹⁰ RODRIGUES, Álvaro. *Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente*, in Data Venia, Ano 1, n.º 01, julho-dezembro 2012, p. 12

³¹¹ FIDALGO, Sónia apud RODRIGUES, Álvaro, id., ibid.

³¹² AHRQ, 2003 apud *Tomada de posição sobre segurança do cliente*, p. 2

³¹³ P.ex. médicos, pilotos da aviação civil, etc.

regra, como uma obrigação de meios, para a sociedade ela ainda é compreendida como uma obrigação de resultados.

Para professor FREIRE³¹⁴, estudioso de medicina legal no início do século, e um dos fundadores da deontologia considerava três tipos de erro médico: - Erro de tratamento; - Erro de diagnóstico; - Erro na dosagem de medicamentos. O erro médico de diagnóstico segundo aquele autor divide-se em inevitável e evitável. O inevitável é estranho à competência do médico, decorre da falta de recursos, de condições técnicas ou "insuficiência da própria medicina" e diminui com o progresso.

Hoje temos uma variável deste conceito de "erro" benefício adverso/dano que é o conhecimento de um grande número de doenças diagnosticadas apenas por recursos extraordinários, como ressonância magnética.

A rigor não configura erro médico, mas insuficiência de meios. Os erros inevitáveis não seriam punidos, segundo o autor. Os evitáveis, por sua vez, segundo ainda autor citado são da responsabilidade direta do médico. Não deixa de ser interessante a noção de evitabilidade porque coloca o médico como a medida essencial do certo e do errado, a distinção entre o bem e o mal na medicina. Cita um erro de diagnóstico de Billroth, que submeteu à extensão forçada um membro inferior com fractura ignorada do fêmur o que resultou em gangrena e amputação. Ao constatar o erro, comentou com muita propriedade que o caso fora proveitoso porque lhe ensinou "o que não devia ter feito". A propósito, acertar sempre é um atributo sobre-humano, errar é quase humano, mas não aprender com o próprio erro é desumano³¹⁵.

5.3 As regras da arte médica e o dever objectivo de cuidado

As normas da arte médica, em certo momento histórico não são mais do que um conjunto de regras constantes no Estatuto da Ordem dos Médicos, Estatuto do Médico, Código Deontológico da Ordem dos Médicos, assim como em leis específicas que regem os ensaios clínicos, colheita e transplante órgãos, exposição a radiações, procriação medicamente assistida, recomendações de organizações de saúde, normas técnicas que estabelecem regras a seguir pelos

³¹⁴ FREIRE O. **Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1935.

³¹⁵ Idem

médicos (que vão desde o diagnóstico até convalescença do paciente), assim como nos procedimentos técnicos que devem ser observados para determinados actos médicos, etc³¹⁶.

Os actos médicos praticados com infracção das normas da arte médica são puníveis no âmbito criminal quando, por via dessa violação, se puser em causa a integridade física ou a vida do paciente. No âmbito civil, as condutas expostas acima, sejam elas cometidas por intermédio de negligência (mera culpa) ou por dolo, impõem a obrigação de indemnizar, por força do disposto no n. 1º do art. 483º do CC.

Resta ainda acrescentar que a violação às regras da arte médica tanto pode ser cometida em qualquer modalidade de dolo³¹⁷ o que implica, precisamente, a violação do dever objectivo de cuidado, sendo mais frequente na modalidade de dolo eventual, como no âmbito da negligência.

A sua confirmação, contudo, exige que, para cada situação em concreto, sejam demandados peritos com saberes específicos para cada tipo de evento, pois o juiz não é a pessoa mais qualificada para certificar o “se” e o “como” da violação às legis artis dado que é exigido um vasto conhecimento técnico e científico do campo da medicina que, provavelmente, o juiz não dispõe³¹⁸.

Contudo, ao juiz cabe a palavra final, pois é ele – depois de ouvidos os pareceres dos técnicos, das testemunhas, arguidos, ofendidos e/ou assistentes – quem vai avaliar e decidir sobre se houve, ou não, infracção às regras da arte médica. A violação do dever objectivo de cuidado leva-nos para os ilícitos negligentes.

Para a averiguação e valoração da violação do dever objectivo de cuidado deve o julgador, em cada caso em concreto, fazer apelo a um juízo de prognose póstuma, de forma a atingir um critério segundo o qual um profissional médico proficiente - se estivesse colocado na posição do agente - não teria prosseguido com idêntico comportamento. Ou seja, o juiz coloca-se num momento *ex antes* para investigar se naquela situação em concreto, e dadas as circunstâncias que

³¹⁶ OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de. *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*. Mestrado em Direito Público, Internacional e Comunitário. Porto. 2013.p.15

³¹⁷ CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal, Parte Geral*, 2ªed. Coimbra Editora,2008, pp. 529-530

³¹⁸ OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de. *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*. Mestrado em Direito Público, Internacional e Comunitário. Porto. 2013.p.15

envolvem o agente, era previsível e evitável o resultado danoso servindo-se, para isso, de um modelo padrão que define o dever objectivo de cuidado.

Modelo esse, por sinal, que corresponde ao profissional da especialidade mediantemente³¹⁹ competente e prudente.

Este modelo, como bem sugere Paula Faria³²⁰, deve ser construído, necessariamente, em todos os julgamentos em que esteja em causa o dever objectivo de cuidado. Vem-nos assim à ideia um modelo padrão dinâmico que se ajusta consoante os casos e as circunstâncias em concreto.

Segundo CASTALDO³²¹, o facto da existência, nos nossos dias, das mais variadas especialidades dentro do meio hospitalar – designadamente cirurgia, pediatria, obstetrícia, anesthesiologia – leva a que o modelo padrão varie consoante o profissional em causa. Assim, o julgador na sua valoração judicial terá que recorrer ao modelo padrão não do “médico médio”, mas do “cirurgião médio”, “pediatra médio”, “obstetra médio”, “anestesista médio”, e assim sucessivamente.

Importa, ainda, sublinhar que não podemos afirmar que a infracção às regras da arte médica importa necessariamente a violação do dever objectivo de cuidado até porque, como frisámos acima, os critérios de avaliação, certificação ou valoração destes conceitos são diferentes⁵⁶. Pense-se, por ex., que numa determinada situação em que as regras da arte médica impõem determinado procedimento, mas que, no entanto, o médico considera que a sua nova técnica é mais eficaz e prossegue com ela e trata o paciente: violou as *legis artis*, mas não o dever objectivo de cuidado.

“Pode acontecer que o médico que não actuou de acordo com as legis artis não tenha violado o dever objectivo de cuidado na situação concreta, ou acontecer uma violação objectiva de cuidado do médico, ainda que tenha cumprido as regras da arte médica.”³²²

³¹⁹ FIDALGO, Sónia *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra Editora, 2008, pp. 61-68.

³²⁰ FARIA, Paula, ob. cit., p. 19.

³²¹ Castaldo apud FIDALGO, ob. cit., p. 60

³²² FARIA, Paula apud ac. TRL, proc. 5072/07.4TDLSB.L2-9, de 23-05-2013, notas gerais.

Nesta óptica, podemos dizer que por via da averiguação da violação das regras da arte médica apenas é possível concluir se existem, ou não, indícios da violação ao dever objectivo de cuidado³²³.

Deste modo, é nosso pensar que, para perscrutar acerca da violação do dever objectivo de cuidado, o julgador, num determinado caso em concreto deve, numa fase inicial, munir-se dos conhecimentos necessários – sejam eles provenientes de peritos, arguidos, testemunhas, ofendidos e/ou assistentes – de forma a indagar se foram, ou não, cumpridas as regras da arte médica. Até porque, como já referido, a violação às regras da arte médica constitui um indício forte, mas não decisivo, de que não foi cumprido o dever de cuidado a que o profissional médico está obrigado e é capaz.

“É que regras da arte médica e cuidado objectivo devido não são conceitos coincidentes, sendo a violação das regras da arte médica apenas um indício da violação do dever objectivo de cuidado.”³²⁴

É necessário, ainda, ter sempre presente que nem toda a violação às regras da arte médica tem relevância penal ou civil isto porque, desde logo, pode estar em causa, por ex., um chamado near miss³²⁵ que não provocou qualquer dano nem qualquer perigo para a integridade física ou vida do paciente. Logo, se não houve dano não pode sobrevir a responsabilidade civil, porquanto o dano.

Por outro via, pode ocorrer uma violação às regras da arte médica, mas se não existir nexos causal entre o facto (conduta do agente) e o dano é, desta forma, inviabilizado qualquer tipo de responsabilidade³²⁶.

³²³ RODRIGUES, Álvaro. *Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente*, in Data Venia, Ano 1, n.º 01, julho-dezembro 2012, p. 282

³²⁴ OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de. *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*. Mestrado em Direito Público, Internacional e Comunitário. Porto. 2013.p.15

³²⁵ FRAGATA, José. *Segurança dos Doentes: Uma Abordagem Prática*. Lisboa, Lidel, 2011, pág. 25

³²⁶ OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de. *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*. Mestrado em Direito Público, Internacional e Comunitário. Porto. 2013.p.15

Não pretendemos afirmar de forma segura, que o médico não possa ser alvo de um processo disciplinar no âmbito interno; agora, que possa ser punido para além disso, julgamos que não. Na mesma visão, pode igualmente ocorrer que o médico tenha seguido escrupulosamente as boas práticas médicas, onde se consubstancia as regras da arte médica e do dever objectivo de cuidado. Mas o dano, ainda assim, ocorreu. É aquilo a que chamamos como erro médico não culposos que, devido a uma qualquer razão, escapou ao profissional. Numa tal situação é fácil prever que será muito difícil conseguir apontar a culpa ao médico e, logo, sem culpa não poderá haver responsabilidade civil ou penal.

5.4 O erro médico não culposos e a negligência médica

O erro médico não culposos pode ser traduzido numa falha, lapso ou engano num plano que vai frustrar o resultado pretendido; por seu turno, a negligência médica – v.g., erro por negligência, erro culposos – ocorre por via da violação do dever objectivo de cuidado a que o profissional está obrigado e é capaz.

Temos como exemplo de negligência médica é a situação da compressa esquecida no corpo do doente, aquando da sutura³²⁷. Nesta situação, parece-nos, está em causa uma transgressão às regras da arte médica (*legis artis*) da profissão e a violação do dever objectivo de cuidado, pois foi pelo não cumprimento das regras da arte médica que se infringiu o dever objectivo de cuidado.

Deste modo entendemos baseado nas afirmações José Fragata quando diz – trazendo como exemplo de uma foto de um raio x como protocolo a observar para dar resposta a essas questões – que existem estabelecimentos hospitalares com protocolos de exigência da contagem de compressas, agulhas e outros instrumentos cirúrgicos antes de suturar o paciente³²⁸.

Caso, após realizada a sutura, ter sido deixado um elemento estranho no corpo do paciente estamos, assim, face uma violação às *legis artis*, porque não foi cumprido o protocolo exigido pelo estabelecimento hospitalar para aqueles actos médicos. Assim, com a desobediência às *legis artis* estamos, como tal, face um bom indício da violação do dever objectivo de cuidado.

³²⁷ Aquilo a que José Fragata designa por: “never events”, ou seja, eventos que nunca deviam acontecer. Ainda segundo este autor, o esquecimento de corpos estranhos em cirurgias pode ocorrer em cerca de 1 por 10.000 intervenções. V. José I. G. Fragata, «*Erros e acidentes no bloco operatório*: revisão do estado da arte» RPSP, 2010; Vol. Tem. (10):17-26 in www.elsevier.pt/rpsp, pág. 23.

³²⁸ FRAGATA, José. *Segurança dos Doentes: Uma Abordagem Prática*. Lisboa, Lidel, 2011, pág. 25

No que diz atinente ao erro médico não culposo – enquanto falha, lapso ou engano – trazemos exemplo apontados por Álvaro Rodrigues³²⁹ dizendo que, mesmo quando tomadas todas e as devidas providências bem como todos os cuidados inerentes ao tipo de cirurgia, o médico-cirurgião lesa um nervo facial na remoção cirúrgica de um tumor da parótida ou secciona, indesejadamente, uma artéria quebradiça durante o acto cirúrgico. Nesta situação, julgamos ser de afastar a negligência, porque a negligência culpa, é justamente um dos elementos da culpa.

“A responsabilidade do médico-cirurgião decorrente do erro de execução em que incorreu ao perfurar o canal biliar durante uma intervenção em que se utilizou a técnica da laparoscopia não se impõe necessariamente, constatado o mencionado erro, considerando que o erro constitui um risco inerente a uma actividade humana como é a intervenção cirúrgica, mas também porque a responsabilidade em causa não é uma responsabilidade objectiva”.³³⁰

Se da análise da doutrina é clara a distância que separa estas noções, no concreto o intervalo que os separa nem sempre é manifesto³³¹.

Como sabemos o erro pode ocorrer a qualquer profissional diligente e que não é impreterível que a culpa se revele conclui-se deste modo, que o erro nem sempre coincide com a violação das legis artis ou com a violação do dever objectivo de cuidado. Por outro via, a negligência médica – erro culposo – pressupõe sempre a existência de um tipo de ilícito e de um tipo de culpa. Ou seja, quando o profissional actua, violando, de uma maneira leviana, o dever objectivo de cuidado a que está obrigado e de que é capaz³³², está a agir ilicitamente e com culpa. Isto é, *“a negligência contém um tipo de ilícito e um tipo de culpa; no primeiro, reside a violação*

³²⁹ RODRIGUES, Álvaro. *Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente*, in Data Venia, Ano 1, n.º 01, julho-dezembro 2012, p. 289

³³⁰ OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de. *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*. Mestrado em Direito Público, Internacional e Comunitário. Porto. 2013.p.19

³³¹ GONÇALVES, Carla, *A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema para Além da Culpa*. Coimbra Editora, 2008, p.24.

³³² OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de. *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*. Mestrado em Direito Público, Internacional e Comunitário. Porto. 2013.p.20

de um dever de cuidado objectivo; no segundo, a censurabilidade pessoal dessa falta de cuidado de que o agente é capaz.”³³³

Isto equivale afirmar que a infracção do dever objectivo de cuidado é elemento da ilicitude e não da negligência em si. Para aferição da culpa deve-se atender às capacidades pessoais do agente e ao grau de reprovabilidade da sua falta de cuidado, no caso em concreto, bem como às circunstâncias que envolvem o agente. Ainda quanto ao grau de reprovabilidade interessa destacar não servir como atenuante o facto de o agente, no caso em concreto, estar impedido de compreender o dever de cuidado devido a cansaço, perturbação, defeito corporal ou falta de inteligência³³⁴.

Contudo, nem sempre é fácil saber se o dano surgiu de um erro não culposo – e, por isso, desculpável – ou, se pelo contrário, proveio de um erro culposo proveniente da falta de cuidado adequado e exigível a um profissional médio da especialidade perante uma certa situação concreta. E é nesta sede que o problema da prova surge. Assim, podem estar reunidos todos os pressupostos da responsabilidade civil ou criminal, mas se não existir prova de culpa nunca subsistirá, respectivamente, a obrigação de indemnizar³³⁵ ou o ilícito típico.

No âmbito penal vigora o princípio da culpa³³⁶, dizendo que para haver pena tem que existir culpa, com a medida da pena a nunca poder ultrapassar a medida da culpa. Poderá, supostamente, a medida da pena ser inferior a grau de culpa do agente, se para isso se entender que aquela pena realiza adequadamente a exigências de prevenção³³⁷. A culpa no direito penal funciona como requisito e limite das penas.

³³³ OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de. *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*. Mestrado em Direito Público, Internacional e Comunitário. Porto. 2013.p.20

³³⁴ ALBUQUERQUE, Pinto de, ob.cit., p. 112

³³⁵ Cf. art. 483º do CC

³³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português, *As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra Editora, 2009, pp. 73 e 208.

³³⁷ OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de. *O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde*. Mestrado em Direito Público, Internacional e Comunitário. Porto. 2013.p.20

Em relação ao direito civil, a culpa funciona como pressuposição da responsabilidade civil. Aliás, resulta da própria lei que “*só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei*”³³⁸. É aquilo que o nosso ordenamento jurídico chama por responsabilidade objectiva, ou responsabilidade pelo risco. fora estes desvios à regra, não há responsabilidade sem culpa, ou seja, a responsabilidade é subjectiva.

No dizer do ANTUNES VARELA “*A culpa exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente*”³³⁹.

A culpa no Direito civil, tanto abarca o dolo como a mera culpa (negligência). A diferença entre dolo e negligência tem maior impacto no Direito Criminal (visto que a culpa vai influir na medida da pena) do que no Direito Civil, mas não é irrelevante neste último domínio, porquanto o comportamento conduta doloso ou negligente impõe sempre obrigação de indemnizar³⁴⁰.

5.5 Erro de diagnóstico.

De forma comum, a relação entre o médico e o doente envolve várias etapas. Inicia desde primeiro contacto inicial e vai desaguar no diagnóstico, apontando a maneira de tratamento do mal que aflige o enfermo. O diagnóstico é o grande passo em direcção à cura. Possibilita a observação dos sintomas apresentados pelo doente, com o emprego da ciência e da técnica, para se chegar a uma conclusão sobre seu estado de saúde. Depois que conhece o diagnóstico, o médico chega à conclusão acerca do tratamento adequado. Portanto, um diagnóstico errado poderá induzir o médico a também errar na forma de tratamento³⁴¹.

A condição humana, por ser limitada e insuficiente, conduz ao cometimento de falhas e erros. Diversas vezes, seja pelo contexto, seja pelo caso pessoal, o ser humano erra. A partida, a noção de erro é considerada num nível aceitável. Entretanto, em certos casos, o erro é visto de maneira mais severa. Isso ocorre, sobretudo, quando é observado a partir do dano que tenha

³³⁸ n. 2 do art. 483º do CC

³³⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações Em Geral.*, vol. 1, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p.566.

³⁴⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes. *Direito das Obrigações*, vol. 1, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, pág. 318.

³⁴¹ FREITAS E SOUSA, Leila Cristian Correia de. *Responsabilidade civil do medico por erro de diagnóstico*. Mestrado académico em ciências jurídicas. Lisboa. 2016.p.82

causado, bem como da impossibilidade de reverter suas consequências. Independentemente do grau do comportamento daquele que errou, não se pode tratar, da mesma forma, um erro na emissão da segunda via de um documento e o erro de diagnóstico que resultou na morte de um paciente³⁴².

A esse respeito, descreve José Fragata³⁴³ “*De facto isolado, de ocorrência vergonhosa, mas totalmente natural e consequência da humanidade que existe em cada um de nós, o erro transforma-se num problema de grande escala quando ocorre em actividades com consequências gravosas, como acidentes de transporte, aviação civil ou a medicina. Nestas áreas, como em outras de grande impacto, os erros provocam danos, por vezes, permanentes e devastadores, perda de vidas humanas, perdas económicas e provocam ainda impacto negativo na opinião pública, com quebras graves de reputação e de credibilidade*”.

Numa outra abordagem, José Fragata e Luís Martins³⁴⁴ dizem que, numa perspectiva individual, o erro humano é caracterizado como sendo resultado de processos mentais. Esse tipo de erro sucede, por exemplo, na ausência de atenção, na falta de cuidado e no baixo nível de motivação. Segundo explicam, numa abordagem do sistema, presume-se que os erros são decorrentes de uma longa sucessão de razões que, em conjunto, suscitam danos aos doentes. Significa que, apesar da imutabilidade da condição humana, os casos em que os indivíduos trabalham podem, sim, ser alteradas.

Ainda segundo os autores reconhecem que, do ponto de vista pessoal, o erro está ligado à condição humana, sendo o erro de diagnóstico uma das possibilidades. Pode revelar-se no modo de erro de diagnóstico propriamente dito ou no atraso deste, por lapso na realização de exames apontados, no uso de exames desatualizados e na ausência de atuação adequada, ante o acesso aos exames realizados pelo doente.

No âmbito da medicina, o erro de diagnóstico é, sem dúvida, um dos mais danosos. Esse tipo de falha pode originar consequências nefastas, desde uma lesão física, podendo até, nas

³⁴²³⁴¹FREITAS E SOUSA, Leila Cristian Correia de. *Responsabilidade civil do medico por erro de diagnóstico*. Mestrado académico em ciências jurídicas. Lisboa. 2016.p.82

³⁴³ FRAGATA, José. *Risco clínico: complexidade e performance*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 182-183.

³⁴⁴ FRAGATA, José; MARTINS, Luís. *O erro em medicina: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*. Coimbra: Almedina, 2014, pp.43-62.

situações mais graves, resultar na morte do doente. Tratando da história do diagnóstico, diz que teve início quando os médicos sentiram a necessidade de empregar uma técnica para adquirir um saber mais apurado da enfermidade a ser tratada. Desta forma, conhecendo tecnicamente uma determinada enfermidade, os médicos poderiam tratá-la com mais precisão e maior probabilidade de cura³⁴⁵.

Para MATIELLO³⁴⁶ o diagnóstico é o somatório da análise da sintomatologia e da aplicação dos conhecimentos teóricos e práticos do profissional, agregados aos indicadores científicos mais modernos da medicina. Dessa forma, no contato inicial com o doente, necessariamente, o profissional da saúde deve efectuar uma anamnese, na qual, preliminarmente estuda a sintomatologia. É o passo inicial para o estabelecimento de um diagnóstico.

Existem, no entanto, certos males que precisam de diversos e complexos exames para o diagnóstico preciso do quadro clínico do paciente. Nessas situações, apenas um diagnóstico equivocado, por si só, não se configura em motivos para a responsabilização civil do médico. Diversas vezes, o diagnóstico exige a conjunção de vários elementos. Entre esses elementos, podem constar informações errôneas advindas do próprio paciente ou por ele omitidas. Conforme explica o autor citado, nesses casos, a análise da culpa deve ser pormenorizada, com a avaliação dos meios colocados ao alcance do médico, para a realização do diagnóstico. O mesmo não ocorre quando a análise clínica depende de métodos simples. Em tais casos, o médico não pode alegar a ausência de condições de trabalho.

Desse modo, não se pode ter uma visão determinista, transformando qualquer erro de diagnóstico em dever de indenizar. A responsabilidade civil do médico somente poderá ser considerada quando resulte de culpa, pela falta de diligência a que estava obrigado médico ou, ainda, quando o médico age com imprudência ou imperícia. Qualquer dessas hipóteses conduz o erro ao campo da culpa, sem influência de outros factores. Há situações em que o erro de diagnóstico pode conduzir o comportamento conduta para o terreno da responsabilidade objetiva, ainda de maneira excepcional.

³⁴⁵ ENTRALGO, Pedro Laín. *El diagnostico medico: historia y teoria*. Barcelona: Salvat, 1982, pp. 3-13.

³⁴⁶ MATIELLO, *Fabício Zamproga*. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: LTr, 2014, pp. 73-75.

De maneira geral, o erro de diagnóstico é considerado uma questão relevante em termos de responsabilidade civil do médico. ESTORNINHO³⁴⁷, “ocorre erro de diagnóstico se a avaliação do médico não corresponder à situação clínica do paciente”. Nesse caso, o profissional de saúde, tendo uma percepção equivocada do quadro clínico do paciente, identifica, de forma errônea, a doença, resultando em falha no tratamento ou no procedimento. Diferentemente do erro cometido por outros profissionais, o erro médico, sobretudo o erro de diagnóstico, pode ter efeitos devastadores no paciente, podendo ser fatal.

A responsabilidade civil do profissional da saúde surge da falta de diligência, sendo o erro consequência desta. Todavia, não raro, existe dificuldade no estabelecimento do nexo causal entre a conduta, seja comissiva ou omissiva, e o dano. As hipóteses em que se suscita o erro de diagnóstico devem ser analisadas de acordo com o caso concreto. Mesmo que o diagnóstico tenha sido realizado de maneira equivocada, é preciso aquilatar se, com as técnicas e os meios disponíveis, havia como proceder de maneira correta. Nesse sentido, assinala Guimarães³⁴⁸: “O diagnóstico, em várias situações, é, apenas, uma hipótese dentro do estágio atual da medicina. A ciência médica não é uma ciência exata. Em muitas circunstâncias, os sintomas são confusos. As decisões tomadas pelo profissional baseiam-se em probabilidades. Por isso, o erro de diagnóstico é, em princípio, escusável ou, dito de outra forma, nos casos controvertidos, o erro na identificação da patologia do doente não deve ser tipificado como resultante de imperícia, imprudência ou negligência”.

Quando se trata de erro de diagnóstico, é preciso esclarecer que não é suficiente a verificação de sua ocorrência para fazer derivar a responsabilidade do médico e, em consequência, o dever de indenizar. Na verdade, para ser caracterizado como indenizável, o erro deve estar inerente à ausência de diligência do profissional médico. Significa que outro profissional, em situação idêntica, indicaria o diagnóstico correto. Nessa situação, é inquestionável a ocorrência do erro de diagnóstico suscitado pela falta de diligência ou de perícia daquele profissional, sendo, portanto, causador de dano indenizável.

³⁴⁷ ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 298.

³⁴⁸ GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. *Responsabilidade médico-hospitalar*. In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria (orgs.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde*. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 872

Na análise dos defeitos do negócio jurídico, o erro, vício do consentimento, se configura quando há uma representação falsa da realidade, de forma que o agente não actuaria do mesmo modo se a conhecesse. Em razão da aparência é que o sujeito foi levado a errar³⁴⁹. Desta forma, em se tratando de erro médico, a noção errada da realidade diz respeito ao quadro clínico apresentado pelo doente. Essa hipótese deve ser aferida, quando da apreciação da responsabilidade civil do médico, revelando-se escusável perante o caso concreto.

É, portanto, escusável aquele erro que qualquer outro médico, com o uso da diligência solicitada pela situação, teria cometido, de maneira que não poderia ter sido evitado. Já o erro inescusável verifica-se quando o profissional da saúde foi negligente, imprudente ou imperito no emprego dos meios³⁵⁰ de que dispunha, seja para diagnosticar, seja para tratar o paciente. Nessa situação, o erro teria sido evitado, caso fossem tomadas as devidas providências.

Para CAVALIERI FILHO fundamenta que, na ocorrência do erro de diagnóstico, é necessário estudar cada situação concreta. Devem-se tomar como base o avanço da ciência e os meios tecnológicos à disposição. Desse modo, pode-se aquilatar se o médico tinha a possibilidade de chegar a um diagnóstico correcto, sem influência de factores como negligência, imprudência ou imperícia.

BORGES³⁵¹ define diagnóstico como sendo o acto médico realizado depois da anamnese e antes da indicação do tratamento. Com isso, é possível identificar os sintomas característicos daquela enfermidade, somando-se às informações fornecidas pelo paciente, sem prejuízo da utilização de exames complementares. Não há óbice para que o médico opte por determinado diagnóstico entre os vários existentes, desde que cientificamente indicado, ainda que depois conclua que não era o mais adequado. Esse facto, por si só, não fará incidir a responsabilidade civil daquele médico.

Segundo ainda autor em referência, o erro de diagnóstico pode abarcar acto do próprio médico ou do paciente (na hipótese em que omite informação importante ou informa errado), bem como falhas nos exames complementares. Em qualquer das hipóteses, o médico só será obrigado a indemnizar o paciente por erro de diagnóstico, quando houver dano. Desse modo, torna-se

³⁴⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil. Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 260.

³⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 406-407.

³⁵¹ BORGES, Gustavo. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, pp. 283-290.

evidente que não é o erro em si a causa da responsabilização do médico, mas sim a possibilidade de ser evitado com a diligência normal, usando dos meios disponíveis.

5.6 Erro de tratamento

O tratamento consiste em fase posterior ao diagnóstico, na qual o médico usa diferentes meios "para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor". Nesta etapa, o dever de prudência e de assistência deve ser incrementado, pois é o momento da realização do diagnóstico, momento em que se efectuam as intervenções sobre o corpo do doente, seja através de cirurgias, massagens ou farmacoterapia. Consistirá erro no tratamento não somente o erro na execução de uma cirurgia, por exemplo, todavia o descuido com elementos secundários que possam conduzir danos. Desta forma é a questão da infecção institucional, suscitado pela ausência de higiene e descuido no uso dos equipamentos. Consistirá em razão para responsabilização o esquecimento de equipamento dentro do corpo do paciente, utilização de medicamento sem o cuidado de perquirir de possíveis alergias do paciente, formulação de receita ilegível que leve o farmacêutico a entregar medicamento errado. Será na fase do tratamento que a perícia médica será avaliada de modo objectiva, pois, se diversas vezes o grau de desenvolvimento da medicina não possibilita diagnóstico adequado, no tratamento, o médico deve estar constantemente verificando as reacções às suas intervenções, tirando a prova da correção de seu diagnóstico.

5.7 Erro de dosagem

Para Fávero compete ao médico prescrever por meio de fórmulas magistrais os medicamentos que o paciente necessita para sua cura. Todavia, Isso exige o conhecimento de terapêutica além de memória pródiga para recordar nomes exóticos de substâncias naturais e sua dosagem personalizada. Acrescenta o autor citado "a responsabilidade pelas conseqüências daí advindas, nestes casos, caberá igualmente ao farmacêutico que aviou a receita". Neste caso a falta de conhecimentos técnicos adequados configura a imprudência em prescrever drogas não bem conhecidas, e isto pode conduzir a responsabilização³⁵².

352 FÁVERO F. *Deontologia médica e medicina profissional*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1945. p.10

5.8 Distinção entre erro de diagnóstico e erro de tratamento

De acordo com SHAEFER³⁵³ a relação entre médico e paciente tem várias etapas, tendo início desde o contato no consultório até o tratamento e, dependendo da hipótese, a cura. Assim, essa relação envolve limites éticos, morais e legais, tendo dois grandes marcos: o diagnóstico e o tratamento.

O tratamento errado pode ser resultado do erro de diagnóstico. Esse facto pode agravar, ainda mais, a responsabilidade do médico.

Segundo a autora citada, na fase de tratamento, devem ser usados os meios disponíveis para se atingir à cura. Ou, se esta não for possível, o médico deve diligenciar para amenizar o sofrimento causado pelo mal que acomete o doente, respeitando os padrões científicos e éticos. Caso o diagnóstico esteja correcto e o estado clínico do paciente seja agravado durante ou após o tratamento, por reacção inesperada ou imprevisível intrínseca ao paciente, excluída estará a responsabilidade civil do médico. Acerca do erro de tratamento, afirma MATIELLO³⁵⁴

Embora o tratamento inadequado seja causa frequente de complicações que conduzem ao resultado lesivo, nem sempre há associação necessária entre o procedimento e o dano, já que mesmo o tratamento correcto e rigorosamente dentro dos padrões científicos pode levar a um resultado danoso idêntico ao causado por erro. As reacções do organismo alteram de uma pessoa para outra, apesar de ser lícito esperar certa reacção comum diante de determinado medicamento, e, por excepção, evolução distinto. Actuando segundo as normas técnicas vigentes, não será responsabilizado o profissional pela superveniência de resultado lesivo decorrente da individual reacção do paciente ao tratamento correctamente aplicado.

De acordo o autor, o erro de diagnóstico é bem mais aceitável do que o erro de tratamento. Este envolve problemas materialmente estimáveis. O médico deve, por exemplo, observar se certo medicamento é aceite ou não pelo organismo do paciente. Por este e outros factores, a margem de erro é bem menor, considerando-se que o profissional já conhece a doença. Em determinadas situações, entretanto, o erro de tratamento poderá derivar do erro de diagnóstico. Em outros, o erro pode ser resultado da imperícia do médico, quando indica certos tratamentos ao paciente, sem que

³⁵³ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 59-78

³⁵⁴ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: LTr, 2014, pp. 78-80

seja sua especialidade ou área de atuação. Assim, mesmo diante de diagnóstico correcto, pode suceder que o encaminhamento dado à tentativa de cura da doença seja incompatível, ocasionando, na maioria das vezes, danos ao paciente.

5.9 Verificação do dano e do nexó causal na hipótese de erro de diagnóstico

Como foi mencionado, não é todo erro de diagnóstico que resultará na responsabilização do médico pelos danos causados, mesmo observando-se que não tenha sido o mais adequado para aquela situação específica. O profissional apenas será responsabilizado se restar demonstrado que deixou de actuar com atenção precisa, dentro dos critérios adoptados pela ciência. Para BORGES³⁵⁵, *“ao averiguar a responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico, o juiz deverá investigar todos os cuidados que foram dispensados ao paciente lesado, como a atenção, o tipo de exame, as possibilidades para a investigação científica de acordo com o momento científico, de modo que a desatenção, negligência são elementos suficientes para a constatação da culpa do médico”*.

Portanto, ainda que haja dano provocado por erro de diagnóstico, é preciso que o erro seja inescusável para fazer originar o dever de indemnizar. É necessário que o erro seja resultado da ausência de diligências elementares. Acontece, por exemplo, quando o médico deixa de pedir os exames complementares necessários à formação do diagnóstico ou apontar tratamento inadequado ao mal que aflige o paciente. Não se trata, na última hipótese, de opção por um diagnóstico, dentre os previstos pela ciência para aquela situação, que depois se demonstre não ter sido o mais adequado. A responsabilidade civil do médico aparece, se ele fizer um diagnóstico inteiramente diferente da sintomatologia apresentada pelo doente.

Independentemente de ter sido o diagnóstico errado, até mesmo por erro grosseiro, para fazer surgir o dever de indemnizar do médico, faz-se necessária a prova do dano, apurado com base em uma cuidadosa análise. Cita-se a hipótese de um paciente que foi diagnosticado com uma mera inflamação na garganta. Todavia, no segundo exame, feito na mesma ocasião por outro médico que realizou exame complementar, constata-se que, na realidade, tratava-se de uma inflamação nas cordas vocais. Não se pode esquecer que o diagnóstico foi feito de modo errado,

³⁵⁵BORGES, Gustavo. Op. cit., p. 286

podendo-se considerar o erro como grosseiro. Entretanto, convém verificar que tipo de dano sofreu esse paciente.

Distinto é a situação daquele paciente diagnosticado, de maneira errada, como sendo portador do vírus HIV, num simples exame de rotina que voluntariamente se dispôs a fazer, sem pedido médico. Trata-se de erro grosseiro, mas a repercussão do dano será diferente, considerando-se as consequências da notícia. Por mais que se tenha avançado no tratamento, a AIDS ainda não é uma doença curável, sendo imprescindível que o paciente seja medicado pelo resto da sua vida. Sem dúvida alguma, a falsa notícia provocará, no íntimo do paciente, uma reação bem diferente se comparada ao que ocorreria no exemplo anterior, cujo erro de diagnóstico não teria maiores implicações. No caso de diagnóstico errado apontando a presença do vírus HIV, surgirá para aquele médico o dever de indenizar, uma vez que fica constatado o nexo de causalidade entre o erro e o dano.

Nexo de causalidade, no campo médico, é a ligação que existe entre o erro de diagnóstico inescusável e o dano causado ao paciente. Muitas vezes, o dano fica demonstrado. Entretanto, não existe ligação entre a conduta do médico, seja comissivo ou omissivo, e aquele resultado indesejado. Ainda se tratando de exames laboratoriais, se o erro grosseiro é do laboratório, a princípio, não há como responsabilizar o médico solicitante.

Para tanto, é preciso constatar que aquele exame, por si só, dentro dos parâmetros da medicina, não era suficiente para levar ao diagnóstico. Nessa hipótese, responderá o responsável pelo resultado errado do exame, bem como o médico que o solicitou e não teve a cautela exigida para emitir o diagnóstico.

Em matéria de responsabilidade civil médica, como em qualquer outro tipo de responsabilidade, seja ela objectiva ou subjectiva, o primeiro pressuposto a ser observado é a existência do dano. Mesmo que se invoque o erro de diagnóstico como razão para a responsabilização, não haverá como exigir indemnização daquele médico que, de facto, errou no diagnóstico, mas que, por outra via, não causou qualquer dano ao paciente. Assim, embora se constate o dano, é preciso verificar o nexo causal. Com isso, é possível estabelecer uma relação de causa e efeito entre a conduta do médico, seja omissiva ou comissiva, e o resultado danoso para o paciente.

MATIELLO³⁵⁶ diz que, na responsabilidade médica, salvo exceções, a culpa é factor preponderante. Apenas num segundo momento, deve ser analisada a ligação entre a conduta culposa e o dano capaz de causar lesão ao direito de outrem. Entretanto, mesmo sendo essencial, o nexo causal nem sempre poderá ser visto de forma isolada, sobretudo quando vários factores contribuem para a ocorrência do dano. Acrescenta que a existência de culpa, por si só, não leva ao dever de indemnizar. Deve-se observar, igualmente, se o comportamento do médico teve ligação directa com o dano causado à vítima. A ação ou omissão do médico, embora de cunho culposos, pode estar dissociada do dano. Por outra via, este pode ser causado pelo próprio paciente, como ocorre na hipótese de negar-se a submeter-se a certo tratamento.

Na responsabilidade por erro de diagnóstico, emergem casos em que se constata o comportamento culposos do médico, causando dano ao paciente. No entanto, não existe nexo de causalidade entre aquele comportamento culposos e o dano causado ao paciente. Como já afirmado, esse elemento é essencial para a caracterização da responsabilidade do médico e, portanto, do dever de indemnizar.

CAVALIERI FILHO³⁵⁷ indica as duas principais teorias que se dedicam a explicar o problema do nexo causal. A primeira é a da equivalência dos antecedentes ou das condições, não diferenciando causa e condição. Dessa maneira, se várias condições concorrem para aquele resultado, terão todas o mesmo valor. É como se estivessem dentro de uma cadeia, não sendo necessário estabelecer qual teve maior ou menor eficácia, nem qual delas foi a mais grave. Essa teoria é criticada, porque provoca uma regressão no nexo causal, ao potencializar a causalidade.

A segunda é a teoria da causalidade adequada. A partir desse pressuposto, na concorrência de condições, deve-se verificar qual foi a mais adequada. Em razão disso, nem todas serão consideradas como causa, mas somente aquela que mais contribuiu para a produção do dano, desprezando-se as demais. A teoria da causalidade adequada é a adoptada no nosso ordenamento jurídico, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. No plano legal, aponta sua recepção pelo art. 563 do Código Civil.

³⁵⁶ MATIELLO, Fabrício Zamproga. Op. cit., pp. 57-59

³⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 48-55

Segundo RUTE PEDRO³⁵⁸, na seara de responsabilidade civil, o nexo causal tem natureza especial, na medida em que se constitui num dos seus principais pressupostos. É a partir desse nexo que se pode medir a maior ou menor extensão do dever indemnizatório. Trata-se, portanto, de instrumento de mensuração do valor reparatório devido, conforme dispõem os arts. 562º e 563º do Código Civil português. Com base nos critérios de avaliação constantes nos referidos dispositivos, é necessário averiguar se o ato foi, efetivamente, uma condição suficiente para a produção do dano. Deve-se igualmente examinar se o comportamento do médico pode ser considerado a causa do dano, do ponto de vista jurídico.

O legislador português adota, tal qual Moçambique, o critério da causalidade adequada. Significa que o comportamento do médico, provocadora do dano, apenas não será considerada como causa adequada, se restar demonstrado que foi indiferente para a verificação do resultado, que foi provocado por circunstâncias alheias.

Tratando do nexo de causalidade, diz RAPOSO³⁵⁹: *A doutrina do nexo de causalidade tem sofrido uma marcante evolução no seio do pensamento jurídico, que abandonou a teoria da causalidade natural (conditio sine qua non) e se firmou na teoria da causalidade adequada, com as correções, entretanto, aportadas pela teoria da conexão de risco em sede criminal. À luz dessas teorias, não serão chamados a responder todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para determinado resultado, mas somente os daquela condição que, em termos gerais e abstratos e à luz das regras comuns da vida, se possa considerar causa de certo resultado.*

Acrescenta a referida autora que, para determinar o nexo de causalidade, é preciso verificar se a causa tinha potencial para produzir o resultado. Ou, do contrário, se ele foi provocado por circunstâncias atípicas. Fica, então, difícil concluir se o resultado seria distinto, caso outro comportamento tivesse sido adoptado. Com base nessa variável que sucede no círculo do erro médico, os princípios norteadores do nexo de causalidade se revestem de dificuldade, em razão da complexidade e da imprevisibilidade do funcionamento do corpo humano. Outras vezes, o processo causal tem início antes da intervenção do médico.

³⁵⁸ PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado*. Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 148-151

³⁵⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 49-60

Por fim, a citada autora indica a teoria da causalidade adequada como sendo a adotada pelo direito português, com previsão no já citado art. 563º do Código Civil. Segundo esse dispositivo, a condição somente deixará de ser causa do dano, caso se revelar totalmente indiferente para a produção do resultado. Prevê o artigo mencionado que a causalidade também opera com critérios de probabilidade. Do contrário, haveria a certeza absoluta. Assim, para a responsabilização do médico, é necessário que exista a certeza jurídica, não sendo suficientes apenas estatísticas ou suposições. Em suma, só se pode afirmar a existência do nexo causal, quando este não seja interrompido por circunstâncias estranhas.

Erro de diagnóstico em exames laboratoriais e radiológicos

Nessa hipótese, está-se diante do caso do médico que diagnostica o paciente com base em exame de resultado inteiramente distinto da sua situação clínica. Várias consequências poderão advir como consequência de erro nos exames laboratoriais e radiológicos. Na hipótese de existir dano, será responsabilizado quem realizou e atestou o exame. Se o médico foi induzido a erro pelo exame, a regra geral é que não responda civilmente. Porém, não ficará isento de responsabilização, se for constatado que aquele resultado não requeria outros cuidados médicos, como a realização de exames complementares. Cite-se como exemplo uma apendicite.

Segundo MERCK³⁶⁰, consiste numa inflamação aguda do apêndice vermiforme, tendo como sintomas dor abdominal, anorexia e vômitos. Nesse tipo de ocorrência, chegasse ao diagnóstico rapidamente, por simples observação dos sintomas apresentados pelo paciente. Na maioria das vezes, basta o diagnóstico clínico, através de apalpação da área.

Mas pode ocorrer a hipótese de o médico não fazer o diagnóstico inicial, embora o paciente apresentasse fortes dores abdominais. O médico optou por solicitar uma ultrassonografia de abdômen, não se detectando o problema. Baseando-se unicamente no exame, o médico ministrou um medicamento para cólica abdominal e deu alta ao paciente. Mas este veio a óbito três dias depois, acometido de infecção generalizada, apesar da assistência posterior e do internamento hospitalar tardio. Só depois, verificou-se que ocorreu erro no exame solicitado no atendimento inicial.

³⁶⁰ BEERS, Mark H. Et al. Manual Merck: *diagnóstico e tratamento*. Tradução de Paulo César Ribeiro Sanches. São Paulo: Roca, 2008, pp. 100,106-107

Para MATIELLO há responsabilidade objectiva em relação a erro de diagnóstico consistente no lapso em exames laboratoriais, que deveriam constatar a presença ou a ausência da doença. Porém, se a análise laboratorial é meio idónea, incorre o médico na responsabilidade objectiva, restando-lhe somente o ônus de demonstrar alguma causa da exclusão da ilicitude.

No exemplo indicado, deve-se estudar a responsabilidade de cada um dos médicos envolvidos. Em relação ao profissional que efectuou o exame de ultrassonografia, conduzindo a equívoco o segundo médico, resta clara sua responsabilidade pelo erro de diagnóstico, visto que não detectou a apendicite. Já o médico que atendeu o paciente, encaminhando-o para exame, poderia se eximir do dever de indenizar, se fosse o caso de diagnóstico que se exaurisse somente no exame de ultrassonografia. Mas não foi o que aconteceu. Embora o exame não tenha constatado a moléstia, o primeiro profissional tinha o dever de examinar clinicamente o paciente e, dessa forma, diagnosticar a apendicite. Nessa hipótese, ambos respondem civilmente, de forma solidária.

Ao contrário, se o exame fosse o único meio possível para se chegar ao diagnóstico, não haveria responsabilidade do médico que primeiro atendeu o paciente, mas, tão somente, do que realizou o exame e atestou o laudo. Some-se a isso o facto de que, durante o tratamento, havia motivos para o médico desconfiar do equívoco e, ainda assim, deixou de realizar outras pesquisas. Hoje, são crescentes os casos análogos ao exemplo indicado. Essas e outras ocorrências têm aumentado a judicialização dos problemas envolvendo erro de diagnóstico.

Falta de preparo técnico do médico

Nessa situação, o médico diagnostica erradamente doença para cuja especialidade não possui preparo técnico, actuando, portanto, com imprudência manifesta. É a situação do pneumologista, plantonista em um hospital, que recebe e atende paciente com distúrbio neurológico. Em razão do despreparo para aquela especialidade, diagnostica um coágulo no cérebro do paciente e encaminha-o para o centro cirúrgico. Como não tinha competência para a identificação e o tratamento daquela enfermidade específica, a providência a ser tomada seria o imediato encaminhamento do paciente para o profissional daquela área de conhecimento científico.

Segundo MATIELLO³⁶¹, quando o médico efectua diagnóstico no campo científico diferente da sua, comete um acto de imprudência. O mesmo sucede na hipótese de certo médico, sem conhecimentos técnicos, fazer um diagnóstico errado. Depois, seu colega realiza procedimento cirúrgico embasado no erro consubstanciado no laudo. A princípio, a responsabilidade recai somente no profissional que realizou o diagnóstico. Todavia, a responsabilidade será solidária, se o cirurgião também actuou com culpa, equivocando-se quando da realização do procedimento.

353 Inobservância dos sintomas apresentados pelo paciente

Actua de modo negligente o profissional que desconsidera a existência de modificação no quadro de paciente que lhe narra toda a sintomatologia. Baseado somente nessas informações, o médico não tem a cautela de fazer uma análise mais aprofundada do problema, de maneira a diagnosticar o mal de modo correcto e segura. Refira-se a hipótese de paciente que faz uma consulta com um hepatologista e relata os sintomas típicos de câncer hepático primário. Segundo MERCK³⁶², embora inespecíficos, os principais sintomas são perda de peso e desconforto no quadrante superior direito do abdómen, sendo a questão diagnosticável através de exame de imagem. Ao invés de tomar essa providência, o médico limitou-se a prescrever exames laboratoriais, para analisar a função hepática.

Dias depois, o paciente retornou com os exames, referindo as mesmas queixas. O médico, então, diagnosticou a existência de esteatose hepática, prescrevendo dieta com restrição de gorduras e determinando o retorno do paciente ao final de sessenta dias, para nova avaliação. Com o agravamento dos sintomas, o paciente procurou outro médico da mesma especialidade. Este, após a realização de exames de imagem e a cuidadosa análise dos exames laboratoriais, diagnosticou câncer hepático primário. Trata-se de caso típico em que a falta de um diagnóstico correcto por parte do primeiro médico terminou por retardar o tratamento.

Como se vê, o primeiro médico que examinou o paciente não teve a diligência necessária quando da análise da sintomatologia apresentada na primeira consulta. Por negligência, não fez uma análise atenta dos exames laboratoriais, atitude que resultou no diagnóstico errado. Sobre o assunto, anota MATIELLO³⁶³: “A aferição da culpa, nesse caso, exsurge da falta de cautela com

³⁶¹ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Op. cit., pp. 76-77

³⁶² Mark H. et al. Op. cit., pp.252-255.

³⁶³ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Op. cit., p. 77

que obrou, negligenciando nos deveres de acompanhar detidamente o quadro clínico e proceder a maiores averiguações, acarretando, com sua omissão, o desfecho lesivo”.

5.10 Possibilidade de culpa do paciente no erro de diagnóstico

Problema que levanta interesse no âmbito da responsabilidade civil é aquilatar se o paciente, pelo fornecimento de informações erradas ou pela omissão de informações relevantes à formação do diagnóstico, teve culpa concorrente com o médico que cometeu o erro de diagnóstico.

Para SHAEFER³⁶⁴ entende que, nessa situação, é possível observar a culpa concorrente do paciente. Entretanto, sublinha que a maioria dos tratadistas não aceita como erro de diagnóstico aquele que surge de informações erradas fornecidas pelo paciente. Segundo destaca a citada autora, os deveres de prudência e de diligência que deve ter o profissional, não podendo valer-se apenas das informações trazidas pelo paciente. Apesar dessa ressalva, reconhece que a responsabilidade pelo erro de diagnóstico pode ser verificada tanto de modo individualizada como de maneira concorrente. Na situação análise, será admitida uma parcela de culpabilidade do paciente que forneceu informações erradas, quando da fixação do valor indenizatório.

Segundo RAPOSO³⁶⁵ diz que, na análise da responsabilidade civil médica, no caso de haver mais de um agente que contribuiu para o cometimento do erro, cada um responde na proporção de sua culpa. Refere-se à hipótese em que uma das causas reside na conduta do próprio paciente, quando, por exemplo, não responde, com veracidade, às perguntas colocadas pelo médico. Entende, no entanto, que o paciente não pode ser responsabilizado isoladamente pelos danos causados. Tampouco será razão de exclusão da responsabilidade do médico, a não ser quando a conduta do paciente seja considerada a causa exclusiva do dano. Assim, havendo concausa, o médico será responsabilizado na medida da contribuição de seu comportamento para o dano causado ao paciente.

Na hipótese em estudo, somente as informações fornecidas pelo paciente ao médico não poderão ser usadas como base de um diagnóstico. Este deve ser construído a partir de um conjunto de informações, algumas delas obtidas através de exames laboratoriais ou de imagem. O médico deve ter a cautela e a diligência necessárias para poder chegar ao correcto diagnóstico. Dessa maneira, não pode ser ilidida a sua responsabilidade em face de alegação de culpa da vítima na

³⁶⁴ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2012, pp.73-74.

³⁶⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 7

prestação ou omissão de informações. Ademais, quando do estabelecimento do *quantum* indenizatório, numa condenação por erro de diagnóstico, o caso concreto e suas circunstâncias serão analisados.

5.11 Consentimento informado e sua relação com o erro de diagnóstico

Para FARIA³⁶⁶, tratando da prevenção de litígios, anota que são de extrema relevância determinados cuidados que devem ser tomados pelos médicos. Essas medidas evitarão conflitos e seu consequente judicialização por iniciativa do paciente. Destaca a importância do cumprimento do dever de informar, referindo-se às situações em que o comportamento do médico não é a esperada. Igualmente nessa situação, alegando falta de explicações, o paciente aciona judicialmente o médico. Além de informar o paciente sobre o diagnóstico e alertá-lo a respeito de todos os riscos que envolvem eventual tratamento, o médico deve documentar-se, inclusive, no que se refere à conversa de esclarecimento que teve com o doente.

Antes de consentir no procedimento, o paciente tem o direito de saber justamente o que se passa com sua saúde, desde o diagnóstico, até eventual tratamento. Portanto, só poderá revelar sua vontade, de forma livre e consciente, após ser esclarecido pelo médico sobre o diagnóstico, sua condição clínica e eventual necessidade de tratamento ou intervenção cirúrgica. O consentimento informado consiste na faculdade dada ao paciente, diante do esclarecimento sobre seu estado de saúde, de consentir com o tratamento mais adequado, manifestando para tal sua vontade de modo livre e consciente.

Para BELTRÃO³⁶⁷ explica que a expressão da vontade do paciente é de extrema importância para a validade do tratamento. Factores como a dor, a ansiedade e o medo podem interferir na formação da vontade do paciente. Desse modo, para a formação de sua convicção, o médico deve informá-lo sobre o diagnóstico e seu estado de saúde. Agregados a outros elementos, essa informação possibilitará ao paciente a manifestação livre da vontade, o que a tornará eficaz. Segundo acrescenta, o consentimento informado envolve dois momentos distintos: a informação dada pelo médico; a manifestação livre da vontade do paciente. O médico deve orientar o paciente

³⁶⁶FARIA, Paula Ribeiro de. *Os novos desafios da responsabilidade médica*. In RUEFF, Maria do Céu (coord.). *Direito da medicina (eventos adversos, responsabilidade, riscos)*. Lisboa: Coleção Ensaios. Universidade Lusíada Editora, 2013, pp. 75-77³⁶⁷
³⁶⁷BELTRÃO, Sílvio Romero. *O consentimento informado e sua dinâmica na relação médico-paciente: natureza jurídica, estrutura e crise*. Cadernos do Programa de PósGraduação. Direito/UFRGS. Vol. 9, nº 2, 2014, pp. 08-12.

a expressar seu consentimento em qualquer tipo de intervenção, dando-lhe oportunidade para avaliar informações e ter a noção exacta da dimensão do tratamento.

PEREIRA ³⁶⁸ressalta a informação sobre o diagnóstico como um dos pontos nevrálgicos da deontologia médica. O paciente tem o direito de ser informado a respeito da sua doença, até para que sirva de base para expressar seu consentimento informado. Por outra via, a manifestação abrupta do diagnóstico poderá ter um efeito maléfico sobre o paciente. Ante essa real possibilidade, deverá o médico informar o diagnóstico em linhas gerais, preparando o paciente de modo cauteloso.

Recorda o mencionado autor que, em algumas situações, o contrato tem como objecto fundamental exactamente o conhecimento do diagnóstico. Cita-se a hipótese de alguém que se submete a exame genético para prevenir certas doenças congênicas. Nesse tipo de exame, é de suma importância que o paciente tenha ciência do resultado, até mesmo para fins de prevenção de determinados casos futuros. Deve, portanto, o profissional da saúde comunicar o resultado do exame ou o diagnóstico, resultando sua omissão no inadimplemento contratual e, em consequência, em sua responsabilização.

Outro caso que o médico deve enfrentar acontece nas situações em que o diagnóstico é severo, a exemplo de uma doença descoberta em estágio terminal, que fatalmente levará o paciente a óbito. Nessa situação, o problema é saber se o dever de proteção ao paciente não se contrapõe ao direito à informação que ele tem.

Outro problema tormentoso é avaliar a hipótese em que o consentimento informado foi proveniente de informações fornecidas a partir de um diagnóstico errado. Ora, se o consentimento do paciente pressupõe que sua vontade seja manifestada de forma livre e consciente, resta patente que o erro de diagnóstico o conduziu a ter uma ideia diversa da realidade. Ele não manifestaria aquela vontade, direccionada ao tratamento específico, se não tivesse sido informado a partir de um diagnóstico equivocado. Resta claro que, nessa situação, houve vício do consentimento. Essa ocorrência afasta, de plano, a possibilidade de que aquela vontade seja considerada, para fins de consentimento de tratamento indicado com base em diagnóstico equivocado.

³⁶⁸PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 373-375.

5.12 Perda de uma chance e sua extensão na fixação da indemnização

5.12.1 Conceito

O instituto da responsabilidade tem evoluído de modo rápido, sobretudo em relação à culpa. Deixou-se de exigir a prova da culpa em praticamente todos os casos, com a consequente verificação dos seus pressupostos. Em consequência, passou-se a adoptar a responsabilidade objectiva, que independentemente da constatação da culpa, exigindo-se apenas a prova do dano e do nexo causal.

Originária do direito francês, a responsabilidade civil pela perda de uma chance aparece, aos poucos, ganhando terreno na doutrina e na jurisprudência de vários sistemas jurídicos. O instituto lança uma nova luz sobre o dano, na medida em que gera uma modalidade de responsabilidade que se afasta, num primeiro momento, do dano real e concreto, passando a considerar a probabilidade de se concretizar determinada pretensão. ROCHA³⁶⁹ define esse novel instituto jurídico como sendo “a perda da possibilidade de obter um resultado favorável, ou de evitar um resultado desfavorável”. Segundo explica, os casos indicados como sendo de perda de uma chance envolvem processos em que predomina a álea. Esse elemento impossibilita o estabelecimento de um nexo causal entre o ilícito e o resultado que não se verificou.

A doutrina é acanhada ao tratar da responsabilidade pela perda de uma chance. No entanto, essa matéria é ventilada tanto em questões que envolvem a responsabilidade contratual como nas que dizem respeito à responsabilidade extracontratual. Como se vê, o instituto convive bem nas situações em que é verificado o dano final. Nessa situação, observa-se que a responsabilidade consiste no dano causado pela perda da possibilidade de obter certo resultado. Desta forma, deve ser estudada de modo dissociada do dano final, uma vez que diz respeito à impossibilidade de alguém obter uma vantagem pretendida e, portanto, futura.

Refere-se a hipótese em que um médico, errando o diagnóstico, retira do paciente a possibilidade de permanecer vivo. Nesse caso, surgem dois tipos de responsabilidade: aquela que provocou o dano irreversível, após a verificação dos requisitos peculiares; a responsabilidade pela perda da chance de o paciente permanecer vivo, no caso seu problema tivesse sido diagnosticado de forma correta.

³⁶⁹ROCHA, Nuno Santos. *A perda de uma chance como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 19.

5.12.2 Natureza jurídica

A natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance é controvertida. Várias correntes doutrinárias tentam explicá-la, indo desde a negação de sua existência como forma de responsabilidade, até sua consideração autónoma, para fins de responsabilização civil. ROCHA ³⁷⁰ anota que existem quatro ideias fundamentais acerca da perda de uma chance: a causalidade parcial, a doutrina divisionista, a teoria unitária e o dano autónomo.

A concepção norteadora da causalidade parcial dá um novo sentido à teoria da perda de uma chance. Entende que ela não se constitui num prejuízo autónomo, mas em um meio utilizado para criar a incerteza do juiz em relação à apreciação do nexo causal. Em razão disso, seus adeptos reconhecem a possibilidade de indenizar, de forma parcial, o dano que de facto existiu, qual seja, a inocorrência do resultado pretendido. Tal facto se constitui numa ruptura com o que hoje está vigente em termos de responsabilidade civil. É que o lesado terá de esperar o término do processo aleatório para ajuizar a acção indemnizatória. Nessa hipótese, as chances perdidas estarão vinculadas ao prejuízo final.

Por sua vez, a doutrina divisionista propõe que a teoria da perda de uma chance não se aplique as situações que digam respeito à actividade do médico, ou seja, à perda de uma chance ante impossibilidade de cura ou de sobrevivência do paciente. Parte do pressuposto de que não se verifica a interrupção de um processo aleatório, em casos de responsabilidade médica, já que o resultado final é a morte ou a invalidez do paciente.

No entendimento dos defensores dessa corrente, a aplicação da teoria da perda de uma chance aos a situação de responsabilidade civil do médico desvirtuaria o nexo causal. A aplicação desse tipo de responsabilidade faria com que o juiz, no julgamento de um processo indemnizatório, não conseguisse estabelecer o nexo causal em uma lesão resultante de falha médica. Ante essa dificuldade, seria tentado a utilizar a teoria da perda de uma chance para atribuir uma indenização parcial, em razão da probabilidade de ter o médico cometido um ilícito.

Já os que defendem a corrente unitária entendem que a aplicação da teoria da perda de uma chance não teria vinculação com o problema da causalidade, mas deveria ser observada sob a ótica do dano. Admite-se, por fim, a teoria do dano autónomo em relação à perda de uma chance,

³⁷⁰ ROCHA, Nuno Santos. Op. cit., pp. 33-55.

sobretudo no que se refere aos casos de responsabilidade civil do médico. O ângulo de observação dessa teoria é inteiramente diverso das anteriores. Nela, modifica-se a perspectiva da responsabilidade civil, na medida em que se considera a existência de uma lesão diferente daquela que resultou no dano final, originário da morte ou da invalidez do paciente. Em consequência, a perda da chance de viver ou de curar-se é tida como passível de indenização e, portanto, entendida como um dano paralelo ao resultado final.

PEDRO ³⁷¹sublinha duas das quatro teorias, considerando uma falsa e outra verdadeira. No primeiro caso, refere-se à perda de uma chance como desvirtuamento do nexo causal, quando trata da doutrina divisionista. No segundo, analisa a perda de uma chance como uma espécie autônoma de dano. Referindo-se ao desvirtuamento do nexo causal, esclarece que, no caso da responsabilidade civil do médico, existe uma nova figura, espécie de dano virtual. Em tal situação, o juiz escapa ao princípio do tudo ou nada, já que pode optar por aplicar uma indemnização parcial, ao invés de impor uma indenização integral ou não aplicar nenhuma.

A referida autora reputa como correcta a teoria da perda de uma chance como uma espécie de dano autónomo. No seu entendimento, existe uma clara separação entre os dois prejuízos que resultam da lesão de bens jurídicos diferentes. Porém, essa fragmentação somente será possível quando a saúde ou a vida do paciente já estejam comprometidas. Dessa forma, é possível ver os requisitos da responsabilidade civil, incluindo-se o nexo causal.

Para Silva, ³⁷² é necessário que se analise, sob um novo ângulo, a questão dos pressupostos da responsabilidade civil, especialmente as noções de causalidade e de dano. Dentro dessa nova visão, aparece a teoria da perda de uma chance como um campo ideal para uma análise mais consistente da responsabilidade civil.

Conforme assinala, há várias correntes antagônicas sobre a perda de uma chance. Algumas adoptam um conceito menos ortodoxo do nexo causal e de seu argumento; outras admitem certa elasticidade em relação ao conceito de dano, considerando-o, inclusive, de forma autónoma. Afirma que a teoria da perda de uma chance é limitada quanto à certeza que deve ser verificada no

³⁷¹PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado*. Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 281-292.

³⁷²SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, pp. 6-18.

dano apontado como indenizável. Por esse motivo, é imprescindível que o dano ultrapasse a seara da mera esperança e, de facto, exista uma chance considerável, apreciável³⁷³.

Observando-se as teorias existentes, chega-se à conclusão de que a responsabilidade civil pela perda de uma chance deve ser considerada como uma modalidade independente de dano. Não se está responsabilizando pelo dano final, embora este, estando presentes os requisitos legais, também seja indenizável. A teoria da perda de uma chance se concretiza em determinadas situações em que o paciente perdeu a chance de obter um resultado favorável, em razão do comportamento comissivo ou omissivo do médico. Portanto, se for de facto observada a pretensão do lesado em relação a cada um dos danos, será perceptível a diferença. No dano final, busca-se uma indemnização pela lesão provocada; no dano pela perda de uma chance, pleiteia-se uma indemnização em razão de ter o paciente perdido a chance de obter êxito, em consequência da conduta do médico.

Refere-se como exemplo, a hipótese em que o médico deixa de diagnosticar, em tempo útil, o mal que afligia o paciente. Deixa de elaborar seu diagnóstico com base em exames complementares, provocando, em consequência, o óbito do paciente. É possível ver, na hipótese, a existência de dois danos: o dano final, consubstanciado na morte do paciente; o dano proveniente da perda da chance de sobrevivência. Há, portanto, dois danos e dois nexos de causalidade. Por serem independentes, o dever de indemnizar pela perda da possibilidade de sobreviver pode subsistir ao dano pelo resultado morte. Isto sucede quando, neste último, não seja possível provar o nexo causal entre o dano e a acção ou omissão do médico.

Embora de aplicação ainda tímida, a responsabilidade civil pela perda de uma chance representa um considerável avanço nesse campo. Já se vislumbra uma determinada tendência de considerar separadamente o dano que produz o resultado fatal e o dano causado pela perda da possibilidade de obter um resultado exitoso. Na realidade, dois danos deverão ser analisados, de forma desvinculada, sem que um dependa necessariamente do outro. No entanto, na acção proposta com base nos dois tipos de danos, poderá ser julgada procedente um e improcedente no outro. Assim, a perda de uma chance pode e deve ser considerada como um dano autónomo, paralelo ao eventual dano final.

³⁷³SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., pp. 138.

5.12.3 Fixação da indemnização pela perda de uma chance

Relativamente a perda de uma chance, um problema vem despertando particular interesse e, em muitas decisões, é enfrentada com certa dificuldade. Trata-se da fixação da indemnização, no caso de acontecer a tal responsabilidade. Diversas vezes, a responsabilidade pela perda de uma chance, não raro, é confundida com a responsabilidade que diz respeito ao dano final. Nessa hipótese, um dos primeiros critérios a serem estabelecidos é a constatação do dano. Na situação da perda de uma chance, quando aplicada ao médico, é preciso em saber se o paciente tinha chance de sobrevivência ou de cura. Não se confunde, pois, com o dano final, na medida em que este depende da análise da situação que se constituiu numa lesão ou na morte do paciente.

Tratando-se da perda de uma chance, esse tipo de dano deverá sempre ser observada no caso concreto, sem que seja possível o estabelecimento de critérios aplicáveis a todos os casos aparentemente similares.

Para ROCHA³⁷⁴, entre outros autores, considera o dano pela perda de uma chance como tendo natureza autónoma. Porém, alerta que a fixação da indenização respectiva não poderá ultrapassar o valor da indemnização fixada em razão do dano final, embora as duas espécies de dano tenham estreita relação quanto à fixação do quantum devido.

Será assim necessário que se proceda a três operações distintas. Avaliar, primeiro, qual o valor económico do resultado em expectativa e, de seguida, a probabilidade que existiria de o alcançar, não fora a ocorrência do facto antijurídico. Este segundo valor, calculado numa percentagem – traduzindo a consistência e seriedade das chances -, terá que ser por fim aplicado ao primeiro, para que se possa finalmente obter o valor pecuniário do dano da perda de chance.

Com efeito, o erro de diagnóstico não necessariamente resultará na configuração de dano indenizável. Porém, quando resulta, é espaço fértil para a responsabilidade pela perda de uma chance, sendo necessário, nesse caso, o exame da situação concreta.

O erro de diagnóstico, por si só, não obrigará o médico a indemnizar o paciente ou seus familiares. Em tais ocorrências, é necessário analisar, naquela situação específica, se o paciente tinha real chance de cura ou de sobrevivência. Em outras palavras, se existia possibilidade real de êxito, caso o diagnóstico tivesse sido correto. Assim, na hipótese de erro de diagnóstico que levou

³⁷⁴ ROCHA, Nuno Santos. *A perda de uma chance como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 65-69.

à morte do paciente, a perda de uma chance reside, especialmente, na análise das reais chances que teria de sobreviver, se o médico tivesse acertado o diagnóstico³⁷⁵.

Tomando-se por base a maior ou menor complexidade da intervenção, a chance de sobrevivência do paciente será analisada, inicialmente, em termos percentuais, lidando com dados probabilísticos. O nexos causal que surge nesse tipo de responsabilidade reforça a autonomia da responsabilidade pela perda de uma chance. Ele residirá na ligação entre a conduta do médico, seja omissiva ou comissiva, e a perda da chance que tinha o paciente de sobreviver. Assim, se a conduta do médico lhe tolheu as chances de sobrevivência, que eram, por exemplo, de 60%, o valor final será calculado, aplicando-se tal percentual sobre o valor obtido em razão do dano que causou a morte do paciente. Considerando que a indemnização pela perda de uma chance não poderá ultrapassar o valor da que é devida em razão do dano final, de maneira que o cálculo do valor da indenização pela perda de uma chance tomará por base, necessariamente, a probabilidade de um resultado exitoso³⁷⁶.

5.13 O erro médico versus erro não médico

Certamente o médico não é o único profissional que comete mais erros do que outros profissionais no campo da saúde ou até fora do âmbito da saúde. Seguramente, bem menos. Se não vejamos. A distinção fundamental principal reside na quase proibição formal do erro perante à natureza própria do trabalho e seu objectivo de restaurar ou aprimorar a condição humana. Embora para o médico a medicina seja um compromisso de meios, para o paciente e a sociedade ela é vista como uma cruel expectativa de resultados. O doente vai ao médico em busca de resultados, e, quase sempre imediatos, mostra-se ansioso, com sua vida em jogo e não transige na busca de resultados substantivos e positivos. Isso torna quase proibitivo o erro médico. Os resultados são quase sempre visíveis a olho nu, a curto prazo e revestidos de uma expectativa inconveniente. Vale recordar que o resultado adverso em medicina pode ser sinónimo de morte, diferente do resultado adverso do conserto de um aparelho eletrodoméstico, de um depósito bancário malfeito ou outros serviços prestados pela sociedade. Ao contrário dos erros cometidos pelo médico que podem criar resultados adversos a médio ou longo prazo, outros serviços malfeitos representam perdas

³⁷⁵ FREITAS E SOUSA, Leila Cristian Correia de. *Responsabilidade civil do medico por erro de diagnóstico*. Mestrado académico em ciências jurídicas. Lisboa. 2016.p.115

³⁷⁶ FREITAS E SOUSA, Leila Cristian Correia de. *Responsabilidade civil do medico por erro de diagnóstico*. Mestrado académico em ciências jurídicas. Lisboa. 2016.p.116

financeiras ou materiais, mas nunca dores imediatas, perda de órgãos ou funções ou de entes queridos³⁷⁷.

A contrariedade resultante do erro médico é quase sempre imediata, elide com a vontade do paciente, bate de frente com sua esperança e significa uma dolorosa reversão de expectativas. O médico lida com a matéria animada, discursiva e dotada de excepcional inteligência, atributos exclusivos da espécie humana e mais, princípio e fim da vida ou medida essencial das coisas. O homem como figura central do universo³⁷⁸.

Ademais o conhecimento sobre a complexa estrutura humana é limitado e parcial, se muito alcança 60% do total. Enquanto isto, o técnico em eletrônica lida com aparelhos criados pela própria inteligência humana, limitada ao conhecimento do homem e ainda dispõe de um arsenal de peças de reposição. A rigor não deveria cometer erros, ou deveria errar menos do que o médico. Os médicos não criam o homem, não tem seu esquema eletrônico ou sua carta de navegação. Nem a chave-mestra dos seus segredos. E nem podem deixar transparecer sua limitação científica, exibir os limites da sua competência que estão muito aquém da expectativa mágica do doente, sob pena de furar os balões encantados da esperança. Por outro via, menos ainda fomentar ilusões a respeito dos seus poderes efetivos. Não desmentir a ingênua expectativa do doente nem a agravar. A eles resta o esforço de acertar por humildade e insistência na consecução dos meios e errar apenas por exclusão, por amor ou obstinação no empenho de obter bons resultados. E não pedir perdão, mas aprender com o erro e usá-lo na próxima vitória. A rigor, o perdão do erro médico não se acha na competência dos conselhos, mas começa na própria intenção do acerto e termina na mesa de necrópsia ou na revisão do óbito. A condenação dos conselhos não invalida ou desfaz o erro médico; é apenas uma forma singular de pedir desculpas à sociedade e exigir do médico o meia culpa³⁷⁹.

5.14 Características do erro médico

No erro médico não se pode perder de vista sua gravidade social quase sempre em desacordo com conceito de gravidade médica e que representa maior ou menor perda de órgão ou

³⁷⁷ GOMES, Júlio César Meirelles. *Erro médico: reflexões*. Brasília.p.5

³⁷⁸ Idem

³⁷⁹ Ibidem

função. Ou, senão, a frustração do doente em não alcançar o resultado pretendido; claro, aqui o erro se esvai na falta de compromisso com resultados³⁸⁰.

Por algumas características do erro médico como subsídios para sua avaliação epidemiológica:

- A irreversibilidade do dano;
- O imediatismo do resultado adverso;
- A reversão pura e simples da expectativa que motivou o acto médico (falso erro);
- A falha persistente na acção do médico contraposta ao percentual quase desprezível defalha no equipamento, instrumentos ou drogas aplicadas;
- A penúria ou escassez institucional de recursos como factor de indução do erro médico;
- O erro institucional médico-hospitalar (erro médico sem culpa)³⁸¹.

5.15 A visão hodierna sobre o erro médico

A visão hodierna do erro médico está impregnada de interesses corporativos, interesses da mídia e vorazes interesses indemnizatórios ligados à responsabilidade civil do médico. Os interesses corporativos buscam dissimular o erro médico, descaracterizá-lo ou despersonalizá-lo em detrimento da instituição onde ocorre.

Nessa situação o lapso humano é desprezado pelo comitente, que busca somente nos meios de trabalho a justificativa para a falha, que logo se converte "no erro sem culpa". A dissimulação por meio da arrogância, da reserva de domínio do saber técnico e sobretudo da feição emblemática da medicina vista como fonte original e exclusiva da benfeitoria humana. Por outra via, o poder "quase divino" da medicina, o "santo ofício" que não pode ser colocado em julgamento pelos leigos ou hereges. Nunca mais!³⁸²

Por outra via, o interesse da mídia cruel, voraz devoradora de factos para ruminação de lucros exorbitantes! A medicina dispõe ainda de um fascínio especial perante a opinião pública e suas conquistas espetaculares são igualadas aos erros clamorosos na capacidade de atrair leitores.

³⁸⁰ GOMES, Júlio César Meirelles. *Erro médico: reflexões*. Brasília.p.6

³⁸¹ Idem

³⁸² GOMES, Júlio César Meirelles. *Erro médico: reflexões*. Brasília.p.5

Por último, os grandes interesses lucrativos e indemnizatórios estimulados pela florescente indústria do direito de reparações civis que faz da medicina um prato irrecusável no banquete judiciário das acções por danos e perdas. Existe igualmente o comércio dos seguros de risco contra a má prática, campo infestado de abutres da falsa seguridade social³⁸³.

Os meios de comunicação têm um papel valioso na denúncia dos erros médicos, mas, por igual, são poderosos e influentes no sentido de induzir na população uma expectativa de cura em desacordo com o poder resolutivo da ciência médica. Têm o poder de fomentar a imagem da infalibilidade, da curabilidade universal, criando destarte frustrações e desespero na sociedade usuária do sistema público de saúde. Daí o conceito popular, grosseiro e equivocado de "Erro Médico" como uma espécie de "graça" não alcançada. É a visão mística do enfermo decorrente da condição de pobre privado de acesso aos meios de cura³⁸⁴.

É necessário convir que doença e pobreza não apenas somam como valores negativos, mas se multiplicam no tempo e no espaço com efeitos imprevisíveis. Parte dessa frustração social com a medicina, do desencanto das massas com a salvação pela cura, é desviada para as seitas eletrônicas de salvação espiritual, enquanto outra parte mais esclarecida acaba resvalando para os abismos insondáveis da medicina alternativa, modismo cultural da classe média alta³⁸⁵.

5.16 Factores concorrentes para o erro médico

São aqueles que contribuem para a origem do erro, aumentam sua incidência ou agravam sua expressão, excluída a acção original do acto médico ou sua ausência, nomeadamente³⁸⁶:

³⁸³ GOMES, Júlio César Meirelles. **Erro médico: reflexões**. Brasília.p.6

³⁸⁴Idem

³⁸⁵ Ibidem

³⁸⁶ Ibidem

- Condições adversas para o exercício da medicina, desde a escassez de recursos materiais, o número excessivo de pacientes ou a limitação dos meios de diagnósticos e cura impostos pelos contratos de medicina de grupo ou seguro-saúde;
- O atendimento em massa, das massas desassistidas de baixa renda; um padrão massificado de cunho social adverso. A medicina a serviço das campanhas ou esmagada nos pequenos centros médicos localizados em comunidades muito pobres;
- A morbi-mortalidade crescente da sociedade;
- O contacto mais frequente com o médico desprovido de recursos adequados na instituição pública; a par da extraordinária dificuldade de acesso ao próprio sistema público ou privado de alto poder resolutivo;
- A formação médica deficiente em nível de graduação, que dispensa comentários. A inexistência de educação continuada na pós-graduação;
- A utilização crescente em medicina de procedimentos de alta complexidade tecnológica, de difícil controle, além da introdução de procedimentos de alto risco;
- A capacitação tecnológica em descobrir o erro médico, por exemplo: tomografia computadorizada, ecografia, etc.;
- O mercantilismo desvairado e selvagem, por iniciativa isolada do médico em especialidades rendosas ou em conjunto por meio de cooperativas ou empresas médicas comprometidas com o lucro.

É lícito ainda cogitar sobre o estímulo quantitativo existente na prática dos convênios, forma prevalente de remuneração do acto médico.

Capítulo VI: ANÁLISE, DISCUSSÃO e INTERPRETAÇÃO DE DADOS

a.Descrição do local pesquisado

Devido a pandemia que assola o mundo, particularmente o nosso solo pátrio Moçambique, fomos forçados a realizar a nossa pesquisa na província de Nampula, que por sinal, a província mais populosa do país.

A província de Nampula localiza-se no nordeste de Moçambique, a província de Nampula faz fronteira a norte, através do rio Lúrio, com as províncias de Cabo Delgado e Niassa. A sudoeste está separada pelo rio Ligonha da Zambézia, encontrando-se a este com o Oceano Índico.

De acordo com os resultados preliminares do Censo de 2017, a província de Nampula tem 6 102 867 habitantes em uma área de 81 606km², e, portanto, uma densidade populacional de 74,8 habitantes por km², sendo a mais populosa província. Quando ao género, 51,8% da população era do sexo feminino e 48,2% do sexo masculino.

O valor de 2017 representa um aumento de 2 018 211 habitantes ou 49,4% em relação aos 4 084 656 residentes registados no censo de 2007.

A sua economia está essencialmente ligada à produção de castanha de caju, algodão, tabaco, pedras preciosas e outros minerais.

A Província de Nampula está dividida em 23 distritos, os 18 já existentes quando foi realizado o censo de 2007, mais os distritos de Ilha de Moçambique e Nampula, estabelecidos em 2013 para administrar as competências do governo central, e que coincide territorialmente com os municípios do mesmo nome, e os novos distritos de Larde e Liúpe. De notar que o distrito de Nampula-Rapale passou a designar-se como Rapale a partir da mesma altura.

b.Associação de médicos tradicionais de Moçambique(AMETRAMO)

Associação de Médicos Tradicionais de Moçambique (AMETRAMO) foi criada em setembro de 1992, com a Guerra Civil em Moçambique (1977/1992), após o processo de separação de sua metrópole, Portugal, em 1975.

A associação é órgão regulamentado pelo governo e reúne os médicos tradicionais que realizam atendimentos através de consultas com um oráculo ou recebimento de espíritos de antepassados e que, para actuarem, necessitam de uma carteira que comprove sua filiação a AMETRAMO.

Desde o nascimento até após a morte os médicos tradicionais interferem na vida da comunidade. Após um período de perseguição às manifestações, considerada pela FRELIMO (partido político de base marxista) como fruto da ignorância e do obscurantismo, ocorreu processo de reconhecimento e institucionalização de tais práticas. A proposta desse artigo é a de dar prosseguimento a discussão entre o binómio tradição-modernidade tendo por objecto a AMETRAMO.

A província de Nampula, a mais populosa de país, existem mais de 7 mil praticantes da medicina tradicional filiados à AMETRAMO.

c.Assistência médica tradicional

Temos a noção que o fenómeno das idas ao médico tradicional é tão antigo que confunde com a história da própria humanidade e praticado em todo mundo. Em Moçambique este fenómeno completa as curas espirituais quase quotidiana e outros grupos que dão atendimento a população em busca desse recurso.

Este é um dos aspectos da medicina tradicional que ocorrem na província de Nampula, local onde decorreu a nossa pesquisa, onde as mobilizações populares em busca de saúde não se resumem em médicos tradicionais; em menor grau elas estão acontecendo nas classes média e alta, que depositam suas esperanças nas designadas “medicinas alternativas ou práticas alternativas”.

Usualmente nós ouvimos testemunhos de pessoas que a afirmam “não necessito mais de médico convencional, descobri um curandeiro que trata muito bem e já me curou do meu reumatismo”. O curanderismo chega a grosso dos seus clientes como uma arte paralela a medicina convencional. Com a globalização tem surgido outras práticas alternativas em números desordenado, tais como tratamentos naturais por meios de dietas adequadas, pela água e pelos banhos, banho de sol, usadas cores e do contacto com os metais.

Durante as entrevistas alguns testemunhos foram efectuados tais como:

- “A população procura curandeiros por não confiar nos médicos convencionais e na medicina formal, que não estão a satisfazer as suas necessidades”.

- “A doença é e foi sempre um padecimento e é um mal que do demónio ou anúncio de Deus aos povos. O pensamento mágico guia a medicina tradicional com seus conselhos, ervas, rituais, bênção e simpatia, entretanto a medicina tradicional esta assente na fé, realçando os efeitos dos seus medicamentos através de rituais onde as raízes e ervas para chás e banhos produzem efeito quando a posição está relacionada ao sol, estações do ano, fases lunares etc”.

- “A doença é mais procurada na alma e a prática alternativa não se define pela sua localização geográfica ou pela escola técnica, fora disso o doente se manifesta pela voz”.

- “Não se socorrem aos órgãos judiciais para dirimir os litígios em virtude dos costumes, hábitos, crenças que lhes foram conferidos, optando em resolver ao nível da base”.

Verificamos que a romaria a medicina tradicional esta no seu esplendor e os seus profissionais vêem-se largamente requisitados em uma considerável demandada de serviços. Eles são procurados porque a população tem convicção de que os seus conhecimentos e práticas oferecem alternativas para o retorno “não doença”.

Constatamos igualmente que o recurso aos curandeiros estão se multiplicando na medida que aumentam as necessidades da população que procura equilíbrio emocional e solução para os seus problemas fundamentalmente no campo espiritual e social.

Da entrevista efectuadas aos médicos tradicionais vulgo curandeiros colhemos os seguintes depoimentos:

- “Todos foram unânimes em afirmar que os seus serviços são os bastante solicitados e que os pacientes não têm tido muita razão de que queixa relativamente aos serviços prestados”.

- “Que os serviços são requisitados por pessoas de classe baixa e média, todavia assistiu-se uma tendência ainda intermitente da solicitação por pessoas de classe alta”.

- “Reconhecem que assemelhança de qualquer outra profissão, estes no exercício das suas funções têm comentido falhas, ressaltam dizendo na condição de seres humanos estão sujeitos a cometer erros”.

- “Ainda salientam que os erros frequentes são erros de diagnóstico, que culminam com erro de tratamento, por vezes tem ocorrido erro de dosagem”.

- “Afirmam que tem acontecido litígio com os pacientes, todavia, uma parte destes são dirimidos ao nível da AMETRAMO, outros juntos aos líderes comunitário ou junto ao tribunal comunitário, mas dificilmente junto ao tribunal judicial”.

- “Ignoram a natureza jurídica da relação entre eles e os pacientes, somente sabem que estão a prestar um serviço espiritual, guiados ou orientados pelos seus ancestrais”.

Dos magistrados judiciais colhemos os seguintes depoimentos:

- “Todos foram unânimes em dizer que nunca julgaram casos de natureza civil onde autor requer a condenação do médico tradicional por erro no exercício das funções”.

- “Entendem que sendo uma profissão liberal, a natureza jurídica da relação entre o médico tradicional e o paciente, trata-se de contrato de prestação de serviço”.

- “Ainda disseram que não existe um regime jurídico específico que disciplina esta matéria, e que na eventualidade de existir um conflito desta natureza deve-se socorrer ao regime geral”.

- “Alguns magistrados judiciais afectos no distrito afirmaram que dos casos que tiveram contacto onde o médico tradicional surge como réu ou ré em virtude das falhas ocorrido no exercício das suas funções, eles têm remetido ao tribunal comunitário”.

- “Ainda afirmam que, não existindo um regime jurídico específico, as dificuldades para apreciar processos desta natureza residem em provar a culpa e o nexo de causalidade”.

Da análise dos dados colhidos junto aos médicos tradicionais, dos depoimentos por eles narrados constatou-se que estes no exercício das suas funções cometem erros ao nível de diagnóstico, tratamento e dosagem.

PAULA BRUNO⁶¹⁵ falou sobre a natureza do erro humano, refere que “o erro é a falha de uma acção planeada em atingir o resultado pretendido”.

⁶¹⁵ Bruno, Paula. *Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal*, Coimbra Editora, 2010.p,39

Para José Fragata e Luís Martins⁶¹⁶, o erro médico é entendido como “uma falha, não intencional, de realização de uma sequência de actividades físicas ou mentais, previamente planeadas, e que assim falham em atingir o resultado esperado. Sempre que essa falha se não deva à intervenção do acaso”.

A este propósito, também Sónia Fidalgo⁶¹⁷ vai pelo mesmo diapasão ao ressaltar que “os erros humanos não são cometidos de modo deliberado, todavia, apenas, consequência natural da actividade humana”.

De acordo FREITAS E SOUSA, a relação entre o médico e o doente envolve várias etapas. Inicia desde primeiro contacto inicial e vai desaguar no diagnóstico, apontando a maneira de tratamento do mal que aflige o enfermo. O diagnóstico é o grande passo em direcção à cura. Possibilita a observação dos sintomas apresentados pelo doente, com o emprego da ciência e da técnica, para se chegar a uma conclusão sobre seu estado de saúde. Depois que conhece o diagnóstico, o médico chega à conclusão acerca do tratamento adequado. Portanto, um diagnóstico errado poderá induzir o médico a também errar na forma de tratamento⁶¹⁸.

Para o ESTORNINHO⁶¹⁹, “ocorre erro de diagnóstico se a avaliação do médico não corresponder à situação clínica do paciente”. Nesse caso, o profissional de saúde, tendo uma percepção equivocada do quadro clínico do paciente, identifica, de forma errônea, a doença, resultando em falha no tratamento ou no procedimento. Diferentemente do erro cometido por outros profissionais, o erro médico, sobretudo o erro de diagnóstico, pode ter efeitos devastadores no paciente, podendo ser fatal.

O tratamento consiste em fase posterior ao diagnóstico, na qual o médico usa diferentes meios “para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor”. Consistirá erro no tratamento não somente o erro na execução de uma cirurgia, por exemplo, todavia o descuido com elementos secundários que possam conduzir danos.

⁶¹⁶ José Fragata e Luís Martins apud Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, ob.cit. pp. 8-9.

⁶¹⁷ FIDALGO, Sónia apud RODRIGUES, Álvaro, id., ibid.

⁶¹⁸ FREITAS E SOUSA, Leila Cristian Correia de. *Responsabilidade civil do medico por erro de diagnóstico*. Mestrado académico em ciências jurídicas. Lisboa. 2016.p.82

⁶¹⁹ ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 298.

De acordo com SHAEFER⁶²⁰ a relação entre médico e paciente tem várias etapas, tendo início desde o contato no consultório até o tratamento e, dependendo da hipótese, a cura. Assim, essa relação envolve limites éticos, morais e legais, tendo dois grandes marcos: o diagnóstico e o tratamento.

O tratamento errado pode ser resultado do erro de diagnóstico. Esse facto pode agravar, ainda mais, a responsabilidade do médico.

Embora o tratamento inadequado seja causa frequente de complicações que conduzem ao resultado lesivo, nem sempre há associação necessária entre o procedimento e o dano, já que mesmo o tratamento correcto e rigorosamente dentro dos padrões pode levar a um resultado danoso idêntico ao causado por erro.

Para Fávero cabe ao médico prescrever os medicamentos que o doente precisa para sua cura. Todavia, Isso exige o conhecimento de terapêutica além de memória para recordar nomes exóticos de substâncias naturais e sua dosagem personalizada. Acrescenta o autor citado "a responsabilidade pelas conseqüências daí advindas, nestes casos, caberá igualmente ao farmacêutico que aviou a receita". Neste caso a falta de conhecimentos técnicos adequados configura a imprudência em prescrever drogas não bem conhecidas, e isto pode conduzir a responsabilização⁶²¹.

Dos depoimentos ainda colhidos dos médicos tradicionais ficou-se a saber que as pessoas que mais se socorrem dos seus serviços são da classe baixa e media, com alguma tendência das pessoas de classe alta.

Segundo PAN (Organizacion Panamericana de salud) quase em todas as sociedades existem médicos tradicionais (curandeiros) e parteiras tradicionais. Conforme a cultura e as tradições locais em muitos lugares eles continuam gozando grandes privilégios e consideração social, sendo-lhes permitido exercerem uma influência considerável sobre as práticas sanitárias da localidade.⁶²².

⁶²⁰ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 59-78

⁶²¹ Fávero F. *Deontologia médica e medicina profissional*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1945. p.10

⁶²² Las CONDICIONES de salud en las Americas: 1973.p 976, Washington, D.C., Organizacion Panamericana de salud,1978, (publ. Ciente.364

Em virtude de uma serie de dificuldades que a população enfrenta, sobretudo a população de baixa de renda para obter serviços médicos formais, não é surpreendente verificar que, ainda quando esta população afirme não necessitar daqueles serviços, a medicina formal é buscada na figura do farmacêutico e de praticantes tradicionais, porque eles se encontram mais proximos em termos físicos e oferecem um atendimento mais rápido, e desburocratizado, em linguagem mais acessível, apresentando ainda uma grande vantagem de vender a prazo para aqueles que utilizam os seus serviços.

Para LOYOLA⁶²³ os méritos principais que os membros dessas classes populares reconhecem nos “curandeiros” é que utilizam linguagem que é imediatamente acessível aos membros das camadas baixas de baixa renda; o que mais importante para estas camadas- além de ser um especialista qualificado que sabe curar- é que ele pertence as classes populares da qual compartilha os modos de vida e pensamentos.

Todavia as crenças na eficácia das técnicas civilizadas pelo “curandeiro” são vistas como absolutamente autogénicas. A desconfiança que as classes populares têm na medicina moderna se exerce mais sobre os médicos e suas manipulações do que sobre o médico propriamente dito porque este não consulta o objecto de reflexão erudita para aquelas camadas.

Ainda segundo a autora, aos olhos dos membros da camada baixa renda que recorrem normalmente aos seus serviços o “curandeiro” não é somente o “médico” que pertence a sua classe social, fala a sua linguagem e compartilha com ele a sua visão do mundo e suas representações sobre a doença e a saúde; ele é sobretudo aquele que o aborda na sua totalidade, ou seja, aquele que procura auscultar além do seu corpo, também a sua alma. Em outros termos, aquele que procura dar conta, além dos aspectos físicos, dos aspectos espirituais e psicomáticos da doença.

Dos dados colhidos juntos aos magistrados judiciais por um lado era foram unânimes ao afirmarem que nunca dirimiram processos judiciais desta natureza, todavia, disseram que a natureza jurídica existente entre o médico no exercício de uma profissão liberal e o paciente, trata-se de um contrato de prestação de serviço.

Para ALMEIDA a realização de qualquer acto médico, mediante pagamento de um preço, será subsumível, em princípio, à definição que consta do art. 1154º do CC – contrato de prestação de

⁶²³ LOYOLA.M.A. *Medicina popular. In: Saude e medicina no Brasil*. Rio de Janeiro, ed. Graal. 1978.pp.225- 232

serviços⁶²⁴. Por outra via, é preciso ter em conta que cada vez mais a prestação de serviços médicos assume caracteres mais complexos, uma vez que a prática quotidiana usualmente diversos intervenientes. A responsabilidade civil médica terá natureza contratual quando assente na existência de um contrato de prestação de serviços.

A responsabilidade do médico, segundo DINIZ⁶²⁵, é contratual. Dessa forma, raramente terá carácter delitual, hipótese que requer violação das regras penais ou reguladoras da profissão. A citada autora argumenta seu ponto de vista, alegando que o médico não assume o dever de curar o paciente que está sob seus cuidados. Sua obrigação legal é, tão somente, dar-lhe um tratamento adequado, de forma que a capacidade profissional é presumida, decorrendo a responsabilidade do médico da comprovação da culpa.

Na visão do GONÇALVES⁶²⁶, embora tenham acontecido inúmeros debates acerca da natureza jurídica da prestação de serviços médicos, hodiernamente é vista como sendo contratual. Apesar disso, não se está diante de hipótese de culpa presumida, cabendo ao prejudicado provar a culpa do médico, traduzida em negligência, imprudência ou imperícia. Embora a actividade médica esteja incluída entre os contratos de prestação de serviços, não se confunde com nenhum contrato dessa natureza, já que não se busca uma obrigação de resultado. Depreende-se, então, que a obrigação principal do médico é o atendimento adequado e a observação dos princípios éticos. O dever geral de cautela, aliado ao saber próprio do médico, implicam o dever geral de bom atendimento.

Apesar de ser indicada como contrato de prestação de serviços, a actividade desenvolvida pelos profissionais da medicina não se assemelha aos contratos de mesma natureza. É que, nas avenças para fins de prestação de serviços, o resultado específico é algo esperado como sendo o próprio adimplemento do contrato. Quando se trata da prestação de serviços médicos, não há como cobrar um resultado específico, consistindo a execução dessa actividade no emprego dos meios adequados à cura ou ao tratamento do doente. O médico não tem como garantir a cura do paciente, devendo apenas buscar o tratamento mais adequado, fazendo uso dos meios disponíveis e necessários à cura.

⁶²⁴ ALMEIDA, C. Ferreira de. *Os contratos civis de prestação de serviço médico. Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1996, pp. 90 e ss

⁶²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 333-334.

⁶²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

CAVALIERI FILHO ⁶²⁷discorre sobre a divergência doutrinária quanto à natureza jurídica da relação havida entre médico e paciente. Alguns doutrinadores a entendem como sendo prestação de serviços e outros como contrato *sui generis*. Aponta a irrelevância dessa divergência, alegando que, sendo um contrato, o importante é saber se é de meio ou de resultado. Chama a atenção para o facto de que nenhum médico pode comprometer-se a salvar o paciente ou curá-lo, assumindo apenas a obrigação de aplicar os métodos e recursos mais adequados ao tratamento.

Para TEIXEIRA DE SOUSA sustenta que a responsabilidade civil médica será contratual quando existe um contrato, correspondendo a violação dos deveres médicos gerais simultaneamente a um incumprimento dos deveres contratuais. Diferentemente, a responsabilidade será extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico ou a clínica e o paciente, não podendo, deste modo, falar-se de qualquer incumprimento contratual, mas apenas da violação de direitos ou interesses alheios, como o direito à vida e à saúde⁶²⁸.

Neste sentido alguns tratadistas subscrevem a concepção dualista (ou pluralista) de responsabilidade civil dos médicos, entendendo que esta responsabilidade não é unitária e que, a par de um quadro contratual, que configura a regra, deparemos com casos múltiplos, em que a natureza extracontratual da responsabilidade é absolutamente indiscutível. Os mesmos autores lembram que, embora a responsabilidade civil resultante de actos médicos possa ter natureza contratual, igualmente pode apresentar natureza extracontratual, designadamente quando não há contrato e houve violação de um direito subjectivo, podendo ainda a actuação do médico ser causa simultânea das duas modalidades de responsabilidade civil.

FERREIRA DE ALMEIDA afirma que: “não merece (...) contestação séria, pelo menos nos países de civil law, que a responsabilidade por danos causados no exercício da medicina se funda numa dualidade de fontes: o delito e o contrato”⁶²⁹.

Quanto às relações que se estabelecem no âmbito dos hospitais públicos, a doutrina entende que estamos perante uma relação de serviço público, não se podendo falar de um verdadeiro contrato entre as partes⁶³⁰. Não existe uma relação contratual entre médico e paciente uma vez que o médico faz parte do Serviço Nacional de Saúde, cumprindo uma função do Estado

⁶²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 403-404.

⁶²⁸ SOUSA, M. Teixeira de. “*O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*”, Direito da Saúde e Bioética, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996, p. 127.

⁶²⁹ Op. cit., pp. 81 ss.

⁶³⁰ G. FALCÃO DE OLIVEIRA: op. cit., pp. 61 ss

Social. A prestação de cuidados de saúde à população assume a natureza de atribuição do Estado. O Serviço Nacional de Saúde corresponde a um serviço público de assistência, de amparo da colectividade a cada um dos seus membros quando este não possa, pelos seus próprios meios, ocorrer a dificuldades temporárias ou permanentes⁶³¹.

O médico, quando exerce a sua profissão num hospital público, é um funcionário público e exerce uma actividade de gestão pública⁶³². Estamos perante actos materiais que correspondem ao exercício da chamada “função técnica do Estado”, isto é, ao conjunto de actividades que, correspondendo ao exercício da função administrativa enquanto dirigidas à prossecução do interesse público, tem por núcleo a realização de actividades materiais⁶³³. A relação em causa é uma relação especial de Direito administrativo, uma relação de serviço público que investe o doente (o utente) numa posição estatutária, com os inerentes direitos e deveres específicos⁶³⁴. O utente não está sujeito ao pagamento de uma contraprestação, mas sim de uma taxa. Deste modo, estamos perante um acto de gestão pública.

Refira-se, por outra via, que a prestação de serviços médicos no âmbito de hospitais públicos também pode gerar a aplicação de um regime de responsabilidade semi-objectiva.

Outra corrente, embora minoritária, pugna a tese da responsabilidade contratual dos hospitais públicos. Há quem fale na existência de um contrato de adesão, enquanto outros consideram que estamos perante relações contratuais de facto, na sua vertente de relações de massas, resultantes de um comportamento social típico⁶³⁵.

Embora o regime contratual seja relevante para regular tipicamente a relação que se estabelece entre médico e paciente, não podemos prescindir do regime extracontratual, desde logo

⁶³¹ CAETANO, Marcelo *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 219.

⁶³² Vide R. VALE E REIS. *Responsabilidade civil dos médicos nos estabelecimentos públicos de saúde – origens históricas*, **Responsabilidade civil dos médicos**. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 292 ss.

⁶³³ SOUSA, Marcelo Rebelo de, MATOS A. Salgado de. *Direito Administrativo Geral*, Tomo III. *Actividade administrativa*, Dom Quixote, Lisboa, 2007, p. 379; M. CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1999, p. 10.

⁶³⁴ CORREIA, J. Sérvulo. *As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde.*, **Direito da Saúde e Bioética**, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996, pp. 21 ss.

⁶³⁵ DIAS, J. Figueiredo, MONTEIRO J. Sinde, “*Responsabilidade médica em Portugal*”, Revista de Legislação e Jurisprudência, Separata, n.º 332, janeiro de 1984, p. 33; DIAS J. Álvaro, “*Procriação assistida e Responsabilidade Médica*”, Studia Iuridica, n.º 21, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 238 ss.

atendendo ao peso decisivo que o Serviço Nacional de Saúde tem na prestação de cuidados médicos.

Na entrevista os magistrados ainda disseram que não existindo um regime jurídico específico, as dificuldades para apreciar processos desta natureza residem no ônus da prova e o nexo de causalidade entre facto e o dano.

A quem cabe fazer a prova nas acções de responsabilidade civil médica?

Para DINAMARCO, “ônus da prova é o encargo atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos factos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo⁶³⁶”.

Ônus, apesar de usualmente confundido com obrigação, diverge em sua natureza. Na obrigação há um dever que se dirige ao interesse do credor, enquanto no ônus se subordina um interesse próprio. Como ensina Goldschmidt, o ônus “é um imperativo do próprio interesse⁶³⁷”. O incumprimento da obrigação irá alcançar património jurídico alheio e, portanto, é eivado de ilicitude, mas a inobservância do ônus probatório é uma prerrogativa e corre à conta e risco de seu titular, que poderá ter sua pretensão frustrada. Tal consequência não é automática, visto que o juiz deverá tomar em conta todos os demais elementos presentes nos autos. Nesse diapasão, preleciona o Código de Processo Civil português: “A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita.”

A possibilidade de produção de prova não pode ser tida como um direito. Convém muito mais ao interesse do adversário que a parte que afirma não produzir prova do alegado. De outro lado, também não é possível conferir-se esse direito ao réu, pois, que sentido poderia haver um direito cuja verificação dos atos só poderá representar sua derrota? Mas tampouco o tribunal tem o direito a que as partes afirmem e provem. Um dever das partes frente ao tribunal só se sustenta quando, em caso de interesse público, sem a atividade necessária das partes, se torne difícil conferir uma solução à controvérsia firmada. Por isso, a ordem de comparecer pessoalmente ao tribunal se torna um dever de actuar⁶³⁸.

ZANETI, considerando a existência de um ônus probatório objectivo e outro subjectivo, defende que, pelo ônus da prova subjectivo, define-se o que deve ser provado por cada uma das

⁶³⁶DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 71

⁶³⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*, tradução de Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936. P.8

⁶³⁸ ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução espanhola KR, p. 51

partes, no decorrer do processo. O ônus da prova objectivo dirige-se ao juiz, que deverá ponderar o que deveria ficar provado no processo, independentemente de quem tenha apresentado a prova. Desta forma, “o ônus da prova objectivo é aquele que prescinde de toda a actividade probatória desenvolvida pelas partes para estabelecer a verdade dos factos controvertidos, interessando ao magistrado o que se encontra provado, e não quem o provou⁶³⁹”.

O demandado tem interesse em provar a inveracidade dos factos afirmados pelo autor. Mas, como observa CHIOVENDA, se não for feita prova idônea do afirmado na petição inicial, o réu não tem interesse em produzir prova, visto que esta só deverá ser realizada, caso o autor tenha trazido aos autos ao menos indícios de que o que está a dizer é verdadeiro. Caso o autor assim não tenha procedido, o réu poderá limitar-se a negar pura e simplesmente, sem obrigação de realizar qualquer prova. Apenas quando o autor tenha provido as provas do afirmado é que o réu terá interesse em realizar provas. Nesse sentido, poderá fazê-lo de duas formas: a) por meio da contraprova, direta ou indireta, dos factos provados pelo autor; b) por meio da prova de factos que não negam o afirmado pelo autor, mas excluem seu direito⁶⁴⁰.

O desatendimento do ônus da prova não configura ato ilícito, ante a liberdade de escolha franqueada ao destinatário da norma, não estando, em consequência, sujeito a sanções. Não obstante, ao deixar de realizar o acto contemplado pela regra, o sujeito submete-se às consequências previstas para a sua inobservância, que podem ou não ser contrárias aos seus interesses. Ao não se incumbir do ônus probatório, a parte se posta em situação de risco de ter de suportar os efeitos desfavoráveis, decorrentes da inércia ou da insuficiência com que laborou⁶⁴¹.

Assevera CARNELUTTI que, porque a prova é uma operação, da qual em grande parte depende o custo e o rendimento do processo, se exige que não seja abandonada à livre actividade das partes que dela participam. O direito busca regulá-la com o fim de garantir, do melhor modo possível, os resultados que dela se esperam⁶⁴².

A doutrina majoritária considera que a presunção de culpa do devedor (art. 799º, n.º 1) não tem espaço no campo da responsabilidade civil médica, uma vez que não recai sobre o médico, em regra, qualquer obrigação de resultado. Deste modo, o ônus da prova da culpa será determinado

⁶³⁹ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. pp.51 e 176-176

⁶⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di diritto processuale civile*. Napoli: Nicola Jovene & C., 1913. pp.777-778

⁶⁴¹ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.p.26

⁶⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Decam, 1936. p. 720.

exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual⁶⁴³. Na responsabilidade aquiliana, como se sabe, cabe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão (art. 487º, n.º 1).

Esta posição arranca da distinção entre obrigação de meios e de resultado, considerando que o médico está (apenas) adstrito a prestar ao paciente os melhores cuidados, em conformidade com as *leges artis* e os conhecimentos científicos actualizados e comprovados à data da intervenção, não assegurando a cura. Assim, por força desta especificidade, tal como na responsabilidade extracontratual, seria o credor que teria de provar em juízo a desconformidade entre a conduta do devedor e aquela que, em abstracto, proporcionaria o resultado pretendido.

TEIXEIRA DE SOUSA defende a interpretação restritiva (ou a redução teleológica) do critério de distribuição do ónus da prova do n.º 1 do art. 799º. Apesar de a presunção de culpa do devedor se compreender plenamente “na generalidade das obrigações”, ela não se justificaria na área da responsabilidade médica, dado que “a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional, pelo que (...) não deve atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato”. No entender do Autor “a posição do médico não deve ser sobrecarregada através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem poderia garantir”. Deste modo, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual. Verificando-se a existência de um concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana, a relação entre as regras do n.º 1 do art. 487º e do n.º 1 do art. 799º configurar-se-ia como uma relação de consunção: o ónus da prova da culpa do médico determinar-se-ia exclusivamente pelo regime da responsabilidade delitual, pelo que este último absorveria a inversão característica da responsabilidade contratual⁶⁴⁴.

ÁLVARO DIAS coloca a questão nos seguintes termos: “dispondo os diversos sistemas jurídicos que ‘incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua’, facilmente se compreende a delicadeza da posição – sob o ponto de vista processual – em que o médico ficaria colocado, vendo-se

⁶⁴³ Assim, J. RIBEIRO DE FARIA, “*Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2004, pp. 115 ss; TEIXEIRA DE SOUSA, op. cit., p. 140. Vide também Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de julho de 2001, Colectânea de Jurisprudência – Supremo Tribunal de Justiça, 2001, tomo II, pp. 166-170.

⁶⁴⁴ Op. cit., p. 137.

sistematicamente obrigado a elidir a presunção de culpa que sobre ele, na qualidade de devedor, passaria a recair⁶⁴⁵”.

A resolução do problema passaria pela distinção entre as relações obrigacionais em que o resultado tem “carácter aleatório”, em que o devedor se vincula tão-somente ao cuidado ou à diligência “que favoreçam a sua realização” (obrigações de meios); e aquelas relações obrigacionais em que o resultado tem carácter “rigorosamente determinado”, encontrando-se o devedor adstrito a alcançá-lo (obrigações de resultados). Enquanto nas obrigações de meios o paciente teria o ónus de alegar e provar que a actuação do devedor infringiu as regras de conduta “susceptíveis de, em abstracto, virem a propiciar a produção do resultado almejado”; nas obrigações de resultado o paciente não teria esse ónus: “a simples constatação de que certa finalidade não foi alcançada (prova do incumprimento) [faria] presumir a censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor (podendo este, todavia provar o contrário)”⁶⁴⁶.

Uma vez que o dever contratual do médico se situa entre as obrigações de meios, o credor teria o encargo de demonstrar a existência de culpa do médico. No entender do Autor, fazer recair sobre o médico a prova de que a sua actuação não foi desconforme com certas regras de conduta abstractamente idóneas a favorecer a produção de um certo resultado equivaleria a uma “quase autêntica impossibilidade, pois que se teria então de provar uma afirmação negativa indefinida”⁶⁴⁷.

Num sentido distinto, a corrente minoritária entende que, estabelecendo-se entre médico e paciente um contrato, sobre o médico recai, por força do regime da responsabilidade contratual, a presunção de culpa do art. 799º⁶⁴⁸. O ónus da prova da diligência recairá, deste modo, sobre o médico, desde que o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso. O médico presume-se culpado, mas para que haja presunção de culpa cabe ao lesado a prova do facto ilícito (não cumprimento da prestação ou cumprimento defeituoso), como elemento constitutivo do seu direito à indemnização.

⁶⁴⁵ *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 223

⁶⁴⁶ Op. cit., p. 225.

⁶⁴⁷ Op. cit., pp. 224 e ss

⁶⁴⁸ Neste sentido, A. VAZ SERRA, “Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes”, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 47, 1955, p. 99; A. HENRIQUES GASPAR, “Da Responsabilidade Civil do Médico”, Colectânea de Jurisprudência, ano III, 1978, tomo I, pp. 344 s; J. FIGUEIREDO DIAS e J. SINDE MONTEIRO, op. cit. p. 46; C. FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 117; M. CARNEIRO DA FRADA, “Contrato e deveres de protecção», Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Separata do vol. XXXVIII do Suplemento, 1994, p. 193. Neste sentido, vide os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2002 (processo n.º 02A4057), de 22 de maio de 2003 (processo n.º 03P912), de 18 de setembro de 2007 (processo n.º 07A2334) e de 27 de novembro de 2007 (processo n.º 07A3426), todos disponíveis in www.dgsi.pt.

HENRIQUES GASPAR entende que o critério de distribuição do ónus da prova da culpa da responsabilidade contratual deve ser convenientemente entendido no campo da responsabilidade médica. A infracção dos deveres contratuais do médico configurar-se-á essencialmente como cumprimento defeituoso ou imperfeito; o ónus da prova da existência do defeito recairá sobre o credor e o ónus da prova da inexistência de culpa sobre o devedor. No entender do Autor, o n.º 1 do art. 799º apenas estabelece que se presume que o defeituoso cumprimento procede de culpa do devedor. No entanto, pressuposto desta presunção será o próprio defeito do cumprimento que terá, naturalmente, de ser provado por quem o invoca. Estando em causa obrigações de meios, o paciente deverá demonstrar que o médico não empregou todos os meios, não praticou todos os actos normalmente necessários para a prossecução daquela finalidade.

FIGUEIREDO DIAS, SINDE MONTEIRO e FERREIRA DE ALMEIDA concordam com este entendimento: o paciente lesado deverá demonstrar a tipicidade, alegando e provando a desconformidade objectiva entre a conduta adoptada e as leis da arte e da ciência médica; o médico lesante deverá demonstrar a inexistência de culpa alegando e provando que, naquelas circunstâncias, não podia ou não devia ter agido de outra forma⁶⁴⁹.

DIAS PEREIRA adopta a distinção entre obrigação de meios e de resultado, mas separa na obrigação de meios entre a violação das *leges artis* (ilicitude), cujo encargo probatório incumbirá ao paciente e, por outro lado, o juízo de censurabilidade (a culpa médica), que é presumida nos termos do n.º 1 do art. 799º⁶⁵⁰. Operando deste modo, caberá ao médico o ónus da prova da culpa, ou seja, a prova de que, naquelas circunstâncias, não podia nem devia ter agido de forma diferente. Esta posição reconhece as dificuldades que se apresentam ao lesado, as mais das vezes impossibilitados de fazer a prova cabal dos pressupostos da responsabilidade civil, defendendo que, muito embora caiba ao demandante o ónus da prova da ilicitude, a culpa deve ser presumida, cabendo ao médico.

Quando se invoque o cumprimento defeituoso é necessário provar a desconformidade objectiva entre o acto praticado e as *leges artis*, só depois funcionando a presunção de culpa, a ilidir mediante prova de que a desconformidade não se deveu a culpa do agente. Consequentemente, quando se invoque tratamento defeituoso para efeito de obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade contratual é necessário provar a desconformidade entre

⁶⁴⁹ J. FIGUEIREDO DIAS e J. SINDE MONTEIRO, op. cit., p. 46; C. FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 117.

⁶⁵⁰ **O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente**, cit., pp. 422 ss

os actos praticados e as *leges artis*, bem como o nexo de causalidade entre defeito e dano. Feita a prova da desconformidade, então sim, funciona a presunção de culpa, a impor ao médico, como condição de libertação da responsabilidade, que prove que a falta de conformidade não se deveu a culpa sua, por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados. O médico está dispensado de provar, diferentemente, que o evento danoso se produziu por causa estranha à sua actuação. Por outras palavras, presume-se a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso em si mesmo. É neste sentido que se tem pronunciado a jurisprudência mais recente⁶⁵¹.

No entender de PINTO OLIVEIRA, o alcance da presunção de culpa deverá ser diferente na responsabilidade contratual pelo não cumprimento de obrigações de resultado e na responsabilidade contratual pelo não cumprimento de obrigações de meios. Na primeira, o n.º 1 do art. 799º do CC deverá ser combinado com um critério de tipicidade/ilicitude referido ao resultado, pelo que exonera o credor do ónus de alegar e de provar a omissão do cuidado (exterior ou interior); na segunda, ele combina-se com um critério de tipicidade/ilicitude referido à conduta, pelo que não exonera o credor do ónus de demonstrar a omissão da mais elevada medida de cuidado exterior⁶⁵².

Relativamente ao nexo de causalidade é preciso entender que a existência de nexo de causalidade directo e certo, entre a falta e o prejuízo, não é mais do que uma condição indispensável para atribuir a responsabilidade ao médico.

De acordo com o exemplo referido pelo PINA, o doente fez um choque mortal e foi sustentado que a morte foi causada pelo emprego imprudente da droga x e os peritos não conseguiram demonstrar qual a droga causadora e a responsabilidade do médico foi afastada. Parece ter sempre havido consciência destas dificuldades e isto libertava o médico de toda e qualquer responsabilidade, cada vez que surgia uma dúvida sobre o nexo de causalidade⁶⁵³.

Ainda o autor citado, quando o médico comete uma falta, o doente foi privado de uma hipótese de sobrevivência ou até de cura. Torna-se importante que o doente possa provar a relação causal entre a falta e o prejuízo, nada estabelecendo que a falta tenha provocado ou agravado o

⁶⁵¹ Vide, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de setembro de 2007 (processo n.º 07A2334), in www.dgsi.pt

⁶⁵² Op. cit., p. 245

⁶⁵³ PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. 2ª ed, Lidel, 1998. p.7

estado da doença. Os tribunais não podem basear-se em hipóteses, mas explicar claramente a relação entre a falta e o dano.

Considerações finais

O acto médico é um conjunto de comportamentos próprios dos profissionais da medicina quer formal, quer tradicional, com repercussões que extrapolam as relações subjectivas. Os profissionais da saúde exercem actividades de interesse de toda a colectividade, já que têm como fim conservar ou melhorar a saúde humana, possuindo, portanto, muitas particularidades.

No exercício das profissões em geral, quando se detecta um erro, é possível evitar ou mitigar suas consequências, com a adopção de certas medidas. No entanto, tratando-se do campo da saúde, quando o erro é detectado, por vezes, já produziu consequências desastrosas, resultando, em algumas situações, na morte do doente.

Nessa matéria, é claro a correlação com os direitos da personalidade, no que diz respeito à integridade física do doente. Hodiernamente, o campo da medicina tem estrutura que extrapola o mero acordo celebrado entre o médico e o paciente.

Destaca-se, especialmente, a exigência do consentimento informado. Este se funda no direito à integridade física e moral da pessoa, de forma que as informações prestadas ao paciente devem ser claras e precisas, como modo de validar seu consentimento.

A responsabilidade resultante do erro médico injustificável tem sido estudado, ao longo da história da humanidade, do ponto de vista subjectivo, o que é próprio da actividade liberal.

Usualmente o médico enfrenta o dilema de optar por uma ou mais soluções o que pode levar à escolha daquela que menos se adéqua às condições de saúde do doente o que implica na sua responsabilização pelos danos consequentes.

Há situações nos quais a responsabilidade adquire contornos objectivos, o que se deflui igualmente pela inversão do ônus da prova.

A responsabilidade civil determina a obrigação de indemnizar, obrigando o causador de danos a repará-los. O médico também poderá ser responsabilizado criminalmente quando infringir normas ou cometer erro e deste resultar lesão ao sujeito, colocando em risco sua vida; esse acto se caracteriza pela intenção do agente. A saúde não é um problema de exclusiva responsabilidade médica, mas de toda colectividade.

Em contrapartida, o médico não pode abrir mão dos princípios que orientam sua profissão, devendo sempre buscar a melhor relação possível com o doente, assente na transparência, confiança mútua e lealdade.

Nesse sentido, a responsabilidade médica se individualiza pelo elemento culpa advinda dos actos decorrentes do exercício de sua profissão ao agir com negligência, imprudência ou imperícia e ou quando se omitir, e o resultado do feito causar a morte ou lesão ao paciente.

Porém a culpa do médico não pode ser presumida, e sim analisada segundo as regras e os métodos exigidos pela sua profissão em concordância com as legislações vigentes.

Em Moçambique não existe legislação que disciplina o exercício da medicina tradicional. Todavia, a responsabilidade civil do médico tradicional é tratada num regime jurídico geral (Código Civil). A responsabilidade do médico, também é tratada nas esferas administrativa, e penal.

No direito moçambicano, a prestação de serviços médicos tradicionais não é considerada uma relação de consumo, tanto que não se pode negar sua natureza contratual. No entanto, trata-se de prestação de serviços com nuances diversas, sobretudo porque não se pode exigir um resultado concreto.

A responsabilidade civil do médico tem como pressupostos o facto, o dano, a ilicitude e o nexo de causalidade. Exige, portanto, os requisitos da responsabilidade civil em geral. Apesar disso, seria mais adequado considerar a responsabilidade civil do médico como tendo natureza subjetiva, exigindo-se sempre a prova da culpa.

A doutrina e a jurisprudência claramente demonstram certa tendência em destacar a importância da distinção entre actividade de meio e actividade de resultado, em relação ao estabelecimento do ônus da prova.

A relação entre médico e paciente envolve diferentes etapas, começando desde o contacto inicial até o diagnóstico, cujo objectivo é identificar a doença e possibilitar o tratamento adequado. Não se pode esquecer que, até por sua condição humana, os médicos podem cometer erros, destacando-se o erro de diagnóstico entre os fundamentais. E, por isso, tem muita importância na responsabilidade civil médica. O erro de diagnóstico verifica-se na percepção errada que tem o

médico da realidade. Em razão dessa falha, ele identifica erroneamente a doença, facto que, em determinadas situações, tem como consequência igualmente um tratamento errado.

Não é qualquer erro de diagnóstico que é passível a responsabilidade civil do médico, ainda que não tenha se mostrado o diagnóstico mais indicado para aquele caso. Não compete, por exemplo, responsabilização, se ficar provado que, ao efectuar o diagnóstico, o médico actuo com cuidados preciso, dentro dos critérios adoptados pela tecnica médica. Desta forma, para que o erro de diagnóstico seja ensejador da responsabilidade civil do médico, deve manifestar-se como inescusável, provando-se que outro profissional qualificado não o cometeria na mesma situação.

O erro de diagnóstico, em si mesmo, a princípio, não gera o dever de indemnizar. A responsabilidade civil só é possível se houver prova do dano, bem como a ligação que tem o erro inescusável com o dano sofrido pelo paciente. Estamos aqui perante o princípio da causalidade adequada.

O comportamento do médico s apenas não será considerada como causa do dano, se restar provado que foi irrelevante para sua ocorrência. Portanto, para que se possa estabelecer o nexo de causalidade, é preciso ver se a causa era passível para produzir o resultado ou se a lesão foi provocada por circunstâncias alheias.

O erro de diagnóstico vem se firmando como um dos mais relevantes fundamentos da responsabilidade civil do médico. Isso sucede porque tem inúmeras implicações. Pode ser cometido em várias situações, destacando-se: erro na realização ou na interpretação de exames; falta de preparo técnico do profissional; inobservância dos sintomas apresentados pelo paciente; equivocado.

O consentimento informado consiste no dever que tem o médico de fornecer ao paciente todas as informações envolvendo o seu estado de saúde. Somente de posse dessas informações, ele pode, de forma livre e consciente, concordar com o tratamento que mais lhe seja adequado. Se a vontade é manifestada com base em informações equivocadas ou incompletas sobre o diagnóstico, ou ainda a respeito do procedimento indicado, o paciente não terá elementos para manifestar sua vontade, de forma livre e consciente.

Dado o exposto e levando-se em consideração o que foi observando ao longo da pesquisa, julgamos pertinente a instituição de um regime jurídico específico no ordenamento jurídico

moçambicano que permitirá responsabilizar civilmente aos médicos tradicionais pelos eventuais erros cometidos no exercício das suas funções, visto que, o regime jurídico geral existente mostrasse insuficiente para o efeito.

Sugestões

Considerando que:

- Actualmente existe um grande interesse por parte da Organização Mundial de Saúde em promover o desenvolvimento da medicina tradicional para atender os problemas da saúde na população;

- O número de praticantes que desenvolve práticas de saúde tradicional esta aumentando, e devido a grande demanda da população a procura destes tipos de práticas para solucionar seus problemas de saúde;

- as especificidades existentes no exercício da medicina tradicional;

- Não existe uma legislação específica que disciplina o exercício da medicina tradicional

- A responsabilidade civil dos médicos tradicionais é regulada por um regime jurídico geral, a par das outras profissões liberais, não obstante as suas especificidades.

Sugere que:

- **Se institua um regime jurídico específico que discipline o exercício da medicina tradicional;**

- Se crie tribunais ou secções de competência especializada para dirimir questões desta natureza;

- Formação especializada dos magistrados no sentido de conhecer melhor estas práticas para melhor dirimirem os litígios;

- Os praticantes da medicina tradicional sejam devidamente treinados para melhor auxiliar a justiça na descoberta da verdade material.

Legislação

Código Civil de 2019

Constituição da República de Moçambique (2004)

Constituição da República de Moçambique de (2018)

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Decreto nº 31/89, de 10 outubro- normas reguladoras da criação e funcionamento dos postos e centros de saúde de local de trabalho.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Diploma Ministerial nº 127/2002, de 31 de julho, Regulamento que define a caracterização técnica e das funções do Serviço Nacional de Saúde.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Diploma Ministerial nº 40/2004, de 18 de fevereiro- Regulamento Geral dos Hospitais.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Decreto nº 30/2001 de 15 de outubro- normas de funcionamento da Administração Pública.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Lei nº 25/1991 de 31 de dezembro - Sistema Nacional de Saúde.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Lei nº 14/2011 de 10 de agosto – Regula a formação da vontade da Administração Pública, estabelece as normas de defesa dos direitos e interesses dos particulares.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Decreto nº 30/2001 de 15 de outubro- Normas de Funcionamento dos Serviços de Administração Pública, in Boletim da República, I Série nº 40

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Resolução nº 11/2004, de 14 de abril- Política de Medicina Tradicional, in Boletim da República, I Série, nº 15.

Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2003

ABREU, Luís Vasconcelos. **O Estatuto da Ordem dos Advogados e a relação entre mandante e mandatário judicial**, ROA, ano 62, I, janeiro 2000

ABUDO, S. Sessenta por cento da população depende da medicina tradicional. Campo, Nampula, v. 13

ALBUQUERQUE; SEIÇA; BRIOSA. **Dor e dano osteoarticular** (1995)

ANDRADE, A. L. D. de. **Responsabilidade civil do Estado pela demora da prestação jurisdicional**. 2014. Monografia (Especialização em Prática Jurídica) - Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, PB, 2014

ANDRADE, Manuela Costa, Anotação ao art. 157º do CP, in Comentário Conimbricense do Código Penal (dir. Jorge de Figueiredo Dias), Parte Especial, Tomo I (Artigos 131º a 201º), 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012

ANDRADE, Manuel Domingos de. **Teoria Geral das Obrigações**, em colaboração de Rui de Alarcão, 3ª ed, Almedina, Coimbra, 1966

ALARCÃO, Rui de. **Direito das obrigações**, com a colaboração de J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J. C Proença. Coimbra, polic, 1983.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos II - conteúdo. Contratos de troca**. Coimbra. Almedina. 2008

ALMEIDA, C. Ferreira de. **Os contratos civis de prestação de serviço médico. Direito da Saúde e Bioética**, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,

Lisboa, 1996

ALMEIDA J. Moitinho de. A **responsabilidade civil do médico e o seu seguro**. Scientia Jvridica, Tomo XXI, n. ° 116-117

ALONSO PÉREZ. **La relación medico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil**.
2000

AMNON CARMI, **Medical versus legal maldiagnosis**, in Recht und Ethik in der Medizin (Hrsg. W. Doerr/W. Jacobs/A. Laufs), Berlim/Heidelberg/Nova Iorque: Springer, 1982

ANTUNES, João Lobo. **Juízes (e médicos)**, in, do A., **O eco silencioso**, Lisboa: Gradiva, 2008

ANTUNES, João Lobo. **Medicina e direito - Intersecções**, in Tribunal da Relação de Lisboa - **Uma casa da Justiça com rosto**, Lisboa: edição do Tribunal da Relação de Lisboa, 2010.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**, Vol.I, 10 ed. Coimbra. 2000

ASSAD, M. e ELKATSHA, S. **Os habitantes de um povoado no delta do Egito participam dos cuidados da saúde**. Contac, (23), abril.,1982

ASSIS, Jaqueline Tavares de CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo, LICENÇA, Isália Gabriel, CAMPOS, Nathalia, REIS, Mariana, FIALHO, Luana Alcântara, BRAMBATTI Larissa Polejack. **Medicina tradicional no Brasil e em Moçambique: definições, apropriações e debates em saúde pública**.

ATCHLEY, D.W. **El médico científico y el “cuurador”**. Bol. Office.sanit. panamer.,59. 1965

AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita. **Epidemiologia e emancipação**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Abrasco, 1995.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000

BEERS, Mark H. Et al. Manual Merck: **diagnóstico e tratamento**. Tradução de Paulo César Ribeiro Sanches. São Paulo: Roca, 2008

BELTRÃO, Sílvia Romero. **O consentimento informado e sua dinâmica na relação médico-paciente: natureza jurídica, estrutura e crise**. Cadernos do Programa de PósGraduação. Direito/UFRGS. Vol. 9, nº 2, 2014

BELLI, An Ancient Therapy Still Applied: The Silent Medical Treatment, I ViLL22. L. REV. 250, 259 (1956). In: **Malpractice and medical testimony**.1963-1964

BENTHAM. **Tratado de las Pruebas Judiciales**.1971

BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014

BRITO, Tatiana. **Manual de Estudos de Tui-Na**. Instituto Português de Naturologia, Porto.2008

BROWN, Harvey. **Eight gates for expert witnesses**. In: 36 Houston Law Review.1999

BRUNO, Paula. **Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal**, Coimbra Editora, 2010.

CAETANO, Marcelo **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**, Almedina, Coimbra, 2003

CAETANO, Marcelo **Manual de Direito Administrativo**, vol. I, Coimbra, Almedina, 1999

CAIRUS, Henrique. **Da natureza do homem. Corpus Hippocraticum**. In: **História, Ciência e Saúde** – Manguinhas. Rio de Janeiro, Fundação Oswaldo Cruz, v. 6, n. 2, jul./out., 1999.

CALABUIG. **Nexo de causalidad en valoración del daño corporal** .1997

CALDEVILLA, Manuela. **Manual de Nutrição e Dietética**. Instituto Português de Naturologia. Porto. 2009

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Padova: Decam, 1936.
CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di diritto processuale civile**. Napoli: Nicola Jovene & C., 1913

CANARIS/UWE DIEDERICHSEN(org), **Festschrift fur Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23 April 1983**. Munchen, Beck, 1983

CARAPINHEIRO, Graça, **Saberes e poderes no hospital. Uma sociologia dos serviços hospitalares**, 4ª ed., Lisboa: Afrontamento, 2005

CARDOSO, Augusto Lopes. Biodireito, in. **Novos desafios à bioética** (coord. Luís Archer/Jorge Biscaia/Walter Osswald/Michel Renaud), Porto: Porto Editora, 2001

CARRAÇA, Idalmiro Rocha. **Omissão e partilha no ato médico**, Porto: Laboratórios Bial, 1994

CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito Penal, Parte Geral**, 2ªed. Coimbra Editora, 2008

CASABONA, Romeo apud RODRIGUES, Álvaro, **Responsabilidade Médica em Direito Penal**, Coimbra, Almedina, 2007

CASTIGLIONE, Arturo. **História da medicina**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1947. v. 1

CATHERINE CRAWFORD, **Medicine and the law, in Companion Encyclopedia of the History of Medicine**, vol. 2 (ed. W. F. Bynum/Roy Porter), Londres/Nova Iorque: Routledge, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012

CERQUEIRA, L. O. G. T. **Responsabilidade civil do hospital em face do erro médico**. 2014. Monografia (Graduação em Direito) - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, SP, 2014.

CINTRA, António Carlos Fontes. **Imputação do erro médico, ponderação dos riscos e prova por inferências**. Tese apresentada junto ao Programa de Doutoramento em Direito – Especialidade de Ciências Jurídico-civis. ULFD.Lisboa, 2012

COELHO, Eduardo. **Da filosofia da medicina e outros ensaios**. Porto: Livraria Luso Espanhola Ltda., 1959

COELHO, Francisco Pereira. **Obrigações**. Coimbra, polic.1967

CORDEIRO, António Menezes. **Da responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais**, Lisboa. Lex,1997, e **Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações**, Tomo III, Coimbra. Almedina. 2010

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**, vol. I Coimbra 1984 **Tratado de Direito Civil Português, II**, Tomo I, 2º Edição. Almedina. 2000

CORDEIRO, António Menezes, **Direito das Obrigações** 2º, Lisboa. AAFDL,1980.p.335, e **Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações**, Tomo III, Coimbra. Almedina. 2010.

CORREIA, Sérvulo apud MONIZ, Ana Raquel Gonçalves Moniz, “**Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa**”, Coimbra Editora, 2003

CORREIA, J. Sérvulo. **As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde., Direito da Saúde e Bioética**, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996

COSTA, Mário Júlio de Almeida, **Direito das Obrigações**, 12ª ed, Coimbra. Almedina. 2009

COSTA, Mário Júlio de Almeida, **Direito das Obrigações**, Almedina, Coimbra, 2008

COSTA, Mário Júlio de Almeida, **Noções Fundamentais de Direito Civil**, 6ª Edição Revista Actualizada, com colaboração de António Alberto Vieira Cura, Almedina, Coimbra, 2013

COSTA, Mário Júlio de Almeida, **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**, na RLJ 116(1983-1984)

COSTA, Rui Manuel Pinto. **O poder médico no Estado Novo (1945-1974). Afirmação, legitimação e ordenamento profissional**, Porto: U. Porto editorial, 2009.

COSTA, Rui Manuel Pinto Consentimento, in **Responsabilidade médica**.

COSTA, Rui Manuel Pinto. **Paternalismo médico**, in, do A., **Responsabilidade médica**, Porto: Felício & Cabral, 1996

COUTO FILHO; SOUZA. **Instituições de direito médico**.2005

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009

CRESPO, Jorge **A história do corpo**, Lisboa: Difel, 1990

CUETO. **Imputabilidad médica** .1994

DEULOFEU, V. **Historias de las drogas curativas**. Bol. Acad.nac. Med.,38. 1960

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português, **As Consequências Jurídicas do Crime**. Coimbra Editora, 2009

DIAS, Jorge de Figueiredo, MONTEIRO J. Sinde, “**Responsabilidade médica em Portugal**”, Revista de Legislação e Jurisprudência, Separata, n.º 332, janeiro de 1984

DIAS J. Álvaro, “**Procriação assistida e Responsabilidade Médica**”, Studia Iuridica, n.º 21, Coimbra Editora, Coimbra, 1996

DIAS J. Álvaro. **O problema da avaliação dos danos corporais resultantes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Responsabilidade civil dos médicos**. Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

DIAS, João Álvaro. **Responsabilidade profissional do perito médico** 1998

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III, 4ª Ed.

São Paulo: Malheiros, 2004

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**.vol. 7: responsabilidade civil. 17a ed. São Paulo: Saraiva. 2001

DUBUGRAS, E. **Fronteiras do desconhecido. A arte dos curandeiros entra nos laboratórios**: Rev. Planeta, São Paulo.1984.

ENTRALGO, Pedro Laín. **El diagnostico medico: historia y teoria**. Barcelona: Salvat, 1982

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. **Direito da saúde**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014

EXTENSION de cobertura de los servicios de salud com las estrategias de atencion primaria y participacion de la comunidad. Cronica. Bol. Ofic. Sanit.panamer.,83

FARIA, J. Ribeiro. **Direito das obrigações**, vol. I, Almedina, Coimbra, 1987

FARIA, J. Ribeiro. **Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão**h, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2004

FARIA, Paula Lobato de. **Biodireito - Nas fronteiras da ciência, da ficção científica e da política. Reflexões sobre um novo ramo das ciências jurídicas**, Sub Judice, nº 38, 2007

FARIA, Paula Ribeiro de «Erro **em Medicina e o Direito Penal**» in Lex Medicinae, Coimbra Editora, ano 7, n.º 14, 2010

FARIA, Paula Ribeiro de. **Os novos desafios da responsabilidade médica**. In RUEFF, Maria do Céu (coord.). **Direito da medicina (eventos adversos, responsabilidade, riscos)**. Lisboa: Coleção Ensaios. Universidade Lusíada Editora, 2013

FARIA COSTA, José de. Em redor da noção de ato médico, in. **As novas questões em**

torno da vida e da morte em direito penal. Uma perspetiva integrada (orgs. José de FariaCosta e Inês Fernandes Godinho), Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

FARIA COSTA, José de. **Reflexões simples em torno do direito e da advocacia** (Cadernos de exercícios: primeiro exercício), RLJ, ano 139º, julho-agosto 2010, nº 3963.

FARIA COSTA, José de. **um olhar, eticamente comprometido, em redor da ética médica**, RLJ, ano 140º, novembro-dezembro 2010, nº 3965.

FÁVERO F. **Deontologia médica e medicina profissional**. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1945.

FIDALGO, Sónia **Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa**, Coimbra Editora, 2008

FONSECA, Jorge. Gia. Disponível em <http://jorgefonseca.co.pt/php/primeira.php?pagina=3&lingua=1&familia=32&subfamilia=61&subsubfamilia>, sem data de publicação, consultada em 22-05-2021

FRADA, Manuel Carneiro. **Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedade**. Coimbra, 1997, **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra. Separata do BFD-Suplemento 38, 1994. e **Teoria de confiança e responsabilidade civil**, Lisboa, s.e.,2001

FRADA, Carneiro. **Direito Civil -Responsabilidade Civil. O método do caso**, Almedina, Coimbra, 2006

FRAGATA, José. **Risco clínico: complexidade e performance**. Coimbra: Almedina, 2006

FRAGATA, José. **Segurança dos Doentes: Uma Abordagem Prática**. Lisboa, Lidel, 2011

FRAGATA, José e MARTINS, Luís apud RODRIGUES Álvaro da Cunha Gomes. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente**, in Data Venia, Ano 1, n.º 01, julho - dezembro 2012

FRAGATA, José; MARTINS, Luís. **O erro em medicina: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade**. Coimbra: Almedina, 2014

FRANÇOISE, Micheau. **A Idade de Ouro da medicina árabe**. In: LE GOFF, Jacques. (Org.). **As doenças têm história**. Lisboa: Terramar, 1985

FREIRE O. **Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1935

FREITAS E SOUSA, Leila Cristian Correia de. **Responsabilidade civil do medico por erro de diagnóstico**. Mestrado académico em ciências jurídicas. Lisboa. 2016

GANDINI, J. A. D.; SALOMÃO D. P. S. **Responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. Revista Conselho Federal de Justiça, Brasília, n. 23, out./dez. 2003

GASTAL. **A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão das questões fáticas**. 2006.

GEORGE J. ANNAS, **Judging medicine**, Clifton, Nova Jérсия: Humana Press, 1988

GERSON, Scott. Ayurveda – **A antiga medicina Indiana**. Editorial Estampa. 1995

GIDI, António. **Defesa do Consumidor** .1995.

GILISSEN, John. **História do Direito**, Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Maíheiro, 2ª Ed. Lisboa, 1979

GIUSEPPE LA MONACA/VITTORADOLFO TAMBONE/NICOLA ZINGARO/MATTEO POLACCO, **L'informazione nel rapporto medico-paziente**, Milão: Giuffrè, 2005

GODOY, Roberto. **A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar**. In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria (orgs.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde**. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**, tradução de Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936

GOMES, Júlio César Meirelles. **Erro médico: reflexões**. Brasília

GONÇALVES, Carla, **A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema para Além da Culpa**. Coimbra Editora, 2008

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Ciência e direito: de um paradigma a outro**, RCCS nº 31, março 1991

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2013

GONÇALVES, Carla. **A Responsabilidade Civil Médica, um Problema para além da Culpa**, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

GONZÁLEZ, Manuel Richard **La prueba de la culpabilidad atendiendo al nuevo paradigma propuesto por la neurociencia**, in Neurociencia, neuroética y bioética (ed. Javier de la Torre Díaz), Madrid: UPC, 2014.

GRANJO, P. **Saúde e Doença em Moçambique** 2009, vol. 18, n. 4, Available from: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902009000400002>. Acesso. 15.03.2021

GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. **Responsabilidade médico-hospitalar**. In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria (orgs.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil/direito fundamental à saúde**. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

GUYAR, Auguste. **Guia do povo para escolher uma medicina**. Lisboa: Typographia Do Panorama, 1862

HALL, Stuart. **Notas sobre a desconstrução do popular**. In: SOVIK, Liv (org.). **Da diáspora: identidades e mediações culturais**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003

HANS-GEORG GADAMER, **O mistério da saúde: o cuidado da saúde e a arte da medicina, tradução, reimpressão**, Lisboa: Edições 70, 2009.

HAY, Bruce L; SPIER, Kathryn E. **Burdens of proof in civil litigation: an economic perspective**. In: **Journal of legal studies**, vol. 26, nº 2, 413, 1997

HELLER, Tom et al. (2005). **Perspetives on Complementary and Alternative Medicine**. Routledge Taylor & Francis Group en association with The Open University.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978

HORSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do código civil Português. Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª impressão da edição de 1992. Almedina. Novembro de 2003.

HONWANA, A. M. **Espíritos vivos, tradições modernas: possessão de espíritos e reintegração social pós-guerra no sul de Moçambique**. Maputo: Promédia, 2002

Huffmann v. Lindquist, 37 Cal. 2d 465, 484, 234 P.2d 34, 46 ('95i) (Carter, J., 2d3issenting). **Hall, Malpractice. In: Malpractice and medical testimony** 77 Harv. L. Rev. 341 1963-1964

ISSÁ, Abdul Carimo Mohamed, AMARAL, Aires José Mota et all, **Temas do Direito Bancário**, Maputo, 1999

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**, Lisboa, CEF, 1968, reimp. Coimbra, Almedina, 1995

JÚNIOR, B.; MAHUMANA, N.; JESUS, J. (Orgs.). In **O que é Saúde Mental?** Lisboa: Escolar Editora, 2014

KRAMER, H, & SPRENGER, J. **Manual da caça as bruxas**. Ver. Planeta, São Paulo. 1984

KRAPP, Kristine e LONGE, Jacqueline L. **Manual de Medicinas Complementares**. Editorial Oceano. 2011

LLAMAS POMBO. **Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba** .2000

LARA, Tiago Adão. **A filosofia nos tempos e contratempos da cristandade ocidental**. Petrópolis: Vozes, 1999.

Las CONDICIONES de salud en las Americas: 1973. Washington, D.C., Organizacion Panamericana de salud, 1978, (publ. Ciente.364)

LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes. **Direito das Obrigações, vol. 1**, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2008

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, **Direito das Obrigações**, V I, 9ª ed, Almeida, Coimbra, 2010

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, **Responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português**, Lisboa, CEF., 1991, reimp., Almedina, Coimbra. 2005

LEITIS, D. M. G. **A responsabilidade civil dos biomédicos e o ato profissional**. Revista Jurídica, Blumenau, SC, v. 15, n. 29, jan./jul. 2011

LIMA, J.A. Pires de. **Ordem dos Médicos**, in, do A., **Ao correr do tempo**, Porto: ed. da revista Atualidades literárias, 1947

LIMA, Tania Andrade. **Humores e odores: ordem corporal e ordem social no Rio de Janeiro, século XIX**. In: *História, Ciência e Saúde* – Manguinhos. Rio de Janeiro, Fundação Osvaldo Cruz, v. 2, 1996

LISA T. WITLIN, **Countersuits by medical malpractice defendants against attorneys**, JLM, vol. 9, nº 3, 1988

LÔBO, Paulo. **Direito civil. Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012,

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Responsabilidad civil de los médicos, tomos II**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzon.

LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra, Coimbra Editora, 2006

LOYOLA.M.A. **Medicina popular**. In: **Saude e medicina no Brasil**. Rio de Janeiro, ed. Graal. 1978

LUNA YERGA. **La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria**. 2004

MAGALHÃES, Teresa; CORTE-REAL, Francisco e VIEIRA, Duarte Nuno. **O relatório pericial de avaliação do dano corporal em direito civil**, in *Aspetos práticos da avaliação do dano corporal em direito civil*

MAHLER, H. **Obstáculos a la asistencia primaria de salud**. *Saud Deb.* (6), 1978

MAIA, Manuela. (2003). **Manual de Biomedicina**. Instituto Português de Naturologia. Porto.2003

MANZANEDO, H. G. **Articulacion de los Sistema formal e informal de salud participacion de la comunidade en la primeira área, IV region de salud**. Caruaru, Pernambuco, Brasil, Washigton, D.C. organizaciom Panamericana de la salud, 1955

. MAR PASTOR BRAVO, **Psiquiatria forense. Concepto y objetivos. Ámbito de aplicación en el derecho penal, civil, laboral y contencioso-administrativo**, in Psiquiatria forense (coord. Mar Pastor Bravo), 2014, Publicacions de la Universitat d'Alacant.

MARCONI, Marina, LAKATOS, Eva, **Fundamentos de Metodologia Cientifica**, 3 Ed, Atlas, São Paulo, 2003

MARQUES, Manuel Silvério **O umbigo simbólico - notas partidas do Juramento Hipocrático**, in Hipócrates e a arte da medicina.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida**. Vol. II. In FREITAS, José Lebre de (coord.). Lisboa: Almedina, 2011

MASON, F. **História da ciência: as primeiras correntes do pensamento científico**. Rio de Janeiro: Globo, 1964

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: LTr, 2014

MCGRANE, B. Beyond anthropology. In: WOOTMANN, Klaas. **Religião e ciência no Renascimento**. Brasília: Unb, 1997

MEADOU; SUSTEINS. **Estatistics not experts**.2001

MELO. **Responsabilidade civil por erro médico** 2008

MELO, António Moreira Barboda de **A incerteza na decisão em bioética**, RPB, nº 2, setembro 2007

MENESES, Maria Paula G. **Para uma concepção emancipatória da saúde e das**

medicinas. IN: SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005

MIGUEL Frederico de Ávila, **Responsabilidade Civil: Evolução e Apanhado Histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto.** São Paulo.

MIRANDA, Jorge **Ética médica e Constituição**, RJ, n^os 16 e 17, julho 1991/junho 1992.

MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações.** Coimbra. Almedina. 2008

MONTEIRO, A. Pinto, **Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil**, Almedina, Coimbra, 2003

MORAES, Novah. **Erro medico e a justiça.** 2003

MORAIS Carolina Máira Gomes. **Políticas de saúde e medicina tradicional em Lourenço Marques (Moçambique 1940-1975).** Anais do XV encontro regional de história da AHPUH-Rio

MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova.** Lisboa: Lex, 2000

NETO, Luísa, **A atividade médica e o direito**, in Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

NETO, Kfourir. **Culpa médica e ônus da prova** .2001

NEWITT, Malyn. **História de Moçambique.** Lisboa: Publicações Europa-América Lda. 1997

NEVES, Maria do Céu Patrão, **O desejo e o direito a ter um filho**, in Bioética e vulnerabilidade (coord. Ana Sofia Carvalho), Coimbra: Almedina, 2008

NUNES, M. Rosário. **O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por**

Actos Médicos, Almedina, Coimbra, 2007

OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de. **O Erro Médico nas Instituições Públicas de Saúde**. Mestrado em Direito Público, Internacional e Comunitário. Porto. 2013

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, **Direito das obrigações I- Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais. Elementos das relações obrigacionais. Direitos de créditos e direitos reais**. Coimbra, Almedina. 2005

OLIVEIRA, Guilherme de/ MONIZ, Helena. **Utilização de informação genética em ações de filiação - perguntas e respostas**, Lex Medicinæ, ano 2, nº 4, julho/dezembro 2005.

OMRI BENSHAHAR/CARL E. SCHNEIDER, **more than you wanted to know: the failure of mandated disclosure**, Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2014.

OSSWALD, **Sobre a morte e o morrer**, Lisboa: FFMS, 2013.

OTERO, Paulo, **Direito da vida. Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino**, Coimbra: Almedina, 2004.

PEDRO POLÓNIO, **Psiquiatria forense**, Lisboa, 1975

PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda da chance e a tutela do doente lesado**. Vol. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2008

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Vol. 22. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Estudo de Direito Civil.

PINA, J. A. Esperança. **A Responsabilidade dos Médicos**. 2ª ed, Lidel, 1998

PINTO, Carlos Alberto da Mota, **Cessão da posição contratual**, reimp., Coimbra, Almedina.1982

PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. 4ªed. 2ªimpressão. Coimbra editora.2012

PINTO, Paulo Mota. **Dano da privação do uso**, EDC nº 8(2006/2007) e **Interesse contratual negativo e Interesse contratual positivo**, I ed. Coimbra, Coimbra editora.2008

PINTO, Rute Teixeira, “**A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção da Perda da Chance e a Tutela do Doente Lesado**”, Coimbra Editora, 2008

PORTER, Roy; VIGARELLO, Georges. **Corpo, Saúde e Doenças**. In: CORBIN, Alain; OURTINE, Jean-Jacques; IGARELLO, Georges. **História do corpo: da Renascença às Luzes**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008

POPPER, Karl. **Ciência: problemas, objetivos, responsabilidades**, in, do A., **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**, tradução, reimpressão, Lisboa: Edições 70, 2009.

PRATA, Ana, **Dicionário Jurídico**

PROENÇA, Brandão.**A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra, Almedina. 1997

PROENÇA, Brandão, **Direito das Obrigações**, Coimbra, Coimbra Editora. 2007
RAPOSO, Vera Lúcia. **Do ato médico ao problema jurídico**. Coimbra: Almedina, 2014
REBOUÇAS. **Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**.2006

RICOEUR, Paul. **Ética y moral, tradução espanhola, in Doce textos fundamentais de**

la Ética del siglo XX (ed. Carlos Gómez), 2ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 2014.

ROBERT L. SCHWARTZ. **Teaching physicians and lawyers to understand each other. The development of a Law and Medicine Clinic**, JLM, vol. 2, nº 2, 1981

ROCHA, Nuno Santos. **A perda de uma chance como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2014

ROCHA. **A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos** .2005

RODRIGUES, Álvaro. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente**, in Data Venia, Ano 1, n.º 01, julho-dezembro 2012

RODRIGUÊS, M.A. **Estudo para identificação de forças que favorecem e dificultam a coordenação do sistema formal de saúde**, São Paulo, 1980

ROSEMBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Tradução espanhola KR

RUTHES. **Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor** .2010

SALVAGIO, Dennis L. **Torts – Alternative Causation in Medical Malpractice Cases**. 1971-1972

SANTOS. **Dano moral indenizável** .2001

SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2012

SERRA, Helena, **Médicos e poder: transplantação hepática e tecnocracias**, Coimbra: Almedina, 2008

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo:

Editora Atlas S.A., 2013

SIMÕES, Fernando Dias. **A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade.** Direito Vol.22, nº 1:1-31 (Janeiro-Xuño, 2013).

SNEDDDO, Peta. COSESCHI, Paolo. **A cura pela Osteopatia.** Publicações Europa-América. 1997

SOUSA, M. Teixeira de. “**O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica**”, Direito da Saúde e Bioética, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996

SOUSA, Marcelo Rebelo de, MATOS A. Salgado de. **Direito Administrativo Geral**, Tomo III. **Actividade administrativa**, Dom Quixote, Lisboa, 2007

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

SYMONES-RIDDER, Hilde (Coord.). **Uma história da universidade europeia.** In: VERGER, Jacques. *Modelos.* Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1992. V. I

TARUFFO. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz.** 2001

TARUFFO, Michele. **La prova scientifica nel processo civile.** In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Dott-Giuffrè, anno LIX, nº4, dezembro, 2005.

TOM BAKER, **The medical malpractice myth**, Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 2005.

TONIN, D. A. **A responsabilidade civil decorrente da execução de um ofício executivo judicial provisório.** 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade de Passo Fundo (UPF), Passo Fundo, RS, 2012. Disponível em: acesso em: 7 nov. 2020.

WILLIAMS, Tom. **A Medicina Chinesa – Acupuntura, Plantas Medicinais, Nutrição; Chi Kung e Meditação.** Coleção Medicinas Alternativas. Editorial Estampa. 1996

World Health Organization. (2001). **The Legal Status of Traditional and Complementary/Alternative Medicine: a Worldwide Review.** Geneva, World Health

Organization, in press. Disponível em <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh2943e/>, consultado em 21-11-2020.

World Health Organization. (2002). **WHO Traditional Medicine Strategy 2002 – 2005**. Geneva. World Health Organization, in press. Disponível em <http://www.who.int/medicines/publications/traditionalpolicy/en/index.html>

VALE E REIS.R **Responsabilidade civil dos médicos nos estabelecimentos públicos de saúde – origens históricas”, Responsabilidade civil dos médicos**. Coimbra, Coimbra Editora, 2005

VASCONCELLOS, Ivolino de. **Asclépio, deus helénico da medicina**. In: *Revista Brasileira de História da Medicina*, ano XIII, jul./dez., 1962

VELIMIROVIC, H. **Nuevo vistazo a la medicina tradicional**. *Salud*,9.1977

VIEIRA NETTO. **Processo de Conhecimento**.2011.

VIEIRA, Fernando Manuel Rodrigues dos Santos. **A violência na sua interface jurídico-psiquiátrica**, in AA.VV., *Direito da medicina - I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002

VIEIRA, Duarte Nuno.**O perito e a missão pericial em direito civil**, in *Aspetos práticos da avaliação do dano corporal em direito civil* (coord. Duarte Nuno Vieira/José Alvarez Quintero), co-edição Caixa Seguros e Imprensa da Universidade de Coimbra, julho 2008

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das Regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZULLIANI. **Responsabilidade civil fundada no erro médico: Inversão do ônus da prova** .2003.

ANEXOS

Entrevista I- Magistrados Judiciais

A presente entrevista tem como objectivo perceber em que medida o Médico tradicional é responsabilizado civilmente pelo erro cometido no exercício das suas funções, e tem finalidade meramente académica. Para o sucesso do mesmo, contamos com a colaboração da V. Excia e, asseguramos a confidencialidade de dados pessoais e associações que por ventura, não quererá ver exposta.

1.Desde quando é Magistrado Judicial?

2.Já trabalhou em algum distrito ou cidade rural (Qual) ?

3. Quanto tempo?

4.Teria alguma vez, em sede de processo civil, apreciado algum caso, em que se pede Indemnização por conta de danos causados por médico tradicional no exercício das suas funções?

4.1.Se sim, poderá explicar como lidou com o caso ?

4.2.Se nunca apreciou, como resolveria um caso à sí remetido e que regime jurídico aplicaria?

5. Acha que há necessidade de instituição de um regime jurídico específico para resolução de litígio que opõe a esta classe e os utentes dos serviços?

5.1. Se sim, porquê?

5.2. Se não, porquê?

Obrigado pela atenção

Entrevista II- Médicos Tradicionais

A presente entrevista tem como objectivo perceber em que medida o Médico tradicional é responsabilizado civilmente pelo erro cometido no exercício das suas funções, e tem finalidade meramente académica. Para o sucesso do mesmo, contamos com a colaboração da V. Excia e, asseguramos a confidencialidade de dados pessoais e associações que por ventura, não quererá ver exposta.

1.Desde quando é Médico Tradicional?

2.Onde realiza suas actividades?

3.Que tipo de serviços presta concretamente na Medicina Tradicional?

4. Que tipo de relação tem com o paciente?

5.Qu tipo de falhas ou erros que ocorrem no exercício da vossa actividade?

6. Como e que se faz o diagnostico das doenças aos seus pacientes?

7. Como e que tens feitos a prescrição da medicação?

8. Já teve, casos em que algum dos seus pacientes veio reclamar porque algo não correu bem durante o tratamento?

8.1. Se sim, como terminou o caso?

8.2. Se não, imagine que um determinado paciente venha reclamar a sí, relativamente a algo que não correu bem durante o tratamento, como lidaria com o caso?

8.2. Imagine que o mesmo Paciente, ou seu familiar, vá queixar no tribunal a exigir que seja indenizado por eventual prejuízo causado, como se defenderia?

9. Acha que é necessário a instituição de uma norma jurídica especial para a defesa da classe em casos de eventuais litígios com pacientes?

9.1. Porquê?

Entrevista III- Potenciais Pacientes/ Pacientes da Medicina Tradicional

A presente entrevista tem como objectivo perceber em que medida o Médico tradicional é responsabilizado civilmente pelo erro cometido no exercício das suas funções, e tem finalidade meramente académica. Para o sucesso do mesmo, contamos com a colaboração da V. Excia e, asseguramos a confidencialidade de dados pessoais e associações que por ventura, não quererá ver exposta.

1. Como se chama?

2. Que idade tem?

3. Já procurou por serviços de Médico Tradicional (Curandeiro) ?

4. Quantas vezes já procurou ?

5. De que é que padecia quando procurou serviços de Médico Tradicional?

6. Sentiu-se curado quando recorreu ao Médico Tradicional para tratar a sua doença?

7. Se não curou o que acha que teria falhado

8. Reclamou diante do Medico Tradicional?

9. Como termnou a sua situacao de saude?

10. Acha que é necessário a instituição de uma norma jurídica especial para a defesa da classe em casos de eventuais letígios com pacientes?

11. Porquê?

Obrigado pela atenção