

Ministro da Defesa Nacional

Proc.:R-1063/90

Rec. nº 74A/95

Data:1995-07-20

Área: A3

Assunto:SAÚDE - DOENTE - HOSPITAL MILITAR - RELAÇÃO CONTRATUAL - DIFICULDADES DE NATUREZA ESTRUTURAL - FISIOTERAPIA - FALTA DE PESSOAL CAPACITADO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ORGANIZAÇÃO HOSPITALAR

Sequência: Arquivamento por se esgotarem as possibilidades de intervenção.

DOS FACTOS:

- 1) No dia 30 de Setembro de 1988 o Senhor Coronel ..., reclamante no processo supra referenciado, sofreu um acidente em sua casa que lhe afectou a perna direita.
- 2) Nesse mesmo dia apresentou- se na Urgência do Hospital Militar Principal, sendo assistido pelo Ortopedista Dr. X .
- 3) Foi- lhe então imobilizada a perna através de uma tala de gesso, posto o que regressou a casa, sendo que, até 25 de Outubro seguinte, foi seguido na Consulta de Ortopedia do H.M.P. pelo referido médico.
- 4) E, por proposta de Ortopedia, em 26/10, apresentou- se no Serviço de Fisioterapia, sendo que, nessa altura, já havia sido substituída a tala de gesso por uma ligadura, continuando, contudo, imobilizada a perna.
- 5) Neste Serviço de Fisioterapia foi o reclamante atendido pelo Dr. Y ... - já falecido -, o qual, consoante consta do respectivo cartão de tratamento, lhe prescreveu: "gelo, contracção estática do quadrícipete, tonificação e peso".
- 6) Mas neste dia (26/10) apenas lhe foi efectuada a aplicação de gelo.
- 7) Já no dia seguinte (27/10), o fisioterapeuta ... fez o tratamento completo, conforme o referido cartão (v. ponto 5 supra), o que, após o mesmo, levou o reclamante, desde logo, a queixar- se do agravamento da situação, atribuindo tal facto à violência inadequada do dito tratamento.
- 8) Com efeito, de acordo com o que lhe foi então indicado pelo fisioterapeuta, o reclamante deitou- se sobre um colchão estendido no chão, sendo- lhe colocado um peso de dois quilos no pé direito, e tendo- lhe sido dito que efectuasse 30 movimentos de elevação da perna (com movimentos laterais) - o que cumpriu; tal aliás como as 30 elevações que imediatamente após a primeira série lhe foi dito que efectuasse; e bem assim, como mais outras 30 que ainda lhe foram então ordenadas.
- 9) Em suma: o reclamante, de acordo com as instruções que lhe foram sendo dadas, cumpriu 90 elevações da perna, com o peso de dois quilos.
- 10) Tudo isto aplicado como tratamento de fisioterapia prescrito para uma pessoa de 74 anos de idade, sendo que no final deste tratamento, ainda lhe foi dito para, em casa, repetir o mesmo.
- 11) Porém, a verdade é que, na sequência da dita sessão de fisioterapia, ao sair do H.M.P., o reclamante sentiu dores imensas que, incapacitando- o de prosseguir, o obrigaram a sentar- se num banco do Jardim da Estrela, necessitando do socorro de terceiros.
- 12) A aludida violência do tratamento (vd. pontos 8, 9 e 10 supra) implicou que, no dia seguinte (28/10), o reclamante tivesse tido que quedar- se em casa, com gelo, panaceia essa que manteve ainda nos dias 29 e 30,

respectivamente, Sábado e Domingo.

13) No dia 31/10, 2ª feira, fez-se conduzir ao H.M.P., à Fisioterapia, onde foi sujeito a tratamento com gelo, seguido de pequena fricção com um produto farmacêutico, a qual lhe foi aplicada pelo fisioterapeuta .... Pretendeu então falar com o Dr. Y, ou com outro médico que o substituísse, ao que lhe foi dito não ser viável, por já terem saído todos os médicos.

14) Assim, na 4ª feira (02/11), o reclamante compareceu em Ortopedia, ante o Dr. X, médico que, como ficou dito, o havia visto na Urgência, e acompanhado na Consulta até 25/10 (vd. pontos 2 e 3 supra). Ao tomar conhecimento do tratamento prescrito e levado a efeito em Fisioterapia, o Dr. Y mostrou-se extremamente chocado.

15) Precisamente por isso, via telefone, contactou o Chefe de Fisioterapia, Dr. Z, tendo-lhe também escrito uma carta, na qual solicitava atenção para o caso.

16) Posto isto, o reclamante, portador da aludida carta, e acompanhado de sua mulher, fez-se, de imediato, conduzir à Fisioterapia, a fim de entregá-la em mão ao seu destinatário, Dr. Z.

17) Este já lá não se encontrava, e nem tão-pouco o Chefe de atendimento facultou indicação acerca do local onde o médico em questão seria contactável, tendo antes dito que somente na 6ª feira (04/11) o poderia encontrar no Hospital.

18) Nestas circunstâncias, teve o reclamante de deixar, no atendimento de Fisioterapia, a carta do Dr. X, a fim de que, logo que possível, a entregassem ao Dr. Z.

19) No entretanto, na 5ª feira (03/11) o reclamante deslocou-se à Fisioterapia, onde não encontrou nenhum médico, tendo tido a oportunidade de constatar que a carta ainda lá se encontrava, bem como da impossibilidade, reafirmada, de contactar o médico Chefe de Fisioterapia, antes de 6ª feira. Neste dia (03/11), não efectuou qualquer tratamento.

20) Na 6ª feira compareceu de novo naquele Serviço, acabando, ao fim de bastante tempo, por ser recebido pelo Dr. Z, que se limitou a ouvir o relato circunstanciado dos acontecimentos, posto o que o mandou deitar na marquesa e tirar a ligadura. E, em seguida, pegando-lhe no calcanhar do pé direito, rodou para a direita e para a esquerda.

21) Porém, de tal forma o fez, que, da parte do reclamante, houve um grito de dor, ao qual o médico mais não disse do que: "tenho que o observar", ainda que, de acordo com o reclamante, nada haja feito, para além de receitar umas canadianas, não tendo em nada alterado o tratamento prescrito pelo Dr. Y.

22) Seguiu-se o fim-de-semana, durante o qual o reclamante não observou quaisquer melhoras, devido a nada lhe ter sido prescrito de novo que as pudesse originar.

23) Na 2ª feira (07/11), uma vez que se sentia sem qualquer apoio na Fisioterapia, por sua iniciativa, voltou à Consulta de Ortopedia, tendo-lhe o Dr. X diagnosticado ruptura do quadricipete, motivo pelo qual o mandou fazer uma radiografia urgente.

24) Após a obtenção da radiografia, consoante ficara combinado, foi o reclamante observado pelo Dr. A, médico este que confirmou o diagnóstico do Dr. X (v. ponto 23 supra), tendo acrescentado a necessidade de efectuar-se uma ecografia, mercê do aspecto grave que detectara através do exame que lhe fora presente e da observação directa do doente.

25) Nestes termos, obtida a ecografia, em 11/11, o Dr. X prescreveu o tratamento através de hidromassagem, a executar em Fisioterapia.

- 26) E, na 2ª feira subsequente (14/11), naquele Serviço, o Dr. B, face à nova prescrição alterou o cartão de tratamento.
- 27) Terminado o tratamento de hidromassagem, o Dr. X prescreveu tratamento através de massagem e, progressivamente, exercícios suaves.
- 28) Contudo, estranhamente, de acordo com o que refere o reclamante, em Fisioterapia, esta nova prescrição da massagem não foi levada até ao fim.
- 29) Com efeito, este tratamento - consentâneo com a situação - ficou incompleto, uma vez que foi determinada a alta do doente.
- 30) Aliás, além da descrita cronologia, em vários momentos do processo aberto nesta Provedoria de Justiça se depara com referências a dados de facto que constituem forte indício de que algo não correu bem com a assistência médica prestada ao reclamante.
- 31) O despacho, de 03/7/91, do Exmº General Chefe do Estado- Maior do Exército considera que "foram os factos cuidadosamente averiguados por um Oficial General, tendo- se concluído que as ocorrências se ficam a dever apenas a dificuldades de natureza estrutural do Hospital e a falta de pessoal devidamente capacitado", e, logo adiante, lê- se também:  
"há fortes indícios de que [o doente] não foi ali convenientemente seguido e amparado".
- 32) Mas, há mais: já antes, em ofício datado de 21/3/91, o Chefe de Gabinete do CEME comunicara ao reclamante o que se transcreve:  
"Verificou- se (...) que não só o caso pessoal de V.Exa., como outros semelhantes que têm acontecido, se ficou a dever apenas a dificuldades de natureza estrutural do Hospital e faltas de pessoal devidamente capacitado, o que se tem vindo a tentar corrigir".
- 33) É, portanto, legítimo concluir que a própria Administração Pública fortaleceu a convicção do reclamante, de que havia sido tratado à revelia de meios capazes.
- 34) Aliás, deverá ter- se ainda em consideração o entendimento expresso por médicos consultados, no que respeita à adequação do tratamento prescrito. Assim:
- 35) Do relatório ortopédico formulado, aos 24/6/90, pelo Dr. C, extrai- se a seguinte passagem:  
"...sou da opinião que a rotura do quadricipete direito foi devida a erro nos tratamentos efectuados em Fisioterapia, onde não foi tida em atenção não só a patologia, como o grupo etário do doente".
- 36) Por seu turno, o médico Reumatologista Dr. D, aos 08/08/90, escreve:  
"Segundo a minha opinião não é admissível, mais estando ainda o doente com imobilização, esta terapêutica ("gelo, contracção estática do quadricipete, tonificação, peso") em consequência da qual sofreu agravamento da situação".  
Ao que acresce:  
"Também em minha opinião, nessa altura, outra prescrição devia ser feita, e não aquela das canadianas, de que nunca precisou" (v. pontos 20 e 21 supra).
- 37) E, no entender do Professor E, cirurgião ortopédico:  
"A terapêutica seguida (...) pela fisioterapia não nos pareceu a mais conveniente uma vez que pela anamnese poderia ter sido equacionada a intervenção cirúrgica".
- 38) Destas três opiniões a ter em conta, e para além da reconhecida falta de capacidade do pessoal implicado (v. pontos 35 e 36 supra), retira- se um entendimento comum: o da inadequação da prescrição médica inicial, bem como do tratamento, sendo que, quanto a este, nem sequer aquando da prescrição da massagem foi ele levado a efeito de forma correcta (v. pontos 25 a 28 supra).

Assim, questão que não pode deixar de colocar- se é a da responsabilidade por tais actos.

## II - ENQUADRAMENTO JURÍDICO:

39) O Hospital Militar Principal, enquanto hospital do Estado, é um hospital público, cuja tutela pertence ao Chefe do Estado- Maior do Exército e ao Ministério da Defesa.

40) Importa ter presente que o Estado e demais entidades públicas são civilmente responsáveis por acções ou seus órgãos, funcionários ou agemno exercício das suas funções e por violação de direitos (cfr. artigo dos omissões dos titulares dos tos, desde que praticadas causa dele, resultando daí 22º da Constituição da República).

41) O reclamante propôs em Tribunal uma acção de indemnização contra o Estado, a qual é de responsabilidade civil extracontratual, e pende no Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa, 2ª Secção, Proc. nº 369/91.

42) O conteúdo fáctico daquela é idêntico ao da reclamação apresentada junto da Provedoria de Justiça, esta com data de 13 de Maio de 1990.

43) Contudo, no que respeita à perspectiva jurídica, afigura- se possível uma outra, distinta da consignada na acção, e que entendemos capaz de levar a uma mais justa solução: aludimos à responsabilidade civil contratual do Estado.

44) Daí que, no caso em apreço, e antes do mais, seja necessário questionar a natureza jurídica da relação hospital público/ utente.

45) Se é verdade que a tendência tem sido no sentido de ver nessa relação natureza extracontratual, facto é que, de há anos a esta parte, vem a cimentar- se o entendimento segundo o qual aquela relação é contratual: "É o despontar de nova luz no firmamento do nosso sistema jurisprudencial", para utilizar as palavras do Dr. Joaquim Alcoforado Saldanha (cfr. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25/7/85, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 48, Tomo 11, 1988, p. 538. E, a pp. 539, o Dr. Saldanha dá nota de autores que sustentam a tese da natureza contratual das relações doentes/ hospitalais públicos; refere, entre outros, Moitinho de Almeida, Mota Pinto, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro. Além do citado Acórdão, veja- se também o de 20/11/84, do Tribunal da Relação de Coimbra, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 48, Tomo II, 1988, pp. 511-527).

46) Do ponto de vista da Justiça, e este, decerto, o entendimento mais curial.

É que, na responsabilidade contratual a culpa presume- se, verificando- se, de acordo com a previsão contida no nº 1 do artigo 799º do Código Civil, a inversão do ónus da prova, e sendo assim matizada a posição desfavorável do doente (credor), relativamente à organização hospitalar.

47) Entendem os Professores Figueiredo Dias e Sinde Monteiro que a natureza da obrigação há- de influenciar a repartição do ónus da prova, pelo que, nesta área da responsabilidade profissional dos médicos, o doente só tem objectivamente de provar que lhe não foram prestados os melhores cuidados possíveis, nisto consistindo o incumprimento do contrato.

Assim, sustentam também que, verificando- se uma lesão que, de acordo com a experiência médica, é tipicamente de atribuir a um determinado erro culposo de tratamento, deve presumir- se a existência deste erro de tratamento, podendo naturalmente o médico provar que se verificou um decurso atípico dos acontecimentos (cfr. A Responsabilidade Médica em Portugal, in BMJ 332, 1984, p.46).

48) Aliás, no que concerne ao erro culposo de tratamento é importante o teor do ofício recebido pelo reclamante e subscrito pelo Chefe de Gabinete do CEME. É que, além do que se transcreveu no ponto 36 supra, resulta expressa a pretensão de tentar afastar- se a culpa, esquecendo- se, porém, que a imperícia constitui uma das formas típicas de culpa.

49) Ao que acresce o não poderem restar dúvidas acerca de que o doente é alguém que, relativamente à

entidade hospitalar, tem direito, em concreto, a um certo número e qualidade de cuidados de saúde, sendo que, neste sentido, afirmam ainda os citados Professores que a qualidade daquele quadro de direitos e deveres, fixado genericamente, mas individualizável e individualizado em relação a cada doente, como integrando um contrato, não é uma pura ficção (cfr. op. cit., p. 49).

50) Tal entendimento encontra fundamento jurídico quer nos chamados contratos de adesão (ideia posta em destaque pelo Dr. Moitinho de Almeida), quer na denominada relação contratual fática, sendo certo que qualquer destas qualificações da relação que se estabelece entre o doente e o hospital público se afigura tecnicamente correcta, e, por conseguinte, é perfeitamente defensável à face do nosso direito positivo a solução encontrada a partir da responsabilidade contratual (cfr. op. cit. pp. 50-51).

51) Resta assim averiguar da compatibilidade entre os preceitos constitucionais (aludido artigo 22º e artigo 271º) e os do Decreto- Lei nº 48.051, de 21/11/67.

52) E tal compatibilidade existe. E, do ponto de vista doutrinário, isto mesmo é sustentado por Sinde Monteiro (cfr. Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica, in Direito e Bioética, 1991, pp. 138-145).

53) Logo, tendo como pano de fundo a Constituição, e de acordo com o Decreto- Lei nº 48.051, o médico, por via de regra, não responde pessoalmente, mas tão- só através do exercício de um direito de regresso da instituição hospitalar (nº 2 do artigo 2º).

54) Trata- se, portanto, de responsabilidade contratual da própria organização hospitalar (cfr. Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, op. cit. p. 50), a qual depende da não produção de prova por parte do pessoal médico interveniente.

### III - EM CONCLUSÃO:

1º) O Estado e demais entidades públicas é directamente responsável por acções ou omissões dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, desde que praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, daí resultando violação de direitos (artigo 22º da Constituição da República).

2º) A natureza contratual da relação doente/ hospital público (no caso, o H.M.P.) não se mostra contrária ao Direito, encontrando antes fundamento jurídico em conceitos como os de contrato de adesão e relação contratual fática.

3º) Trata- se de solução tecnicamente correcta e perfeitamente defensável à face do nosso direito positivo.

4º) O doente só tem objectivamente de provar que lhe não foram prestados os melhores cuidados possíveis, nisto consistindo o incumprimento do contrato.

5º) Os hospitais públicos obrigam- se a fornecer ao doente terapêutica adequada.

6º) No caso em apreço, no que concerne ao reclamante está ele em condições, através do ofício, com data de 21/3/91, que recebeu do Gabinete de Sua Excelência o General Chefe do Estado- Maior do Exército, de fazer a prova que lhe incumbe.

7º) A "imperícia" constitui uma das formas típicas de culpa, sendo que aquela se encontra reconhecida pelo Exmº Chefe do Estado- Maior do Exército.

8º) A natureza contratual da relação jurídica em causa leva a solução mais ponderada do que a que resulta da responsabilidade extracontratual, uma vez que aquela, além do mais, permite um maior equilíbrio, na medida em que impõe ao médico fazer a prova, de acordo com a sua experiência profissional, de que a lesão se não ficou a dever à sua conduta (nº 1 do artigo 799º do Código Civil).

9º) Parece pois justo, e, antes de tudo, conforme com o Direito (tenha- se em conta v.g. a jurisprudência indicada) proceder à repartição do ónus da prova nos termos dos pontos 4º e 8º supra

marcada), proceder à reabertura do caso da prova nos termos dos pontos 1.º e 3.º supra.

10º) E, não produzida a prova e assim não ilidida pelo Dr. Z a presunção existente, deve responsabilizar-se o Estado (organização hospitalar), nos termos do artigo 22º da Constituição.

Termos em que, face aos factos e à perspectiva de direito que se tem por mais justa, entende o Provedor de Justiça, com base nas competências que lhe são conferidas pela Lei nº 9/91, de 9/4 (artigos 20º, nº 1/ a, e 21º nº 1/ c), RECOMENDAR a Sua Excelência o Ministro da Defesa Nacional se digne mandar reabrir o processo de averiguações, com vista a possibilitar ao médico ilidir a presunção que sobre ele impende, e, caso tal não se verifique, determinar a indemnização do reclamante, mercê da falta de capacidade do pessoal médico implicado na determinação e efectivação do tratamento em causa.

O PROVIDOR DE JUSTIÇA

José Menéres Pimentel