



## Proteção jurídica dos profissionais de saúde envolvidos no atendimento em contexto da pandemia da COVID-19

Legal protection of health professionals involved in care in the context of the COVID-19 pandemic

Protección jurídica de los profesionales sanitarios involucrados en la atención en el contexto de la pandemia COVID-19

Nelson Rosenvald<sup>1</sup>  
André Dias Pereira<sup>2</sup>  
Javier Barceló Doménech<sup>3</sup>

### Resumo

A COVID-19 é a primeira crise contemporânea de saúde pública com potencial para sobrecarregar o sistema público de saúde mundial. A assistência à saúde é um recurso da sociedade compartilhada e, portanto, os princípios éticos que orientam seu racionamento exigem que serviços, medicamentos e equipamentos sejam aplicados onde forem mais eficazes, o que prioriza os pacientes com maior probabilidade de se beneficiar do tratamento. Os prestadores de serviços de saúde tomam decisões racionais com recursos escassos e merecem uma liberdade considerável para as suas deliberações de boa-fé, guiadas por estruturas éticas estabelecidas. O padrão de atendimento adequadamente aplicado sofre modulação em sua aplicação, o que requer uma mitigação da responsabilidade civil médica dentro de certos parâmetros objetivos. A lógica normativa é fundamentada no princípio da reciprocidade. Quando a sociedade pede que alguns de seus membros corram grandes riscos pessoais ao servir os interesses do público, é razoável esperar que a sociedade assumam algumas responsabilidades por eles em troca dos riscos assumidos. É apropriado que os formuladores de políticas públicas articulem padrões de atendimento especiais para desastres em massa, como a COVID-19. O objetivo do artigo é identificar como, no Brasil, Portugal e Espanha, a objetiva alteração das circunstâncias impôs a adequação da análise judicial de padrões de conduta profissionais a um panorama de calamidade.

### Palavras-chave

COVID-19. Direito da Saúde. Relações Médico-Paciente. Responsabilidade Legal.

### Abstract

COVID-19 is the first contemporary public health crisis with the potential to overwhelm the public health system worldwide. Health care is a resource of the shared society and, therefore, the ethical principles that guide its rationing require that services, medicines and equipment be applied where they are most effective, which prioritizes patients most likely to benefit from treatment. Health service providers make rational decisions with scarce resources, and deserve considerable freedom for their deliberations in good faith guided by established ethical structures. The standard of care properly applied is modulated in its

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito; professor, Mestrado e Doutorado em Direito, IDP, Brasília, Distrito Federal, Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-4123-0158>. E-mail: nelson.rosenvald@me.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito Civil; diretor, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal. <https://orcid.org/0000-0003-4793-3855>. E-mail: andreper@fd.uc.pt

<sup>3</sup> Professor Catedrático de Direito Civil, Universidade de Alicante, Alicante, Espanha. <https://orcid.org/0000-0003-4031-7427>. E-mail: j.barcelo@ua.es

application, which requires a mitigation of medical liability within certain objective parameters. The normative logic is based on the principle of reciprocity. When society asks some of its members to take great personal risks in serving the interests of the public, it is reasonable to expect society to take some responsibility for them in exchange for the risks taken. It is appropriate for public policy makers to articulate special care standards for mass disasters, such as COVID-19. The objective of the article is to identify how in Brazil, Portugal and Spain, the change in circumstances imposed the adequacy of the judicial analysis of professional standards of conduct to a panorama of calamity.

### **Keywords**

COVID-19. Health Law. Physician-Patient Relations. Legal liability.

### **Resumen**

COVID-19 es la primera crisis de salud pública contemporánea con el potencial de abrumar al sistema de salud pública en todo el mundo. La atención de la salud es un recurso de la sociedad compartida y, por tanto, los principios éticos que orientan su racionamiento exigen que los servicios, medicamentos y equipos se apliquen donde sean más efectivos, lo que prioriza a los pacientes con mayor probabilidad de beneficiarse del tratamiento. Los proveedores de servicios de salud toman decisiones racionales con recursos escasos y merecen una libertad considerable para sus deliberaciones de buena fe guiadas por estructuras éticas establecidas. El estándar de atención aplicado correctamente se modula en su aplicación, lo que requiere una mitigación de la responsabilidad médica dentro de ciertos parámetros objetivos. La lógica normativa se basa en el principio de reciprocidad. Cuando la sociedad pide a algunos de sus miembros que asuman grandes riesgos personales para servir a los intereses del público, es razonable esperar que la sociedad asuma alguna responsabilidad por ellos a cambio de los riesgos asumidos. Es apropiado que los formuladores de políticas públicas articulen estándares de atención especial para desastres masivos, como la COVID-19. El objetivo del artículo es identificar cómo en Brasil, Portugal y España, el cambio objetivo de circunstancias impuso la adecuación del análisis judicial de los estándares de conducta profesional a un panorama de calamidad.

### **Palabras clave**

COVID-19. Derecho Sanitário. Relaciones Médico-Paciente. Responsabilidad Legal.

## **Proteção jurídica dos profissionais de saúde envolvidos no atendimento em contexto da pandemia de COVID-19: uma proposta**

O vírus SARS-Cov-2, que se disseminou rapidamente pelo mundo no final de 2019, veio abalar o âmbito sanitário, levando o Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC), no começo de 2020, a avançar uma proposta legislativa para o Brasil, com o propósito de salvaguardar o desempenho dos médicos e outros prestadores de cuidados de saúde, em contexto da pandemia de COVID-19. Essa proposta, que se restringe à responsabilidade médica, ambiciona dificultar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil face a esses profissionais. Embora não aceite pelo parlamento brasileiro, tem o mérito de suscitar reflexões noutros ordenamentos jurídicos, como é o caso de Portugal e de Espanha, como oportunamente se analisará.

## Proposição legislativa

A proposição legislativa foi encaminhada pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) a membros do Congresso Nacional em maio de 2020. Todavia, não foi encampada pelo parlamento.

### Isenção de Responsabilidade por Simples Negligência

Art. X Dadas as circunstâncias urgentes e dramáticas em que médicos, profissionais de saúde e outros provedores do setor médico precisam prestar serviços, o Estado deve garantir que a partir de 20 de março de 2020 até o final da declaração de emergência esses profissionais não sejam responsabilizados por eventos adversos relacionados à COVID-19, exceto em casos de grave negligência.

§ 1º O mesmo se aplica a outros profissionais e titulares de cargos públicos que tiveram que tomar decisões rápidas e difíceis diretamente relacionadas à crise da COVID-19.

§ 2º Essas isenções não se aplicam ao Estado, que permanece responsável de acordo com o regime específico de responsabilidade existente. (1)

São múltiplos os desafios da responsabilidade civil no âmbito sanitário. Para além das questões relacionadas à responsabilidade dos médicos, não podemos olvidar das deliberações de agentes públicos<sup>4</sup>, o que envolve uma compreensão aprofundada sobre as circunstâncias e particularidades do processo decisório dos agentes públicos em situações de incerteza, urgência e assimetria de informações, bem como dos problemas relacionados ao exercício do poder de controle sobre tais autoridades. Todavia, a proposição foca exclusivamente na responsabilidade médica.<sup>5</sup>

Há alguns pontos que podem ser sistematizados sobre a responsabilidade médica no sistema brasileiro: a) a relação entre médico e paciente – segundo o padrão conceitual tradicionalmente aceito – é uma relação contratual; b) dessa relação podem surgir danos morais, patrimoniais e estéticos; c) o fato de estarmos diante de uma obrigação contratual não implica em presunção de culpa do médico; d) a culpa do médico deverá ser provada, embora possa ocorrer a inversão judicial do ônus da prova; e) a culpa do médico não precisa ser grave, embora exija certeza; f) a obrigação dos médicos é enxergada, em geral, como uma obrigação de meio (não se promete o resultado, a cura); g) haverá solidariedade sempre que se configurar, por ações ou omissões, a participação no resultado danoso, o cirurgião,

<sup>4</sup> A questão envolve, de um lado, uma leitura do alcance do princípio republicano e do art. 37, § 6º, CF: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (2)

<sup>5</sup> Também se faz necessária a expansão de isenção de responsabilidade, abarcando pessoas e entidades – tais como fabricantes, distribuidores, administradores e seus funcionários – com relação a apoios terapêuticos como a introdução de qualquer medicamento, produto biológico, dispositivo ou tecnologia usada para diagnosticar, mitigar, prevenir, tratar ou curar uma pandemia ou epidemia ou limitar o dano que possa causar. Não se olvide eventual extensão da imunidade a entidades governamentais federais, estaduais e municipais e seus funcionários e agentes, para julgamentos discricionários em emergências de saúde pública.

por exemplo, responde pela equipe médica, mas não, em princípio, pelo ato do anestesista, que responde pessoalmente; h) a culpa pode resultar das circunstâncias, em casos particularmente graves, como esquecimento de material cirúrgico no corpo do paciente; i) em caso de erro médico, o paciente não pode ser obrigado a se submeter a novo procedimento ou cirurgia com o mesmo profissional, em virtude da quebra de confiança (3, p. 985).

Em que medida a COVID-19 – doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2 – influencia a leitura do sistema legislativo brasileiro? A responsabilidade civil médica é balizada na teoria subjetiva, originando-se da demonstração de uma relação de causalidade entre o ilícito culposo e o dano, independentemente da gradação da culpa. Portanto, a obrigação de indenizar do profissional da saúde não demanda uma culpa grave. O que mede a indenização é o dano, não o grau de culpa (Código Civil, art. 944) (4). Tal modelo centra-se, na comprovação da culpa, em sua acepção contemporânea de culpa normativa.<sup>6</sup> Assim, em princípio, mesmo uma culpa leve poderá ensejar a obrigação de indenizar por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Inicialmente, cabe uma brevíssima retrospectiva. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que o surto de COVID-19 constitui uma emergência de saúde de importância internacional – o mais alto nível de alerta da OMS (6). Em 11 de março de 2020, a OMS anunciou que uma nova doença com alto poder de contágio e de grande velocidade de transmissão havia se espalhado pelo mundo. Os desdobramentos são amplamente conhecidos e, não obstante o início promissor da vacinação em dezembro de 2020, o uso de vacinas com performances diferentes, novas variantes do vírus, aliadas a uma falta de equidade na distribuição de vacinas ao redor do mundo, dificultam a visualização de um desfecho a curto prazo<sup>7</sup>. Excetuando as vacinas, as únicas medidas preventivas eficazes até o momento são o isolamento social aliado à boa higiene e uso de equipamento de uso individual (EPI). Se por um lado, em curtíssimo prazo, a ciência caminhou a passos largos em termos de compreensão da doença, mecanismos de contágio

<sup>6</sup> Ao propósito da culpa normativa, v., por todos, Moraes. (5, p. 211)

<sup>7</sup> Até 15/2/2021, no mundo se deram 2.400.446 mortes por COVID-19. No Brasil haviam ocorrido 239.245 óbitos por coronavírus. Praticamente 10% do número total, sendo o segundo país com o maior número de mortos. (7)

e tratamentos, o desafio agora é compreender os seus efeitos de longo prazo<sup>8</sup>, notadamente a denominada “Long COVID ou chronic COVID syndrome”<sup>9</sup> (8).

Além da dimensão sanitária da pandemia, a dimensão socioeconômica é particularmente nefasta no Brasil, por razões estruturais amplamente conhecidas – desigualdade extrema e alto nível de desemprego; extensão territorial e dificuldade para transporte e distribuição de insumos/equipamentos; limitado número de profissionais com o treinamento específico (medicina intensiva) e leitos de terapia intensiva –, aliadas ao gerenciamento caótico da crise por parte dos Poderes Legislativo e Executivo em todos os níveis, com práticas de superfaturamento e corrupção na aquisição de equipamentos e insumos. Especificamente quanto ao Executivo federal, o reflexo da irresponsabilidade alcançou o nível extremo ao final de 2020 e início de 2021, por uma conjunção entre o significativo atraso na aquisição de vacinas por *negacionismo* das autoridades, persistência injustificável na utilização de medicamentos de eficácia globalmente rejeitada pela comunidade científica para o combate à enfermidade (10) – como é o caso da hidroxicloroquina –, somado ao inconcebível episódio de mortes decorrentes por falta de suprimento de oxigênio nos hospitais de Manaus<sup>10</sup>.

O padrão legal de atendimento exige que os profissionais de saúde exerçam a habilidade e o conhecimento normalmente possuídos por prestadores de serviços médicos de boa reputação, no mesmo campo de especialidade e que atuem em circunstâncias semelhantes. Todavia, praticar medicina em condições de crise, como as criadas pela COVID-19, não é o mesmo que praticar em condições sem crise. Os formuladores de políticas públicas devem articular regras mais claras que limitam a responsabilidade pelas decisões dos prestadores de serviços de saúde, bem como outros atos e omissões que ocorrem em condições de crise. O padrão de atendimento é flexível e reconhece a alteração das circunstâncias, cambiando essencialmente quando se altera o ambiente de prática. Em tempos normais e ambiente sem racionamento, o padrão de atendimento é medido em relação à forma como os médicos razoáveis e competentes exercem suas habilidades e conhecimentos para atender às necessidades de seus pacientes individuais. Porém, quando recursos escassos devem ser alocados entre pacientes em condições de triagem, o que é um cuidado adequado para um indivíduo não pode ser determinado isoladamente de considerações mais amplas de saúde pública. (1)

<sup>8</sup> A infecção por Sars-Cov-2 pode aumentar o risco de problemas neurológicos de longo prazo, incluindo declínio cognitivo e demência. Cf. (8).

<sup>9</sup> “We agree with there is a need for more sophisticated categorization of post-COVID-19 symptoms, including by precise etiology, as this will impact on treatment and rehabilitation decisions. Our work provides an overview of the volume of symptomatology in the group, but it necessarily lacks the power to determine whether any one individual's symptoms are related to the infection itself, treatments received or interaction with their chronic condition. Complex symptoms such as fatigue and breathlessness, in many cases, will be multifactorial”. (9)

<sup>10</sup> Documentos obtidos pelo Ministério Público do Tribunal Contas indicam que 31 pessoas morreram por falta de oxigênio em Manaus nos dias 14 e 15 de janeiro, quando a capital atingiu o ápice da falta do insumo. Nesses dois dias, a falta de oxigênio nos hospitais de Manaus levou a cidade a um cenário de caos: com recordes nos casos de COVID, a cidade precisou enviar pacientes que dependiam do insumo para outros estados. Parentes de pessoas internadas tiveram que comprar cilindros com o gás por conta própria. (11)

A COVID-19 é a primeira crise contemporânea de saúde pública com potencial para sobrecarregar o sistema público de saúde mundial, simultaneamente (1).

A assistência à saúde é um recurso da sociedade compartilhada e, portanto, os princípios éticos que orientam seu racionamento exigem que serviços, medicamentos e equipamentos sejam aplicados onde forem mais eficazes, o que prioriza os pacientes com maior probabilidade de se beneficiar do tratamento. Os prestadores de serviços de saúde – principalmente médicos – tomarão decisões racionais com recursos escassos, e merecem uma liberdade considerável para as suas deliberações de boa fé guiadas por estruturas éticas estabelecidas. O padrão de atendimento adequadamente aplicado sofre modulação em sua aplicação, pois profissionais de saúde tomem decisões sob o estresse das condições de triagem da COVID-19. É apropriado que os formuladores de políticas públicas (de preferência o Congresso, já que pandemias precisam de uma resposta coordenada em nível federal) articulem ‘padrões de atendimento de crise’ especiais para desastres em massa, como a COVID-19.

A proposta legislativa é necessária, pois as condições sob as quais os profissionais de saúde trabalham mudaram drasticamente, principalmente em regiões afetadas pelo coronavírus. Subjacente às medidas de proteção para os profissionais de saúde se colocam as circunstâncias de emergência causadas pelo surto da COVID-19, incluindo trabalhadores voluntários da assistência à saúde que auxiliam entidades sem fins lucrativos e governamentais. [Como pondera Tula Wesendonck] A proteção transcende as decisões dos profissionais de saúde. Em circunstâncias sem precedentes, estes profissionais atuam em ambientes perigosos, desprovidos dos recursos de que precisam. Hospitais inundados com casos de coronavírus induziram médicos e enfermeiros a testar métodos de esterilização, de materiais alternativos e tratar pacientes com drogas off label – ou mesmo o uso compassivo de medicamentos experimentais<sup>11</sup> não disponíveis comercialmente – utilização de dispositivos médicos para uso não aprovado e, por vezes sem uso de equipamento de proteção individual (EPI) adequado, em instalações não tradicionais ou em locais ou especialidades em que não são necessariamente licenciados<sup>12</sup>. [...] A lógica normativa da proposição é fundamentada no princípio da reciprocidade. Quando a sociedade pede que alguns de seus membros corram grandes riscos pessoais ao servir os interesses do público, é razoável esperar que a sociedade assumira algumas responsabilidades por eles em troca dos riscos assumidos. Com efeito, segundo o Código de Ética Médica (RES. CFM Nº 2.217/2018 [14]), entre os direitos dos médicos, encontra-se o de ‘V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência...’

Portanto, no caso de profissionais de saúde que trabalham na linha de frente durante uma pandemia, é esperado que se disponibilize aos profissionais os recursos necessários para se proteger (e, por extensão, suas famílias) enquanto servem (v.g. EPI), para cuidar de provedores e suas famílias que adoecem como resultado de seu serviço e para apoiar as famílias de provedores que perecem no cumprimento do

<sup>11</sup> José Roberto Goldim (12) explica que “A maior diferença entre o Uso Compassivo e o Uso *Off Label* é o volume de conhecimento associado aos riscos com o uso da droga. O Uso *Off Label*, por utilizar um produto já disponível comercialmente, tem um grande volume de dados sobre segurança e tolerabilidade em outros tipos de doenças. Por sua vez, o Uso Compassivo, por ser uma droga nova, ainda em fase de experimentação, não tem muitos estudos consolidados sobre a sua segurança e tolerabilidade. O Uso Compassivo e o Uso *Off Label* baseiam-se na presunção de que o paciente poderá vir a ter benefício associado. Desta forma, a relação risco-benefício é diferente entre ambos os tipos de usos excepcionais terapêuticos”.

<sup>12</sup> No mesmo sentido, a Professora Tula Wesendonck (13) aduz que “é possível notar algumas providências que modulam a atuação do médico. Algumas condutas que antes eram vedadas, ou que não eram recomendadas num cenário de normalidade, passam a ser admitidas e contribuem para flexibilizar as exigências em relação à atuação do médico. Por razões óbvias, isso não quer dizer que a pandemia por si só irá eximir a responsabilidade do médico na sua atuação, mas é possível afirmar, que a pandemia contribuiu para um relaxamento na exigibilidade de determinadas condutas”.

dever. Consistente com essas obrigações recíprocas, é apropriado que a sociedade reduza os riscos de responsabilidade impostos àqueles que em uma emergência de saúde pública estão sujeitos a riscos pessoais substanciais não apenas a si mesmos, mas também a suas famílias.<sup>13</sup>

Não se trata aqui de uma proposta de não incidência de responsabilidade civil e do consequente dever de indenizar por força maior (art. 393, parágrafo único do Código Civil [4]), pois o fato inevitável e irresistível da pandemia não acarreta uma impossibilidade absoluta, mesmo que temporária, de prestação de atendimento médico. Todavia, a objetiva alteração das circunstâncias impõe a adequação da análise judicial de padrões de conduta profissionais a um panorama de calamidade. Conforme o visto, decisões tomadas com base no estado da arte em abril/20 não mais se justificavam alguns meses depois. Isso reforçar a necessidade de adequação do manejo frente a novas descobertas. Portanto, respeitando-se a legislação aplicável, a responsabilidade pessoal do médico se mantém subjetiva (arts. 951, CC<sup>14</sup> c/c 14, § 4º, CDC<sup>15</sup>) porém a avaliação casuística do **cuidado razoavelmente exigível** será contextualizada ao quadro de exceção. (1, grifo dos autores)

Como já se alertou para esse contexto<sup>16</sup>, é certo que a celeridade do atendimento não pode ser razão para diminuição do cuidado com o paciente. Carlos Casabona (17) indica situações excepcionais em que o consentimento pode ser dispensado, como nos casos em que há grave urgência e que não é possível aguardar a obtenção do consentimento, bem como em casos de inconsciência e também nas hipóteses em que a não intervenção do médico importe risco para a saúde pública<sup>17</sup>. A excepcionalidade da situação permite a não obtenção do consentimento em alguma medida, mas não a admite por completo e, muito menos, afasta a necessidade de que as informações das práticas realizadas com o paciente sejam registradas<sup>18</sup>. O correto preenchimento do prontuário é a segurança para o

<sup>13</sup> Nos Estados Unidos forjou-se a teoria do *take home liability*. Os processos movidos por membros da família que adoecem depois que seu parente é exposto no trabalho são conhecidos como casos de *responsabilidade civil levada para casa*. Trata-se de uma nova teoria para fornecer um remédio para indivíduos que de outra forma não poderiam obter compensação por sua doença. A sua aplicação paradigmática se deu na responsabilidade pela exposição ao amianto (*asbestos cases*). Funcionários que trabalharam com amianto na fabricação, construção naval, automotiva e outras indústrias levaram suas roupas contaminadas com amianto para casa onde seus cônjuges, filhos e outros membros da família foram expostos durante a lavagem de roupas ou de outras maneiras, como vestindo as roupas contaminadas enquanto brincavam com seus filhos.

<sup>14</sup> Art. 951 do Código Civil: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”. (4)

<sup>15</sup> Art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90): “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (15)

<sup>16</sup> Lara Antunes de Souza, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (16) observam que “Embora o termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) seja comumente concretizado por meio de um documento escrito, pelo qual o paciente manifesta o acordo com a intervenção, na turbulência da pandemia, é provável que não haja possibilidade de se intensificar a liberdade e o esclarecimento para a expressão do consentimento. No entanto, ainda que ele não se formalize de maneira ideal, a sua manutenção é exigência para a proteção de direitos do paciente e como meio limitador da responsabilidade civil do profissional da saúde”.

<sup>17</sup> Logo, “o médico poderá agir, sem que haja consentimento do paciente, ante a ideia de prevalência [...] do interesse público, por exemplo, no caso de uma epidemia ou uma doença infectocontagiosa”. (17, p. 128-172).

<sup>18</sup> Com Flaviana Rampazzo Soares (18, p. 217), lembre-se o aspecto dinâmico do consentimento informado: “Esclareça-se, ainda, que no atendimento contínuo, o dever de informar torna-se dinâmico e constante, pois as alterações no quadro do paciente no decorrer do tempo podem transformar o tipo de informação a ser repassada, o destinatário da informação

profissional, que conhecerá o caso do paciente e as medidas tomadas até ali por meio de seus registros. O adequado registro do paciente é meio de limitação de responsabilidade do próprio profissional da saúde. Na relação médico-paciente, os dados de saúde da pessoa natural, como dados sensíveis, são importantes instrumentos de comprovação de prognósticos, diagnósticos, expressão de consentimento e dissentimento; contêm informações sobre comorbidades, exames laboratoriais e outros, que servem para resguardo dos direitos da personalidade do titular e, também, para resguardo dos profissionais de saúde, na medida em que documentam os substratos para sua intervenção.

Em adendo, tratando-se de erro médico, o mecanismo de inversão do ônus da prova é decisivo<sup>19</sup>. Evita a *prova diabólica*, de difícil produção, e o espírito de corpo que impera nas corporações, quaisquer que sejam. Há quase sempre hipossuficiência técnica do consumidor frente ao médico ou diante da instituição médica. É difícil ter acesso aos dados que atestam as etapas e passos dos procedimentos realizados. Não se domina a linguagem utilizada. Não se sabe, sequer, o que o poderia (ou deveria) ter sido feito e não foi. Os médicos, porém, podem realizar essa prova, demonstrando que o dano ocorreu, não obstante toda a correção e cuidado na intervenção médica realizada. É essa prova que se espera que ele, médico, realize.

A adoção de uma normativa emergencial não impede que pretensões sejam exercidas contra profissionais da saúde, mas fornecem-lhes defesas adicionais naquilo que se relaciona a COVID-19, além daquelas já permitidas pela legislação. Pragmaticamente, na ausência de uma regulamentação jurídica transitória, se regras incertas de responsabilidade dissuadirem provedores de assistência médica a prestação de serviços de emergência, os interesses mais importantes do público não serão atendidos. Ineludivelmente, vários litígios resultarão da pandemia em hipóteses associadas a erros médicos, sobremaneira em razão do óbito de entes queridos, principalmente quando vítimas e familiares de pessoas afetadas por negligência médica contam com poucos recursos financeiros, pelo menos a curto prazo, sendo incerto o tempo que a pandemia pode durar. Ademais há o receio de que uma série de mal práticas médicas em hipóteses afins - que teoricamente não entram no objeto da isenção - serão na prática estendidas ao objeto da regulamentação emergencial transitória, pelo receio de que médicos e enfermeiros sejam processados em um momento único e devastador. Contudo, é improvável que surjam casos envolvendo outras doenças e lesões, principalmente pela recomendação da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) quanto ao adiamento de todos os procedimentos médicos, cirúrgicos e odontológicos não essenciais e eletivos. (1)

---

bem como as decisões a serem tomadas. Nesse compasso, tem-se que é possível, a qualquer momento, haver alteração quanto ao teor da decisão, com a retirada, concessão ou alteração do consentimento, tudo com efeitos *ex nunc*".

<sup>19</sup> Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (15): São direitos básicos do consumidor: "VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com 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 ordenamento jurídico brasileiro “não acata a isenção de responsabilidade civil de profissionais de saúde, mesmo diante da pandemia de COVID-19” (16). Trata-se de “corolário advindo da Bioética” (16). Nada obstante, profissionais de saúde necessitam de um escudo de responsabilidade civil para que não se preocupem com pretensões judiciais enquanto lutam para salvar vidas. Assim, o médico pode chegar à conclusão de que, diante o risco de morte e do desconhecimento sobre o caminho mais seguro, possa tomar uma atitude positiva ao invés de permanecer passivo e preso por *standards* de conduta que não são exigíveis nas extremas circunstâncias atuais. Muitas vezes é a audácia (segura) do médico que pode salvar a vida do paciente. Um médico inseguro ou cauteloso demais nada faria. E a omissão excessivamente cautelosa pode ser trágica para o paciente (19, p. 1358).

No que diz respeito especificamente à configuração de culpa médica pelo erro de diagnóstico, deve-se ter em mente que a mera constatação da não adoção do diagnóstico perfeito não conduz, *ipso facto*, à configuração de culpa do médico. Diante das vicissitudes de cada caso concreto e mesmo da dificuldade em se falar de certezas absolutas, é plenamente possível, em linha de princípio, a valoração desse erro como escusável, inapto, assim, à configuração da culpa necessária para a deflagração do dever de indenizar<sup>20</sup>. (20)

O que se postula é que o paciente que se sente ofendido por uma omissão de cuidados em um ambiente sem crise não terá necessariamente uma reclamação válida em um ambiente de crise.

Evidentemente, limitações de responsabilidade não constituem imunidades absolutas. Os prestadores de cuidados de saúde serão responsabilizados quando seus atos, omissões e decisões forem deliberados, desrespeitosos, negligentemente grosseiros, discriminatórios ou intencionalmente violem normas éticas. Ilustrativamente, um caso contra um médico que diagnosticou mal um paciente por causa de um falso resultado de teste de COVID-19, seria bem amparado pela isenção de responsabilidade. Contudo, prestadores de serviços que tomam decisões com base na cor, gênero, origem nacional ou religião do paciente ou qualquer outra classificação proibida por lei, não devem estar imunes a sanções por esse comportamento ilegal. Outrossim, não haverá imunidade para prestadores que conscientemente ignorem ou violem padrões de triagem profissionalmente articulados e aprovados para pacientes sob atendimento ou que se apresentem para atendimento.

Em nível de direito comparado, todos os cinquenta estados norte-americanos contam com ‘Good Samaritan statutes’ que fornecem proteção de responsabilidade a pessoas, que voluntariamente prestam serviços de assistência médica em situações de emergência àqueles que estão ou que acreditam estarem feridos, doentes, em perigo ou incapacitados. Objetiva-se reduzir a hesitação dos espectadores de uma

<sup>20</sup> Rafaella Nogaroli e Rodrigo da Guia Silva (20) enfatizam a combinação entre o recurso à IA e a expertise do profissional, como forma de redução considerável das taxas de erro médico. Eles avaliam os casos em que o médico chega a uma conclusão que se desvia do diagnóstico automatizado: “o profissional se encontrará na desafiadora tarefa de avaliar: ‘devo confiar no meu diagnóstico ou naquele diverso resultado obtido pela inteligência artificial?’. O equacionamento dessa e de outras indagações se relaciona diretamente com a definição do critério de imputação do dever de indenizar. Isso porque a delimitação do regime de responsabilidade civil incidente (subjetivo versus objetivo) apontará a relevância ou a irrelevância da valoração do comportamento concretamente adotado pelo agente”.

tragédia em auxiliar terceiros, por medo de serem processados por lesões não intencionais ou morte por negligência. Em períodos de exceção o 'good samaritan law' também se aplica à conduta dos profissionais de saúde, atendentes de emergência, socorristas profissionais e aqueles que atuam como voluntários quando prestam serviços sob os auspícios da lei. Quase todos esses estatutos aplicam um padrão de tratamento menos rigoroso no caso dos médicos, seja em emergências resultantes de acidentes como por cuidados prestados em resposta a desastres, o que inclui uma emergência de saúde pública.<sup>21</sup>

Na pandemia da COVID-19, a demanda por serviços de saúde ultrapassa a oferta disponível. Prestadores de serviços de saúde - principalmente médicos na linha de frente - tomam decisões de vida ou morte sobre o racionamento de serviços de saúde. Essa é sua responsabilidade: não uma porque anseiam, mas que inevitavelmente assumem. Ao cumprir essa responsabilidade, eles são responsáveis por suas decisões de acordo com os padrões de atendimento existentes. Como na legislação existem incertezas e oscilações quanto a eventuais responsabilidades, recomenda-se que o Congresso nacional esclareça o âmbito de limitação no contexto da pandemia. A imunidade absoluta - que nenhum estatuto ou lei prevê - seria inapropriada, pois mesmo em circunstâncias extremas a responsabilidade civil médica se assenta no dever de tutela do melhor interesse do paciente. Em outras palavras, a responsabilidade nunca deve desaparecer, pois sem isso, a confiança da sociedade na profissão seria perdida. Em tempos de crise, a confiança é algo que nenhum de nós pode se dar ao luxo de racionar. (1)

Um bom ponto de partida para afastar insegurança jurídica no cenário brasileiro, é a decisão do Supremo Tribunal Federal, que conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP nº 966/2020<sup>22</sup> (21), excluindo de sua interpretação, sentidos que poderiam ser violadores dos deveres de proteção à vida e à saúde das pessoas. O Relator, Ministro Luís Roberto Barroso (22), estabeleceu que, na caracterização de *erro grosseiro* leva-se em consideração a observância "de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas, bem como dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção".<sup>23</sup> Permito-me ir

<sup>21</sup> Nos EUA existe a possibilidade da agência regulatória, *Food and Drug Administration* (FDA), conceder autorização para uso emergencial para uma droga ou conjunto de drogas em situações excepcionais. Esta é a melhor forma de fazer uma liberação, caso haja evidências que deem mínima condição de suporte à proposta. A autorização para uso emergencial dá uma garantia para a prescrição adequada realizada pelos médicos e de acesso ao tratamento pelos pacientes, se considerado adequado à sua situação de saúde. Em adendo, em 7 de março de 2020, foi publicada a Ordem Executiva 202.10, do Estado de Nova York, que suspendeu, até 22 de abril, os efeitos de algumas normas referentes às responsabilidades civil e penal dos profissionais de saúde, em razão da pandemia do coronavírus, causador da COVID-19. Conforme a Ordem Executiva, profissionais de saúde terão imunidade à responsabilidade civil por lesão ou morte, advinda de ação ou omissão, no curso do tratamento da COVID-19. A norma, todavia, excetua da isenção de responsabilidade a lesão ou a morte causada por negligência grave desse profissional.

<sup>22</sup> "Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de: I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da COVID-19; e II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da COVID-19. § 1º A responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará: I - se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou II - se houver conluio entre os agentes. § 2º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público. Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia". (22)

<sup>23</sup> Segundo o relator Min. Luís Roberto Barroso (22): "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já oferece alguns marcos a nos guiarem na solução do problema que aqui se põe. Em primeiro lugar, nós já assentamos que os consensos médicos e científicos são decisivos. Em segundo, afirmamos o respeito aos princípios da precaução e da prevenção. Os

além, por entender que a pandemia não desobriga o médico de atuar conforme consensos formulados por *experts*, baseados em evidências. Em sentido análogo, a Lei nº 13.979/2020 (23), que dispôs sobre o enfrentamento da COVID-19, determina que as medidas de combate à pandemia devem ser baseadas em evidências científicas.

Aliás, justificamos aqui o § 2º da proposição: “Essas isenções não se aplicam ao Estado, que permanece responsável de acordo com o regime específico de responsabilidade existente” (1). O texto faz sentido na medida em que o § 6º do art. 37 da Constituição Federal (2) autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviço público, responderão objetivamente pela reparação de danos a terceiros, por ato ou omissão dos respectivos agentes. Conforme deliberou o Supremo Tribunal Federal:

[...] esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. A segunda garantia, desta feita em prol do servidor estatal, consiste em somente responder administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. (24)

Portanto, a remodelação do significado da culpa do profissional da saúde que labore em hospitais públicos invariavelmente ocorrerá em uma ação regressiva proposta pela pessoa jurídica originariamente obrigada a indenizar (25). Caso não exista uma referência legislativa sobre o tema, dependeremos da natural oscilação quanto à avaliação de cada magistrado sobre o impacto da pandemia no exercício da atividade médica, conforme cada processo individual decorrente de uma demanda de responsabilidade civil, inclusive com eventual aplicação da regra de mitigação equitativa da indenização<sup>24</sup>. Independente das soluções que surjam a médio prazo, em razão da própria vagueza da marcha processual, o simples fato de não haver um anteparo legal para danos decorrentes de simples negligência cuja causalidade remeta aos diversos e fluídos contextos do coronavírus sinaliza um terreno fértil para demandas, com a difusão de uma postura de medicina defensiva que em nada contribui para o combate da pandemia.

---

mesmos critérios de observância de consensos técnicos e científicos aplicam-se, igualmente, à verificação da ocorrência de erro grosseiro ou dolo, no que respeita às medidas econômicas voltadas ao combate aos efeitos da pandemia”. Com decisões idênticas, cf. Processos ADI nºs 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.248 e 6.431.

<sup>24</sup> Art. 944 do Código Civil (3): “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

## Análise à luz do direito português

Como vimos, o IBERC apresentou, no contexto do direito brasileiro, a proposta de não responsabilizar os profissionais de saúde que – *por culpa leve* – causem danos aos pacientes em contexto de pandemia.

Nos EUA<sup>25</sup>, alguns Estados criaram legislação especial – as chamadas *COVID-19 Liability Shield Laws* – com vista a garantir imunidade aos *profissionais e aos estabelecimentos de saúde* que, em situações de tremenda dificuldade, exaustão, falta de recursos e ausência de tratamento adequado, poderiam causar, por culpa leve, danos aos pacientes. Com o intuito de não inibir os profissionais de saúde de tomar decisões arriscadas e em contexto de medicina de catástrofe, essa legislação visa garantir um bem maior: a manutenção do funcionamento do sistema sanitário, num contexto de inédita crise pandémica e de dificuldades de tratamento de uma infeção respiratórias aguda, sem medicamentos ainda disponíveis no mercado, para a qual se lança amiúde mão de intervenções medicamentosas *off-label* (27). Esta legislação cria um escudo protetor (ou de relativa imunidade) e pode abranger erros de diagnóstico e erros de tratamento e também a infeção hospitalar com COVID-19.

Em Portugal, faria sentido avançar pelo mesmo caminho? Vejamos qual o papel da culpa leve nas ações de responsabilidade civil em contexto de saúde. Em Portugal, vigora um complexo sistema de responsabilidade civil em saúde com duas jurisdições competentes e regimes jurídicos distintos, o que significa a manutenção de regimes bastante diferenciados a regular uma atividade materialmente semelhante, a prestação de cuidados de saúde (28).

### Medicina privada

No âmbito da medicina privada, em regra, será *contratual* a responsabilidade civil das pessoas coletivas detentoras de hospitais, clínicas ou consultórios ou dos médicos (a exercer em regime individual) pelos danos causados no âmbito do *contrato de prestação de serviços médicos*. Trata-se de um contrato atípico, mas consolidado na realidade jurídica nacional e

<sup>25</sup> Um conjunto de Estados (Alabama, Arkansas, Georgia, Idaho, Iowa, Kansas, Louisiana, Michigan, Mississippi, Nevada, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Tennessee, Utah, Wyoming) promulgaram legislação para limitar a responsabilidade civil por ações de indemnização relacionadas à COVID-19, oferecendo imunidade. Muitas das leis protegem prestadores de serviços de saúde face a processos judiciais devidos à exposição ou transmissão do COVID-19, limitando os processos judiciais àqueles que atingem *negligência grave, conduta intencional ou arbitrária, imprudência, má conduta intencional e semelhantes* (26).

internacional (29, p. 13). Este contrato, embora não seja um tipo legal, porque não tem regulamentação legal própria), é um *tipo social e nominado*, porque como tal referido na prática e pressuposto em algumas disposições legais, isto é, trata-se de um contrato socialmente típico inserido na categoria ampla de contratos de prestação de serviço (artigo 1154.º [30]).

A jurisprudência vem entendendo que:

em sede de responsabilidade civil por atos médicos ocorre frequentemente uma situação de concurso de responsabilidade civil contratual e extracontratual, sendo orientação do STJ a opção pelo regime da *responsabilidade contratual* tanto por 'ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada, como por ser, em regra, mais favorável à tutela efetiva do lesado'<sup>26</sup>. Todavia, parece-nos que a doutrina do cúmulo mantém a sua bondade, pertinência e maior adequação ao direito em vigor. Seguindo esta tese, o paciente pode selecionar as normas que mais o ajudem: pode demandar danos não patrimoniais (art. 496.º), e o regime de solidariedade passiva (art. 498.º), previstas nas regras de responsabilidade extracontratual e as regras da inversão do ónus da prova (art. 799.º) e o prazo de prescrição (art. 309.º) de 20 anos, previstas na responsabilidade contratual<sup>27</sup>. (28)

Pode haver aplicação exclusiva do regime *delitual*, desde logo, no que respeita a responsabilidade dos *médicos* pelos atos praticados em clínicas ou hospitais privados, desde que o contrato de prestação de serviços médicos tenha sido concluído com a clínica (28). A responsabilidade civil por factos ilícitos, regulada no art. 483.º e ss. (30), pode ainda ser aplicável em casos de contrato nulo, ou em que o paciente estava inanimado ou inconsciente e, portanto, não emitiu qualquer declaração de vontade, como aliás resulta das regras da *gestão de negócios* (art. 466.º) (30).

A regra no direito português é a de que o *montante da indemnização* corresponde ao *montante dos danos*, sejam danos patrimoniais (art. 564.º), sejam danos não patrimoniais (art. 496.º) (30).

A culpa assume um papel decisivo: tanto se condena o prestador de serviços médicos por *culpa*, como por *dolo*. E, dentro da culpa ou negligência, é abrangida de igual modo a *negligência consciente* e a *negligência inconsciente* e – para o que aqui nos convoca – quer a *culpa leve*, quer a *culpa grosseira*.

Todavia, o art. 494.º (30) pode oferecer uma válvula de escape ao rigor do sistema, pois esta norma confere relevância prática à distinção entre culpa leve e culpa grave. A letra

<sup>26</sup> Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018 (proc. nº 7053/12.7TBVNG.P1.S1. (31)

<sup>27</sup> Para uma análise dogmática e problematizante da matéria, apontando para uma visão inovadora sobre a matéria – vide Pinto de Oliveira (32, p. 25).

da norma abre alguma margem para se adaptar à situação da pandemia de COVID-19. Com efeito, prevê o art. 494.º (*Limitação da indemnização no caso de mera culpa*):

Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem. (30)

A *mera culpa*, na terminologia do Código Civil Português de 1966, significa *negligência*. Estando em causa uma ponderação casuística, baseada na equidade, o tribunal será sensível ao facto de a culpa do prestador de serviços médicos ser leve (máxime, em contexto de erro de tratamento, visto que não há ainda um *gold standard* de tratamento da COVID-19). A norma refere-se ao *grau de culpabilidade do agente*, o que significa que poderá diminuir o montante da indemnização caso a *culpa seja leve*.

Outro argumento a invocar é a referência às *demais circunstâncias do caso* que podem justificar uma atenuação do montante de indemnização, designadamente no âmbito dos danos não patrimoniais causados por agravamento do estado de saúde ou mesmo por morte do paciente lesado.

Não favorecerá uma ponderação favorável ao prestador de serviços a consideração das *condições económicas do agente e do lesado*, pois, em regra, o agente médico, sobretudo uma pessoa coletiva detentora de um hospital, terá uma capacidade económica muito superior à da vítima do erro médico.

Enfim, o art. 494.º (30) abre aqui uma pequena porta de equidade, de justiça no caso concreto, que poderá evitar uma indemnização muito elevada que possa inibir os prestadores de serviços médicos de agir em situação de extrema dificuldade, como a causada pelos picos de pandemia.

Nada de comparável à proposta do IBERC. Mas ainda assim uma pista a explorar, pela jurisprudência, no momento (e só nesse) de arbitrar a quantia indemnizatória.

### *Medicina pública*

Os Tribunais Administrativos (e Fiscais) são competentes para julgar as ações de responsabilidade civil extracontratual (33) por atos praticados no âmbito dos hospitais (ou outras unidades de saúde) de natureza pública.

No plano substancial (34, p. 883) aplica-se a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (*responsabilidade civil extracontratual do Estado e pessoas coletivas de direito público*) (35).

Segundo esta lei, o prazo de prescrição é (em regra) de três anos<sup>28</sup> e o ônus da prova da culpa recai sobre o paciente lesado.

Ora, este regime da Lei n.º 67/2007 (35) vai – em certa medida – ao encontro do desígnio da proposta do IBERC, na medida em que o médico ou outro agente em funções públicas *não é o principal responsável* e só pode ser demandado se agir com *negligência grosseira* ou se agir com *dolo*. Ou seja, este regime de responsabilidade civil (em contexto administrativo) coloca menor pressão sobre o profissional concreto, pois este apenas responde com o seu património em caso de *direito de regresso*, que apenas é devido no caso de *negligência grosseira*, ou nas palavras da lei, se houver violado com “diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo” (34). Vejamos com mais pormenor.

A efetivação da responsabilidade civil, no âmbito administrativo, pressupõe a verificação cumulativa dos pressupostos que já encontramos no art. 483.º (30):

a) O ato voluntário de um órgão ou seu agente, no exercício das suas funções e por causa delas, que pode revestir a forma de ação ou omissão;

b) A ilicitude, que advém da ofensa, por esse facto, de direitos ou de disposições legais que se destinam a proteger interesses alheios<sup>29</sup>;

c) A culpa, como nexó de imputação ético-jurídico que liga o facto à vontade do agente, que na forma de mera culpa se afere pela diligência que teria naquelas circunstâncias um funcionário ou agente típico. Pressupõe uma censura de ordem jurídica ao comportamento do lesante<sup>30</sup>;

d) O dano, prejuízo de ordem patrimonial ou não patrimonial, produzido na esfera jurídica do lesado. Só havendo direito a indemnização, no caso desta última, quando o dano, pela sua gravidade, avaliada segundo um padrão objetivo e não à luz de fatores subjetivos, mereça a tutela do direito (cfr. art. 496.º, n.º 1) (30);

<sup>28</sup> No âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado, o prazo de prescrição está regulado no artigo 5.º da Lei n.º 67/2007, que remete para o artigo 498.º do Código Civil. (35)

<sup>29</sup> A ilicitude é definida pelo artigo 9.º: “1 - Consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos. 2 - Também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 7.º [...]”. (30)

<sup>30</sup> A Lei n.º 67/2007 oferece uma definição própria de culpa, embora se aproxime do *bonus pater familias* do artigo 487.º do Código Civil: “1 - A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela *diligência e aptidão que seja razoável exigir*, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, *funcionário ou agente zeloso e cumpridor*. 2 - Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos. 3 - Para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido *incumprimento de deveres de vigilância*. 4 - Quando haja pluralidade de responsáveis, é aplicável o disposto no artigo 497.º do Código Civil.” (35)

e) O nexo de causalidade entre o facto (ato ou omissão) e o dano, a apurar segundo a teoria da causalidade adequada (cfr. art. 563.º) (35), que pressupõe que os danos se apresentem como consequência normal, provável e típica do facto ilícito.

Assim, o hospital público só responde se houver culpa de um agente ou funcionário. O *princípio culpabilístico* mantém-se, em regra.

Segundo o art. 7.º (Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas colectivas de direito público):

1 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, *cometidas com culpa leve*, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício. (35, grifo do autor)

Daqui, decorre que o hospital público é exclusivamente responsável pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com *culpa leve*, pelos agentes (profissionais de saúde) no exercício da função administrativa ou por causa de exercício.

Segundo o art. 8.º (Responsabilidade solidária em caso de dolo ou culpa grave):

1 - Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

2 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as acções ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício. (35)

Assim, no caso de o agente “ter atuado com diligência e zelo manifestamente inferiores aos que eram devidos em razão do cargo” (art. 8.º, n.º 1) (35) – ou seja, se tiver agido com culpa grave ou com negligência grosseira – deverá o agente (o prestador de cuidados de saúde) ser demandado pela administração hospitalar no exercício do seu *direito de regresso*, que com a nova lei se tornou obrigatório<sup>31</sup> (art. 6.º, n.º 1) (35).

Existe responsabilidade pessoal e direta do médico quando ele tiver atuado com dolo – aqui a administração hospitalar responde solidariamente (art. 8.º, n.º 1) (35) – ou “quando tiver excedido os limites das suas funções”, caso em que a instituição não responde (art. 8.º, n.º 2) (35).

Assim, a Lei n.º 67/2007 (35), que neste aspeto mantém intocadas as regras do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967, oferece uma longa experiência, de mais

<sup>31</sup> “Artigo 6.º (Direito de regresso) 1 - O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é *obrigatório*, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar.” (35, grifo do autor)

de 50 anos, de relativa *imunidade* do agente em funções públicas. Com efeito, com a passagem do Estado-polícia para o Estado Social, passou a fazer parte da função administrativa um conjunto de atividades, como os cuidados de saúde, quando prestada no âmbito público, designadamente no âmbito do Serviço Nacional de Saúde<sup>32</sup> (SNS). Trata-se de uma relação de serviço público (37, p. 22-27) (38, p. 61), devendo aplicar-se as regras da responsabilidade aquiliana do Estado e outros entes públicos. Entende o direito português que o agente em funções públicas merece este regime de proteção (só responde por culpa grave), pois não escolhe os utentes, os colegas, os instrumentos de trabalho e o receio da responsabilidade por culpa leve poderia inibir o agente em funções públicas de tomar decisões e agir em situações de risco. Ora, estes argumentos assentam na perfeição na preocupação que o IBERC levantou de proteger os profissionais de saúde.

Já temos mais dúvidas na hipótese de essa *imunidade* abranger não apenas os profissionais, mas os próprios hospitais e outros prestadores de saúde. Poderá ser justificado no contexto da crise da responsabilidade médica americana e de algum exagero que se verifica em algumas demandas indemnizatórias. Não se justificaria em Portugal. O montante da compensação por danos (não patrimoniais) arbitrados está longe de ser generoso. Pelo contrário, entre nós justifica-se reforçar e consolidar o instituto da culpa por funcionamento anormal do serviço (art. 7.º, n.ºs 3 e 4) previsto na Lei n.º 67/2007 (35). Este instituto oriundo do direito francês (*faute du service*) permite indemnizar o paciente pelos seus danos patrimoniais e não patrimoniais, mesmo que não seja identificado um concreto agente culpado, o que pode ser muito relevante e justo em caso de contágio de pacientes com COVID-19, dentro das instalações hospitalares<sup>33</sup>. Esta lei promove a responsabilidade institucional; permite ressarcir danos aos lesados, sem por outro lado criar uma relação de conflito direto entre o médico e o paciente, o que evita a medicina defensiva, a não assunção do erro e a não notificação do evento adverso (39). Promove-se, com este sistema, a *clinical*

<sup>32</sup> O Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de janeiro (36), regula o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde. O SNS (que adota o sistema de Beveridge, ou seja, financiado por impostos e que assenta principalmente em prestadores públicos) resulta de uma imposição constitucional, já da versão originária de 1976 da Constituição da República Portuguesa, cujo art. 64.º prevê: “1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à proteção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito [...]”.

<sup>33</sup> Artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro: “3 — O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço. 4 — Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos.” (35)

*governance*, essencial para uma cultura de segurança do doente e de redução do risco em saúde.

Com efeito, se compreendemos a bondade da proposta do IBERC, no sentido de proteger os médicos que, em situações de extremo stress e dificuldade, precisam de ter segurança jurídica para cuidar dos doentes de COVID-19, é preciso exigir que os hospitais se preparem, com medidas de higiene e segurança e que o sistema sanitário seja um espaço de promoção da saúde e da vida. E que, se houver falhas das *leges artis* e dos standards médicos, há a devida sanção civil.

Portugal já foi condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em casos de responsabilidade médica, não apenas, como acontece noutras áreas, pelo atraso na justiça<sup>34</sup>, mas também pela fraca proteção do direito à vida, pelo menos na sua dimensão procedimental<sup>35</sup> (34).

Não podemos olvidar que a interpretação do direito ordinário deve ser feita em conformidade com o Direito Convencional e com o Direito Constitucional. Pelo que este comando supralegal impõe uma mudança, uma transformação no Direito Civil. (34)

Com efeito, os *Direitos Humanos* devem estar presentes também na área da responsabilidade civil. A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina prevê, no art. 24.º: “A pessoa que tenha sofrido um dano injustificado resultante de uma intervenção tem direito a uma reparação equitativa nas condições e de acordo com as modalidades previstas na lei.” (40)

Esta norma tem valor supralegal (art. 8.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa) (41); porém, não tem merecido a atenção por parte da doutrina. Ela promove a necessidade de interpretar o direito vigente de forma a agilizar os mecanismos, dentro da teoria do *sistema móvel* (Wilburg), para que se faça valer o direito a uma *reparação justa*.

### *A indemnização pelo sacrifício e a pandemia de COVID-19*

A Lei n.º 67/2007 (35) consagra ainda uma cláusula geral de *indemnização pelo sacrifício* que vem substituir a responsabilidade por atos lícitos da anterior lei, mas que vale para qualquer função: judicial, legislativa e administrativa.

<sup>34</sup> Desde que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) iniciou funções, Portugal foi alvo de 345 processos. Em mais de 75% dos casos (262), a decisão foi desfavorável ao Estado português, tendo sido encontrada pelos juizes pelo menos uma violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A morosidade dos procedimentos judiciais nos tribunais portugueses é a principal violação apontada ao País (143).

<sup>35</sup> Vejam-se os casos: 1) *Lopes De Sousa Fernandes c. Portugal* - decisão da *Grand Chamber* de 19 de dezembro de 2017. 2) A decisão de 25 de julho de 2017 (caso Carvalho Pinto de Sousa c. Portugal); 3) Decisão de 31 de janeiro de 2019 da *Grand Chamber* - *Fernandes de Oliveira v. Portugal* [GC].

A indemnização pelo sacrifício visa ressarcir danos *anormais e especiais*. Segundo o art. 2.º:

Para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se *especiais* os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas, e *anormais* os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito. (35)

Esta situação tem acontecido de forma evidente, pois há setores que estão a ser desproporcionadamente afetados pelo Estado de emergência constitucional e sua regulamentação pelo Governo.<sup>36</sup>

Em termos gerais, a responsabilidade por danos causados pela *vacinação obrigatória* pode ser um campo de aplicação desta figura, uma vez que – em grande medida – aquela visa proteger, em primeira linha, a saúde pública e, subsidiariamente, o cidadão que toma a vacina; ou seja, este pode estar a realizar um sacrifício em benefício da generalidade das pessoas.

#### *O Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril*

Este diploma estabelece um regime excecional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, no âmbito da pandemia da doença de COVID-19.

O art. 8.º afasta esta indemnização durante a pandemia de COVID-19:

Artigo 8.º (Indemnização pelo sacrifício)

Não dão lugar a indemnização pelo sacrifício os danos resultantes de atos regularmente praticados pelo Estado ou outra entidade pública, no exercício das competências conferidas pela legislação de saúde pública e de proteção civil, ou no quadro do estado de emergência, para efeitos da prevenção e do combate à pandemia COVID-19, que constitui para o efeito causa de força maior. (43)

Esta norma, de constitucionalidade duvidosa, visa salvaguardar a situação económica do Estado, tendo em conta que durante estes meses foram inúmeras e muito graves as lesões que o Estado tem causado a direitos fundamentais e a interesses legítimos dos administrados, que poderiam inundar os tribunais administrativos de pretensões indemnizatórias.

<sup>36</sup> O projeto científico intitulado *Responsabilidade em Saúde Pública no Mundo Lusófono: Fazendo Justiça Durante e Além da Emergência da COVID* (42) – coordenado por André Dias Pereira – aprovado e financiado pela OMS (Organização Mundial de Saúde) pretende recolher dados relacionados a concretas experiências de dificuldades em responder à pandemia, especialmente atinentes a questões de estigma e discriminação, determinantes da saúde sociais, desigualdades sociais, populações vulneráveis, justiça global da saúde, propostas específicas para responder a contextos de pandemia, como a possibilidade de fornecer equipamento de proteção pessoal, vacinas e tratamentos, bem como políticas públicas específicas destinadas a garantir o acesso a tratamento médico em condições éticas de igualdade com o intuito de apresentar soluções de política pública, permitindo construir sistemas éticos adequados para responder a dificuldades que emergem em situações de pandemia.

Este diploma vem afirmar que – na luta contra a pandemia de COVID-19 – se aplica a exceção da responsabilidade da *causa de força maior*. Deixa-se assim para o debate político e para decisões do governo a justa compensação àqueles que veem os seus interesses lesados. Sendo da máxima relevância no plano económico, pois as políticas de confinamento têm causado avultados prejuízos à restauração, hotelaria, espaços culturais, entre outros, podemos questionar se pode também ser mobilizado no domínio da saúde. É sabido que os doentes não-COVID-19 têm sido especialmente prejudicados no direito de acesso ao tratamento, e no direito à tratamento em tempo útil, garantido aliás pela legislação que fixa tempos máximos de espera para consultas e intervenções cirúrgicas.

Com efeito, a Portaria n.º 153/2017 define os tempos máximos de resposta garantidos (TMRG) no Serviço Nacional de Saúde (SNS) para todo o tipo de prestações de saúde sem carácter de urgência e aprova e publica a Carta de Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do SNS<sup>37</sup>. Contudo, a Ministra da Saúde tem emitido Despachos que permitem adiar os tratamentos não urgentes, quando a situação pandémica se agrava.

### **Análise à luz do direito espanhol**

No Direito espanhol, a proposta do IBERC deve ser analisada no âmbito público e privado da medicina, já que existe uma dupla regulação, que se projeta tanto no quadro jurisdicional como no normativo, determinando um regime jurídico distinto. Veremos, no entanto, que o ordenamento jurídico espanhol, que não foi alterado em tempos de pandemia no que se refere à responsabilidade médica, oferece possibilidades para chegar a um resultado como aquele que se propõe no Brasil, seja porque a lei o refere expressamente no caso da medicina pública, seja por via de uma correta interpretação doutrinal e jurisprudencial das normas de responsabilidade contratual e extracontratual, no caso da medicina privada.

De facto, no âmbito da medicina pública, a vítima carece de ação para exigir a responsabilidade direta do médico e somente pode demandar a Administração; uma vez indemnizado o dano, a Administração, *ex officio*, exigirá por via administrativa ao médico a responsabilidade no caso de este ter atuado com dolo ou culpa grave (excluída, assim, a culpa leve), após tramitação do procedimento correspondente. No âmbito da medicina

<sup>37</sup> A Lei n.º 15/2014, de 21 de março, que consolidou a legislação em matéria de direitos e deveres do utente em termos de acesso aos serviços de saúde, foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 44/2017, de 20 de abril. Este diploma veio, entre outros aspetos, definir os termos a que deve obedecer a Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do Serviço Nacional de Saúde e criar o Sistema Integrado de Gestão do Acesso (SIGA SNS).

privada, a não exigência de responsabilidade médica no caso de culpa leve resultará de uma interpretação e correta aplicação do *standard* de diligência na atuação do profissional.

Em Espanha, durante muitos anos, as ações por responsabilidade civil médica foram apresentadas sobretudo à jurisdição civil, resolvidas nos termos do Código Civil e do tradicional critério de imputação por culpa (44, p. 263 e ss) (45, p. 217 e ss) (46, p. 69 e ss); (47, p. 100 e ss). Não importava, para o efeito, que o dano fosse causado no âmbito da medicina pública e, com diversos argumentos, entre os quais sobressaía aquele que propunha evitar a chamada *peregrinação de jurisdições* (*peregrinaje de jurisdicciones*), os tribunais civis mantinham na sua competência o caso (48, p. 295 e ss).

A situação mudou posteriormente. Sucederam-se diversas reformas legislativas até que a responsabilidade no âmbito da medicina pública passou unicamente a ser julgada pelos tribunais do contencioso-administrativo, situando assim a maioria dos casos fora do Código e da jurisdição civil<sup>38</sup>.

### *Medicina pública*

Uma das formas mais importantes do exercício da profissão médica é o exercício público e dependente, no qual se enquadram os médicos (e demais profissionais de saúde) pertencentes à Administração Pública.

Atualmente, tendo por base o art. 106 CE (50), o regime de responsabilidade encontra-se previsto no art. 32 e ss. da Lei 40/2015, de 1 de outubro, do Regime Jurídico do Sector Público (LRJSP) (51).

O art. 32.1 da LRJSP (51) assinala que

Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (51).

Enuncia assim o princípio básico da responsabilidade administrativa, aplicável também no âmbito da medicina pública e que responde a um modelo que, no sentido literal da lei, é de responsabilidade objetiva e extremamente rigoroso (funcionamento *normal ou anormal* dos serviços públicos, salvo força maior ou danos em que se tenha o dever jurídico de os suportar); no entanto, na realidade prática da aplicação pelo tribunais tudo se passa

<sup>38</sup> Vejamos os dados concretos sobre a evolução normativa em Asúa González. (49, p. 332-340)

de forma muito diferente e vemos claramente que a conduta dos profissionais de saúde é avaliada em termos da sua diligência, sendo emitido juízos com base na culpa tanto para condenar como para absolver a Administração<sup>39</sup>.

No plano da jurisdição competente, os diversos dados normativos – Lei Orgânica nº 6/1985, de 1 de julho, do Poder Judicial<sup>40</sup> (55) e Lei nº 29/1998, de 13 de julho, reguladora da Jurisdição Contencioso-Administrativa<sup>41</sup> (56) – evidenciam que a jurisdição contencioso-administrativa é a única que pode conhecer os casos de responsabilidade médica por assistência no âmbito da medicina pública. A competência da jurisdição contencioso-administrativa mantém-se mesmo quando, como frequentemente ocorre, é demandada também à companhia de seguros<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Bastante expressiva desta tendência encontramos a sentença do Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 11 de abril de 2014 (ROJ: STS 1638/2014), onde encontramos afirmações com o seguinte teor: “Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad, un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar, en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria” (52); “Dicho de otro modo, ‘como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada entre otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria’ (STS de 23 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 89/2008” (53). Muito reveladora do raciocínio nestes casos é a sentença do Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 3 de outubro de 2014 (ROJ: STS 3890/2014) (54) onde, sem realizar declarações formais semelhantes à anterior sentença, a leitura dos fundamentos de direito evidencia que a condenação da Administração se baseia na violação culposa da *lex artis*, concretamente no facto de se realizar uma monitorização fetal sem profissionais qualificados a observar o monitor.

<sup>40</sup> Art. 9.4: “Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica. Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”. (55)

Art. 9.5: “Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral”. (56)

<sup>41</sup> A ordem jurisdiccional do contencioso-administrativo conhecerá, nos termos do art. 2 e): “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”. (56)

<sup>42</sup> *Vid.* a referência às companhias de seguros nas notas anteriores.

Os profissionais ao serviço da Administração Pública de Saúde não podem ser demandados, sendo a responsabilidade diretamente exigida à Administração<sup>43</sup>. Surge assim um sistema que é restritivo para a vítima do dano, que a impede de demandar o médico ou outro profissional de saúde. O profissional de saúde só responderá com o seu património quando a Administração exerce o seu direito de regresso e com as particularidades que a mesma apresenta na sua gestão interna para os cargos públicos (exercício obrigatório se estes tiverem atuado com dolo ou culpa grave e com possibilidade de moderação)<sup>44</sup>. Portanto, no âmbito da medicina pública, o médico não pode ser demandado e a sua responsabilidade será exigida no âmbito de um procedimento administrativo interno e limitada ao caso de culpa grave ou dolo.

Uma causa concreta de exoneração da responsabilidade da Administração, que pode ter aplicação prática no contexto da pandemia de COVID-19, é a que se retira do art. 34.1 da LRJS:

Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos. (51)

Esta norma fundamenta-se nas experiências de contágios massivos por transfusões de sangue em que se afigurou impossível detetar a contaminação atendendo às técnicas da

<sup>43</sup> Além dos textos citados na nota anterior, *vid.* art. 36.1 da LRJSP (51): “Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”.

<sup>44</sup> Art. 36.2 da LRJSP (51): “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento. Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”. É no procedimento de exercício do direito de regresso que será necessário avaliar se a conduta foi dolosa ou com culpa grave, se nada foi dito na sentença que condenou a Administração, na resolução que põe fim à via administrativa poderá recorrer-se perante a ordem jurisdicional contencioso-administrativo. Também serão ponderadas as circunstâncias já vistas (resultado, grau de culpabilidade, etc.) e que influenciam a fixação do valor a reclamar, o que permite ajustes (não tendo de coincidir com o que tenha pagado a Administração). O art. 36.4 da LRJSP prevê que o procedimento para apuramento da responsabilidade “se sustanciará conforme a lo dispuesto en la *Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* y se iniciará por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados y que constará, al menos, de los siguientes trámites: a) Alegaciones durante un plazo de quince días; b) Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días; c) Audiencia durante un plazo de diez días; d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia; e) Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días.” (51). Acerca do direito de regresso, em geral, *vid.* Díez Sánchez (57, p. 205 e ss). No caso de a Administração ter contratado um seguro de responsabilidade civil, convém ter em consideração o art. 43 da Lei de Contrato de Seguro (58) para ver se é possível que a companhia de seguros se sub-rogue no direito de regresso que a lei conceder à Administração segurada.

época, e volta a ser considerada por ocasião da atual situação de saúde da COVID-19 (59, p. 233 e ss).

A vítima do dano dispõe de um ano para apresentar uma reclamação à Administração<sup>45</sup>.

### *Medicina privada*

Encerrada a controvérsia entre a jurisdição civil e a contencioso-administrativa acerca do conhecimento da responsabilidade médica em contexto da medicina pública, a jurisdição civil conhecerá somente dos danos causados no âmbito da medicina privada.

A distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual emerge perante a eventual reclamação do lesado, considerando as fórmulas gerais do art. 1.101 e ss. do Código Civil (61) no primeiro caso<sup>46</sup>, e do art. 1.902 e ss. (61) no segundo<sup>47</sup>. Dependerá, portanto, da concreta relação que medeia entre o lesado e o causador do dano, devendo também a intervenção do centro e do médico ser especificada<sup>48</sup>, suscitando-se nos últimos anos interessantes questões em torno da companhia de seguros que designa o quadro médico e assistencial (49, p. 347-352). O diferente regime de uma e de outra responsabilidade traz, entre outras consequências, um prazo diferente para o exercício da ação, que é de cinco anos no caso da responsabilidade contratual (art. 1.964) (61) e de um ano na responsabilidade extracontratual (art. 1.968.2º.) (61).

Em qualquer caso, seja a natureza contratual ou extracontratual <sup>49</sup> da responsabilidade do médico, teremos que avaliar a sua atuação nos termos do art. 1.104 (61), cujo primeiro parágrafo assinala que “la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las

<sup>45</sup> O prazo está previsto atualmente na Lei 39/2015, de 1 de outubro, do *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (60), concretamente no art. 67.1: “Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

<sup>46</sup> Nos termos do art. 1.101 (61), “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

<sup>47</sup> Nos termos do art. 1.902 (61), “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

<sup>48</sup> Terá de se analisar o caso concreto. Se o lesado contrata com o centro médico, a sua reclamação contra o mesmo é contratual (art. 1.101) e a que se dirige contra o médico, que auxiliou no cumprimento, será extracontratual (art. 1.902). Pelo contrário, se o lesado contrata diretamente com o médico, a responsabilidade deste será contratual (art. 1.101) e a extracontratual (art. 1.902) surgirá, se reunidas as condições, em relação ao centro médico para o qual o lesado foi encaminhado pelo médico. São possíveis, em qualquer caso, muitas outras situações. (61)

<sup>49</sup> Considera-se que o art. 1.104 (61) também é aplicável no campo extracontratual. Assim, entre muitos outros, Peña López (62, p. 460).

circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”, enquanto que o segundo dispõe que “cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.”

A norma fornece-nos um modelo genérico de diligência, mas adaptado às circunstâncias do caso concreto.

O art. 1.104 (61) permite adequar o seu modelo, o da diligência média, às circunstâncias do cenário criado pela pandemia de COVID-19, entre as quais se destacam o estado da ciência<sup>50</sup>, a ausência de meios materiais<sup>51</sup> e o fator humano<sup>52</sup>. Aqui reside, sem dúvida, uma das questões mais importantes da responsabilidade civil médica neste momento. Não se altera o modelo, que continua a ser o da diligência média, alteram-se as circunstâncias em que deve ser aplicado e isso pode determinar que o médico não responda pelo que, segundo a clássica teoria da graduação da culpa, seriam casos de culpa leve. Sem necessidade de modificar o Código, vemos que existem elementos suficientes para adequar o modelo da diligência média às circunstâncias excepcionais da pandemia e exigir a responsabilidade médica apenas daqueles que incorrem num comportamento sem que sejam adotadas as precauções e cuidados mais elementares.

O sistema legal, no que se refere à responsabilidade civil do médico no âmbito da medicina pública, é restritivo para os cidadãos, que não dispõem de uma ação direta contra o profissional para averiguar a sua possível responsabilidade. Esta, sendo limitada ao dolo ou à culpa grave, opera-se dentro do sistema do direito de regresso e do poder disciplinar. Acresce que, sendo possível exercer a ação penal contra o médico, com a consequente ação de responsabilidade civil derivada de crime<sup>53</sup>, esta solução apresenta-se apenas para casos extraordinários.

<sup>50</sup> O estado da ciência em relação à Covid-19 é uma das circunstâncias a ponderar. Sobre este assunto, Ortiz Fernández (63, p. 6), que não considera viável recriminar os médicos que, por próprio desconhecimento, informaram erroneamente os pacientes acerca da doença, num momento em que nem sequer se conhecia a sua existência, nem as suas causas, efeitos, nem procedimentos de cura. Ainda hoje, na sua opinião (63, p. 8), o estado da ciência permanece repleto de incertezas.

<sup>51</sup> Equipamentos de proteção individual, medicamentos antivirais, oxigénio e respiradores. Em geral, pode falar-se de insuficiência de recursos médicos.

<sup>52</sup> O *stress*, o cansaço, o trabalho sob ameaça de contágio.

<sup>53</sup> Se os factos lesivos constituírem crime, aplicam-se neste caso as normas de responsabilidade civil do Código Penal, previstos nos art. 109 e ss. É peculiar no ordenamento espanhol a dupla regulação da responsabilidade civil no Código Civil e no Código Penal, mas que tem uma explicação histórica, determinada pela circunstância da codificação civil ter ocorrido posteriormente à penal. *Vid.*, a este respeito, as considerações de Díaz Alabart (64, p. 799). Deve ainda atender-se ao disposto no art. 121 do Código Penal, disposição que vem estabelecer a responsabilidade subsidiária da Administração por danos causados pelo seu pessoal quando sejam penalmente responsáveis: “El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les tuvieron confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las

No âmbito da medicina privada, na qual é possível intentar uma ação contra o médico causador da lesão, para afirmar a sua responsabilidade o pressuposto é uma conduta culposa, quer estejamos no campo contratual quer no extracontratual. A atuação do profissional é avaliada de acordo com o sistema da culpa, e é aqui que, para apreciar ou não a sua existência, devemos integrar no modelo abstrato de diligência às circunstâncias particulares, sendo esta combinação a que nos pode levar a sustentar a exclusão dos casos que viriam a identificar-se com a culpa leve (dentro da clássica teoria da tripartição de culpas).

## Conclusão

A proposta do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) visa uma finalidade generosa: assegurar que, no âmbito de uma situação de pandemia, cuja gravidade não tem paralelo nos últimos 100 anos e a inerente pressão extraordinária que se fez e faz sentir no sistema de saúde, haja alguma serenidade e tranquilidade dos médicos e outros prestadores de cuidados de saúde. Ou seja, que a sua ação, ao nível do diagnóstico, do tratamento ou mesmo no âmbito dos riscos de infeção nosocomial, não se quedasse tolhida pelo receio de litigância e de demandas por responsabilidade civil. Em suma, que a *medicina defensiva* não viesse prejudicar a realidade já de si extremamente complexa de prestação de cuidados de saúde, quando o número e a gravidade dos doentes são extremos, quando não há medicação apropriada, quando o risco de contágio é enorme.

O Congresso brasileiro não seguiu este caminho, mas parece-nos que esta doutrina pode vir a influenciar as decisões concretas dos tribunais, sobretudo na análise da culpa, que tendo de aferir em abstrato, deverá ter em conta as circunstâncias do caso concreto.

É esse o caminho que se pode seguir no direito civil português, não apenas no que respeita à aferição da culpa, mas também da fixação do montante dos danos, em caso de mera culpa. Por seu turno, no que respeita à medicina pública, a lei em vigor acolhe plenamente as preocupações enunciadas e com vantagem, pois aplica-se sempre, independentemente do estado de pandemia. Ou seja, o agente em funções públicas, em

---

normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad indemnizatoria". Em resumo, se se verifica a condenação do médico ou outro profissional de saúde, a responsabilidade da Administração é subsidiária (ou seja, responde perante a insolvência do seu pessoal) e encontra-se sujeita às regras que se encontram no próprio Código Penal. Estamos no âmbito da jurisdição penal. Não obstante, seria possível a reserva de ações civis pela vítima (art. 112 da Ley de Enjuiciamiento Criminal), o que obrigaria à discussão da questão da responsabilidade civil estrita *ex delicto* na jurisdição civil (art. 109.2 do Código Penal), mas aplicando as normas da responsabilidade civil do Código Penal, tal como estipula o art. 1.092 C.C.

Portugal, beneficia de um regime de proteção, segundo o qual ele só será patrimonialmente incomodado, em caso de culpa grave ou dolo e apenas em via de regresso.

Igualmente, em Espanha, segue-se a via da responsabilidade civil (administrativa), na jurisdição administrativa e com legislação especial, que protege o *funcionário* ou outro agente em funções públicas, de forma que este apenas responde em via de regresso em caso de culpa grave ou dolo. No que respeita à medicina privada, a maleabilidade da apreciação da culpa, considerando os fatores do caso concreto, poderão levar à não condenação em casos, por exemplo, de cansaço, ausência de meios de tratamento, erro na escolha da alternativa terapêutica, visto que a medicina foi surpreendida pela violência e rapidez deste vírus.

## Referências

1. Rosenvald N. Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia. Migalhas [internet]. 5 maio 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326088/por-uma-isencao-de-responsabilidade-dos-profissionais-de-saude-por-simples-negligencia-em-tempos-de-pandemia>
2. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República.
3. Rosenvald N, Netto F. Código civil comentado. 2ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm; 2021.
4. Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. D.O.U de 11/01/2002, pág. nº 1.
5. Moraes M. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar; 2003.
6. World Health Organization. Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV). Genebra: WHO; 30 janeiro 2020.
7. Brasil. Ministério da Saúde. Disponível em: [https://www.gov.br/saude/pt-br?utm\\_source=google&utm\\_medium=search&utm\\_campaign=MS\\_Vacinacao\\_Covid&utm\\_term=vacinacao\\_coronavirus\\_googleads&utm\\_content=gads001](https://www.gov.br/saude/pt-br?utm_source=google&utm_medium=search&utm_campaign=MS_Vacinacao_Covid&utm_term=vacinacao_coronavirus_googleads&utm_content=gads001)
8. Erausquin A, Snyder H, Carrillo M, Hosseini A, Brugh T, Seshadri S. The chronic neuropsychiatric sequelae of COVID-19: The need for a prospective study of viral impact on brain functioning. *Alzheimer's Dement - The Journal of Alzheimer's Association*. Jan. 2021;1-9. Disponível em: <https://alz-journals.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/alz.12255> doi: <https://doi.org/10.1002/alz.12255>

9. Halpin S, O'Connor R, Sivan M. Long COVID and chronic COVID syndromes. *J Med Virol.* 2021;93(3):1242-1243. doi:10.1002/jmv.26587 Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7675759/> doi: 10.1002/jmv.26587
10. Suárez-Mutis MC, Martínez-Espinosa FE, Osorio-de-Castro CGS. Nota Técnica. Orientações sobre o uso da Cloroquina para tratamento de pacientes infectados com SARS-CoV-2 [Internet]. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2020. 7 p. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/41625>
11. G1. Documentos mostram que mais de 30 morreram nos dois dias de colapso por falta de oxigênio em Manaus. 25 jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/25/documentos-mostram-que-mais-de-30-morreram-nos-dois-dias-de-colapso-por-falta-de-oxigenio-em-manaus.ghtml>
12. Goldim J. COVID-19 e o Uso Compassivo ou Off Label de Medicamentos, Bioética complexa. 30 maio 2020 [Acesso em abril de 2020]. Disponível em: <https://bioeticacomplexa.blogspot.com/2020/04/covid-19-e-o-uso-compassivo-ou-off.html?m=1>
13. Wesendonck T. A responsabilidade civil na esfera médica em razão da covid-19. Maio 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/326237/a-responsabilidade-civil-na-esfera-medica-em-razao-da-covid-19>
14. Brasil. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina; 2019. 108 p.
15. Brasil. Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. D.O. de 12/09/1990, P. 1 (Suplemento).
16. Souza I, Naves B, Sá M. Responsabilidade civil dos profissionais de saúde ante diante da Covid-19. Maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/direito-pos-graduacao-responsabilidade-civil-profissionais-saude-covid-19>
17. Casabona C. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: Casabona R, Maria C; Queiroz JF (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey; 2004.
18. Soares F. Consentimento informado: panorama e desafios. In: Rosenvald N, Milagres M. *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco; 2017.
19. Rosenvald N, Farias C, Netto F. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva; 2019.
20. Nogaroli R, Silva R. Inteligência artificial na análise diagnóstica da Covid-19: possíveis repercussões sobre a responsabilidade civil do médico. *Migalhas*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/322941/inteligencia-artificial-na->

[analise-diagnostica-da-covid-19--possiveis-repercussoes-sobre-a-responsabilidade-civil-do-medico](#)

21. Brasil. Medida Provisória nº 966/2020, de 13 de maio de 2020. Responsabilização de agentes públicos em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília: Presidência da República, 2020.
22. Brasil. STF. Rel. Min. Luís Roberto Barroso Processos: ADIns 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.248 e 6.431. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>
23. Brasil. Lei nº 13.979/2020, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília: Presidência da República; 2020.
24. Brasil. STF. Recurso Extraordinário: RE 60114 DF. Rel: Min. Cármen Lúcia. 26 de agosto de 2009. DJe-173 DIVULG 14/09/2009 PUBLIC 15/09/2009.
25. Brasil. STF. Tema 940 - Responsabilidade civil subjetiva do agente público por danos causados a terceiros, no exercício de atividade pública. Recurso extraordinário no qual se discute, com base no art. 37, § 6º, da Constituição da República, a possibilidade de particular, prejudicado pela atuação da Administração Pública, formalizar ação judicial diretamente contra o agente público responsável pelo ato lesivo. Rel: Min. Marco Aurélio. RE 1027633 RG, P, j. 23-03-2017, DJE de 21-11-2017.
26. Shoss R, Dinh C. United States: COVID-19 Liability Shield Laws Enacted In Several US States [Internet]. Mondaq. Out. 2020. Disponível em:  
<https://www.mondaq.com/unitedstates/operational-impacts-and-strategy/999504/covid-19-liability-shield-laws-enacted-in-several-us-states>
27. Pereira A. Prescrição médica “off-label” e Covid-19: uma reflexão ético-jurídica [Internet]. Instituto de Derecho Iberoamericano. Maio 2020. Disponível em:  
<https://idibe.org/tribuna/prescricao-medica-off-label-e-covid-19-uma-reflexao-etico-juridica/>
28. Pereira A. Responsabilidade Civil por Má Prática em Saúde - Breves Notas Sobre o Direito Português. Disponível em: <https://vademecumbrasil.com.br/mergulho-juridico/responsabilidade-civil-por-ma-pratica-em-saude-breves-notas-sobre-o-direito-portugues>
29. Pereira A. O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil. Centro de Direito Biomédico, 9. Coimbra: Coimbra Editora; 2004.
30. Portugal. Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em:  
<https://data.dre.pt/eli/dec-lei/47344/1966/11/25/p/dre/pt/html>
31. Portugal. Supremo Tribunal de Justiça. Proc. nº 7053/12.7TBVNG.P1.S1. 22 mar. 2018. Rel.: Maria da Graça Trigo. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument>

32. Pinto Oliveira NM. Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica. (I)Materiais para o Direito da Saúde. Coimbra: Centro de Direito Biomédico/Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; 2019. 118 p. Disponível em:

<https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/imateriais-para-o-direito-da-sa%C3%BAde-ilicitude-e-culpa-na>

33. Portugal. Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro de 2002. Aprova o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (revoga o Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril) e procede à 3.ª alteração do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, alterado pela Lei n.º 163/99, de 14 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 159/2000, de 27 de Julho, à 42.ª alteração do Código de Processo Civil, à 1.ª alteração da Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro, e à 2.ª alteração da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril, alterada pelo Decreto-Lei n.º 224-A/96, de 26 de Novembro. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/13/2002/02/19/p/dre/pt/html>

34. Pereira A. Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica. Tese de doutoramento. Coimbra: Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra; 2014. Disponível em:

<http://hdl.handle.net/10316/31524>

35. Portugal. Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro de 2007. Responsabilidade civil extracontratual do Estado e pessoas coletivas de direito público. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas. Disponível em: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2073&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2073&tabela=leis)

36. Portugal. Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de janeiro de 1993. Aprova o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/11/1993/01/15/p/dre/pt/html>

37. Correia S. As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados de Saúde. Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: AAFDL; 1996.

38. Oliveira G. Temas de Direito da Medicina. 2 Ed. Coimbra: Coimbra Editora; 2005. 312 p. ISBN: 972-32-1316-8.

39. Fragata J, Martins L. Recensão: O Erro em Medicina. Perspectiva do Indivíduo, da Organização e da Sociedade. In: Oliveira G. Temas de Direito da Medicina. 2.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora; 2005. 312 p. ISBN: 972-32-1316-8.

40. Conselho da Europa. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. Oviedo: CE; 1997

41. Portugal. Constituição da República Portuguesa. 1976. Alterada pela Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto de 2005.

42. Direito da Saúde Pública no Mundo Lusófono. Responsabilidade pela saúde pública no mundo lusófono [Internet]. 2020. Disponível em:

<http://direitodasaudepublicanomundolusofono.net/>

43. Portugal. Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril de 2020. Estabelece um regime excecional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, no âmbito da pandemia da doença COVID-19. Diário da República n.º 85/2020, 3º Suplemento, Série I de 2020-04-30.
44. Ataz López J. Los médicos y la responsabilidad civil. Madrid; 1985.
45. Llamas Pombo E. La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos [Tese de doutoramento]. Salamanca: Universidade de Salamanca; 1988.
46. González Morán L. La responsabilidad civil del médico. Barcelona: JM Bosch; 1990.
47. Fernández Costales J. La responsabilidad civil médica y hospitalaria. Madrid: La Ley; 1987.
48. Barceló Doménech J. Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España; 1995.
49. Asúa González CI. Responsabilidad civil médica. In: Reglero Campos LF, Busto Lago JM. Tratado de la Responsabilidad Civil. Vol. 2. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters; 2014.
50. Espanha. Constituição Espanhola (1978). BOE núm. 311, de 29 de dezembro de 1978. Última modificação: 27 de setembro de 2011. Referência: BOE-A-1978-31229.
51. Espanha. Lei nº 40/2015, de 1 de outubro de 2015. Regime Jurídico do Sector Público (Régimen Jurídico del Sector Público). Publicado em BOE núm. 236, de 02/10/2015. Referência: BOE-A-2015-10566.
52. Espanha. Tribunal Supremo. Sala 3ª. ROJ: STS 1638/2014. 11 abr. 2014.
53. Espanha. Tribunal Supremo. RC n.º 89/2008. 23 set. 2009.
54. Espanha. Tribunal Supremo. Sala 3ª. ROJ: STS 3890/2014. 3 out. 2014.
55. Espanha. Lei Orgânica nº 6/1985, de 1 de julho de 1985, do Poder Judicial. Publicado em: BOE núm. 157, de 02/07/1985. Referência: BOE-A-1985-12666.
56. Espanha. Lei 29/1998, de 13 de julho de 1998, reguladora da Jurisdição Contencioso-Administrativa. Publicado em: BOE núm. 167, de 14 de julho de 1998, páginas 23516 a 23551 (36 págs.). Referência: BOE-A-1998-16718.
57. Díez Sánchez JJ. Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos. In: Moreno Martínez JA. La responsabilidad civil y su problemática actual. Madrid: Dykinson; 2007.
58. Espanha. Lei nº 50/1980, de 8 de outubro de 1980, de Contrato de Seguro. Publicado em: BOE núm. 250, de 17/10/1980. Referência: BOE-A-1980-22501.



59. Jiménez Moriano O. El ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por daños producidos durante la pandemia de coronavirus. Madrid: Wolters Kluwer España; 2020. 391 p.
60. Espanha. Lei nº 39/2015, de 1 de outubro de 2015, do Procedimento Administrativo Comum das Administrações Públicas. Publicado em: BOE núm. 236, de 02/10/2015. Referência: BOE-A-2015-10565
61. Espanha. Decreto Real de 24 de julho de 1889 pelo qual se publica o Código Civil. Publicado em: Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889. Referência: BOE-A-1889-4763
62. Peña López F. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. Granada: Editorial Comares; 2002.
63. Ortiz Fernández M. El estado de la ciencia durante el Covid-19 y el derecho al consentimiento informado. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. Out./Dez. 2020;(25)4.
64. Díaz Alabart S. La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela. Anuário de Derecho Civil. 1987;(4)3: 795-894.

## Colaboradores

Todos os autores contribuíram com a concepção, revisão e aprovação do artigo. Rosental N contribuiu com a redação da seção *Proposta legislativa*; Dias Pereira A contribuiu com a redação da seção *Análise à luz do direito português*; e Doménech JB contribuiu com a redação da seção *Análise à luz do direito espanhol*.

---

Submetido em: 01/03/21  
Aprovado em: 19/05/21

## Como citar este artigo

Rosental N, Dias Pereira A, Doménech JB. Proteção jurídica dos profissionais de saúde envolvidos no atendimento em contexto da pandemia da COVID-19. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2021 abr./jun.;10(2):151-182.

<https://doi.org/10.17566/ciads.v10i2.769>