Petição de indemnização por troca de um rim (STA 29-06-2005 Proc. 01299/04)

Tribunal Administrativo e Fiscal de \*\*\*

Meritíssimo Juiz de Direito

Arminda e Bento, respectivamente NIF e NIF, casados entre si e residentes em ..., por si e na qualidade de representantes e pais do menor Carlos

Instaura Acção administrativa contra

Hospital X, S. A, nif \*\*\*, com sede em \*\*\*, o que fazem nos termos e com os seguintes fundamentos:

Factos

01 Antes de o menor ... nascer, havia-se diagnosticado, desde o oitavo mês de gestação, que o mesmo padecia de uma uropatia com “bexiga grande” (docs. \*\*\*);

02 Em \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data) o menor ..., com dois meses de idade, veio de Ponta Delgada, onde residiam os pais AA, e foi internado no Serviço de Pediatria do Hospital X, S. A., o qual é uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos e que actua no exercício de prerrogativas de poder público na função administrativa do Estado na área da saúde, em Lisboa, porque se encontrava com uma complicação clínica grave, designadamente uma hidronefrose bilateral e uma pionefrose à esquerda (docs. \*\*\*);

03 O doente ficou aos cuidados da equipa médica da Unidade de Nefrologia Pediátrica, com a colaboração da Unidade de Cirurgia Pediátrica;

04 Equipa médica composta pelo Professor Dr. ..., que a chefiava, e pelo Dr. ...;

05 O doente tinha a bexiga e o rim esquerdo palpáveis e dolorosos pelo que foi algaliado;

06 Porém, manteve o rim esquerdo palpável e doloroso;

07 Uma ecografia, feita a \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data), mostrou ureteres dilatados, rim esquerdo com contornos mal definidos e com má diferenciação e pionefrose à esquerda;

08 Dessa ecografia resultou a seguinte observação médica: «rim esq. – visualiza-se na loca renal c/ contornos mal definidos e com má diferenciação [aspecto relacionado com nefrostomia?); rim dir. c/ uretero hidronefrose comunicante com 3 rietos. Não identifico extremidade insuf. do ureter. [...) repetir eco” (doc. \*\*\*);

09 Dada a situação infecciosa grave, que punha em risco imediato a vida do doente, este foi submetido, nesse mesmo dia, a uma intervenção cirúrgica de urgência para drenagem do pús do rim esquerdo, por nefrostomia percutânea à esquerda (doc. \*\*\*),

10 Essa cirúrgica foi executada pela Dr.ª ... e pelo Dr. ..., tendo a situação de emergência sido ultrapassada, com melhoria do doente (doc. \*\*\*);

11 O menor foi submetido a completos exames médicos de renografia e ecografia nas unidades de Cirurgia Pediátrica e Medicina Nuclear de Radiologia do HSM (docs. \*\*\*);

12 Após tais exames médicos foi diagnosticado que o rim direito estava infectado mas a drenar e o esquerdo funcionava a zero (doc. \*\*\*);

13 No dia \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data) foi realizada nova ecografia que revelou obstrução uretero-vesical bilateral (doc. \*\*\*);

14 Tal ecografia revelou, ainda, quanto ao rim direito: «hidronefrose marcada, com dilatação marcada do uretero ao longo de todo o trajecto. Parênquima com boa ecogenicidade mas com certa diminuição da espessura. Dimensões aumentadas para a idade». Quanto ao rim esquerdo a ecografia revelou «ecogenicidade aumentada. Má diferenciação córtico medular (estudo em más condições pois o penso não permite colocação adequada do transdutor para fazer o estudo renal). Não se nota dilatações da árvore excretora superior, neste momento». No que concerne à bexiga, a ecografia revelou «dilatação bilateral das extremidades dos uretero esq. e dto., os quais se encontram dilatados ao longo de todo o trajecto abdominal). (doc. \*\*\*);

15 Depois da primeira intervenção cirúrgica – realizada em \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data) – efectuaram-se exames laboratoriais que mostraram os seguintes valores: ureia: 4,8; creatinina: 38 (docs. \*\*);

16 O valor de creatinina 38 implica uma creatinina plasmática;

17 Para além desses exames foram ainda executados os seguintes com os resultados que se discriminam (docs. \*\*\*):

– renograma com DTPA, realizado em \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data): hidronefrose à direita, com evidência de obstrução; função renal deficiente, com débito de filtrado glomerular de 17 ml/min. 11,73 m2 – ou seja, no limite da insuficiência renal; função renal direita de 86% do total e função renal esquerda de 14% do total; cicatrizes renais, mais importantes à esquerda; dilatação dos ureteros direito e esquerdo;

– ecografia renal, realizada em \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data): dilatação pielocalicial à direita com espessura de parenquima [a porção funcional do rim) reduzida;

– gama-cistografia: refluxo vesico-uretral à esquerda, de grau 111;

18 A \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data), foi realizada uma ecografia renal pelo Dr. ..., constando do relatório: «Rins em posição habitual. Nota-se marcado grau de hidronefrose do rim dto c/ árvore urinária de conteúdo límpido. Rim esq. em nefrostomia, sem conteúdo na árvore excretora» (doc. \*\*\*);

19 Dado que a causa primária de todo o problema clínico era a possível existência de válvulas da uretra posterior, o doente foi submetido a um exame de uretrocistoscopia no dia \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data) (docs. \*\*\*);

20 O doente foi submetido a uma segunda intervenção cirúrgica, na sequência da qual se visualizou o interior da bexiga, que mostrava sinais de esforço, assim como os orifícios ureterais em posição normal, apesar de terem um aspecto dilatado;

21 Na mesma oportunidade, visualizaram-se igualmente as válvulas da uretra posterior, que foram desde logo excisadas, numa terceira intervenção cirúrgica por electrocoagulação;

22 No mesmo dia foi tentada uma nefrostomia do rim direito para descompressão, por punção cutânea;

23 Não se obteve qualquer resultado na sequência dessa intervenção cirúrgica;

24 No processo clínico do menor, consta a seguinte observação «2. Cistoscopia: Bexiga de esforço com múltiplas trabeculações e diverticulos; canalizações do uretero direito»(docs. \*\*\*).

25 Relativamente ao renograma realizado em \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data), consta a fls. 143 e 144 do processo instrutor (docs. \*\*\*), o correspondente Relatório indica o seguinte: «(....) 3. Imagens gamagráficas mostram à esquerda existência de pequeno rim. À direita é evidente marcado uretero hidronefrose”;

26 A fls. 144 e 145 do processo instrutor (docs. \*\*\*) consta um documento datado de \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data), relativo a um renograma, cujo relatório é o seguinte: «1. Exame sobreponível ao anterior. [....) 4. Imagens gamagráficas não identificam rim esquerdo. Megauretero direito»;

27 A fls. 146 e 148 do processo instrutor (docs. \*\*\*) consta um documento datado de \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data), relativo a uma gamacistografia, cujo relatório é o seguinte «RVU à esquerda, grau III, passivo. Megauretero»;

28 O conjunto dos médicos das Unidades de Cirurgia Pediátrica, de Nefrologia Pediátrica, de Medicina Nuclear e de Radiologia concluíram que o rim esquerdo produzia uma quantidade não significativa de urina e que o rim direito produzia urina, mas em condições deficientes;

29 Concluiu-se que essa produção de urina era suficiente, ainda que temporariamente, para eliminar os catabolitos do organismo, desde que não houvesse qualquer sobrecarga funcional do organismo e fosse observada dieta alimentar adequada;

30 O rim direito tinha lesões importantes, com cicatrizes renais;

31 Segundo a equipa médica supra mencionada o rim direito funcionava apesar de infectado mas o esquerdo estava perdido;

32 A decisão cirúrgica, relativa à intervenção realizada em 18.10.94, foi tomada em reunião de médicos das Unidades de Cirurgia Pediátrica e de Nefrologia Pediátrica, não por se considerar o rim esquerdo nocivo para o normal desempenho das funções renais, mas por actuar como simples depósito de pús e contribuir para a manutenção de infecção permanente, o que punha em risco a vida do doente;

33 O pús e a urina drenados pelo tubo colocado no rim esquerdo provinham do rim direito, depois de passar pela bexiga, por ser apenas este rim direito a funcionar;

34 A intervenção em causa, preconizada pela referida equipa médica em reunião de \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data), destinava-se a extrair o rim esquerdo do menor, que a referida equipa médica considerava prejudicial para o normal desempenho das funções renais;

35 Em \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data) o menor foi submetido a intervenção cirúrgica.

36 Com a intervenção cirúrgica mencionada pretendia-se reduzir o volume de urina infectada estagnada num aparelho urinário todo ele dilatado, suprimindo-se a porção não funcionante;

37 A intervenção cirúrgica em questão foi realizada por uma equipa médica constituída pelo Dr. ..., como cirurgião responsável, pelo Dr. ..., como cirurgião ajudante, pela Dr.ª. ..., como médica anestesista, pela enfermeira ..., como instrumentista, e pela enfermeira Luísa Oliveira, como enfermeira circulante.

38 No decurso da intervenção, e antes do isolamento do rim, foi solicitada a presença do Dr. ... por causa de uma hemorragia;

39 Quando este chegou ao bloco operatório a hemorragia já estava controlada e não foi julgada necessária pelo Dr. ... qualquer colaboração;

40 Na intervenção cirúrgica de \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data) foi extraído ao menor o rim direito em vez do esquerdo;

41 No documento n. \*\*\* consta a seguinte descrição operatória: «(...) Identificação de ureter esquerdo que se referencia. Isolamento do ureter até ao bacinete. Observa-se rim de volumosas dimensões, difícil de isolar”;

42 Conforme descrição macroscópica constante do exame cito e hispatológico de fls. 18 e 19 do processo instrutor (docs. \*\*\*), relativo ao rim direito, havia «marcada dilatação da árvore pielocacial, espessamento da parede do ureter que tem 13 cm de comprimento e um calibre luminal variando entre 0,5 cm na extremidade proximal e 1 cm na extremidade distal”.

43 A extracção do rim direito só foi detectada no dia seguinte porque o menor não urinava.

44 A situação foi detectada logo no início da manhã do dia seguinte ao da operação, no momento da visita regularmente feita ao começo da manhã;

45 Quando o erro foi detectado tinham decorrido menos de 24 horas desde a intervenção cirúrgica de \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data) e o menor corria perigo de vida se não fosse sujeito a qualquer tratamento médico;

46 Quando deixou de produzir urina foi instalado no menor, durante a permanência no H.S.M., de imediato, um sistema de diálise, substitutivo das funções renais, precisamente para que o doente deixasse de «correr perigo de vida»;

47 Foi feito um pedido de ecografia e foram também pedidos uma tomografia axial computorizada e exames laboratoriais (docs. \*\*\*);

48 Constam do doc. \*\*\*, relativo à ficha clínica do menor e datado de \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data), as seguintes observações médicas:

«– Ecografia renal: não se visualiza rim na loca renal direita. Rim visível na loca renal esquerda !?”;

– TAC abdominal: não se visualiza rim na loca renal (!) e visualiza-se rim na loca renal esquerda!!!”;

– Orifício ureteral direito em posição C3. (...). Orifício ureteral esquerdo em posição também C3, mas no fundo de divertículo de ureteral» (cfr. também doc. de fls. 5 a 8 do processo instrutor doc. 14);

49 O doente foi levado ao bloco operatório, onde se procedeu a uma cistoscopia para verificar qual o rim extraído, por cateterismo ureteral e observação da drenagem de cada um dos orifícios ureterais (doc. \*\*\*);

50 Foi feita a colocação de um catéter de diálise peritoneal;

51 Os cirurgiões destas duas intervenções foram o Dr. ... e a Dra. ...;

52 Logo que se constatou que o rim direito tinha sido extraído, e não o rim que se pretendia extrair, os pais do doente foram informados do sucedido;

53 E, de imediato, foi informado por escrito o Director do Serviço, o Prof. Doutor João Gomes Pedro, que estava a substituir o Prof. Doutor ..., de forma a iniciar-se um processo de averiguações das causas do sucedido, atento à sua invulgaridade;

54 Por causa da referida intervenção cirúrgica o menor ficou sem o rim direito e sujeito a diálise diária.

55 O menor viria sempre a ter necessidade de efectuar diálise diária, bem como um transplante renal;

56 Para que o menor sobrevivesse foi necessário efectuar um transplante de rim e aguardar que se reunissem as condições para o efeito necessárias;

57 O transplante renal teve de aguardar que o menor tivesse o peso necessário e só pôde concretizar-se em Julho de \*\*\*\*;

58 Enquanto não foi efectuado o transplante o menor, em certos períodos, tinha de fazer diálise de duas em duas horas, mas sempre com uma pausa nocturna de, pelo menos, seis horas e carecia do apoio permanente dos pais;

59 A sujeição a diálise de duas em duas horas causava fortes dores e incómodos ao menor;

60 Esta situação e tratamento impôs a presença constante junto ao menor, tendo o A. pai deixado de trabalhar durante mais de um ano e a A. mãe deixado de trabalhar durante quase dois anos;

61 Desde o transplante renal, o A. menor nunca mais precisou de fazer diálise, incluindo no pós-operatório imediata, como por vezes sucede;

62 Para a realização do transplante, o menor teve de se deslocar a França ao Hôpital des Enfants Malades, em Paris, por três vezes, as primeiras para observação e a última para efectuar o dito transplante renal.

63 O menor foi enviado a França, por se ter considerado o Hôpital des Enfants Malades como o melhor centro e o mais rápido para efectuar o transplante renal;

64 Se o doente tivesse sido transplantado em Portugal, a espera para a cirurgia teria sido maior;

65 Até ao momento o menor tem suportado o órgão transplantado;

66 Se e quando o rim transplantado perder a função, o transplante terá de ser repetido;

67 Como todos os transplantes, também o transplante feito ao menor tem uma vida limitada, pois a rejeição é inevitável a longo prazo;

68 O que varia, isso sim, é o tempo de rejeição que pode ser superada com novo transplante;

69 O dador tinha 20 anos;

70 O doente tem, desde então, uma função renal normal;

71 Desde a operação as tensões arteriais do doente são absolutamente normais, não necessitando de qualquer tratamento particular;

72 O rim que não foi retirado em \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data) segregava uma substância nociva para a saúde, que provocava ao A. tensões arteriais altíssimas, que para serem controladas obrigavam a tratamento e dieta especial, que não deixava o A. menor progredir normalmente em peso;

73 O rim esquerdo foi extraído em \*\*/\*\*/\*\*\*\* (data) nas instalações do HSM, mais concretamente no bloco operatório da Cirurgia Pediátrica, pelo Dr.... e pela Dra. ... que, aliás tiveram dificuldade em identificar esse órgão na loca renal correspondente;

74 Tais situações eram de molde a afectar todo o crescimento do menor, seja físico seja psicológico;

75 A progressão ponderal do menor tem sido perfeitamente satisfatória;

76 Em resultado dos tratamentos médicos descritos, o menor pode fazer uma vida perfeitamente normal;

77 O menor, que começa a entender o que o rodeia, vê-se rodeado constantemente de médicos e hospitais, dores e sofrimento e não tem possibilidade de desenvolver a mesma alegria equilibrada das crianças da sua idade;

78 E vive no medo de ulteriores desenvolvimentos da sua situação de saúde;

79 Com o acompanhamento do menor doente e com despesas deste, os pais despenderam até ao momento em viagens, medicamentos, consultas e alojamento montante pecuniário no valor de € \*\*\* (doc. \*\*\*);

80 E em razão da doença do menor os pais virão a gastar montante pecuniário de valor indeterminado, que de momento não conseguem *liquidar.*

O Direito

Preceitua o Artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO E 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. (...)

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.

Por sua vez o Artigo 9.º seguinte: «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».

De acordo com o descrito regime de responsabilidade – o HSM será civilmente responsável pelos danos peticionados se for demonstrado que os mesmos foram provocados por uma falha ou uma falta dos seus serviços. Ou, seja, e dito de outro modo, se se provar que os seus órgãos ou agentes – neste caso os seus médicos e restante pessoal auxiliar – praticaram, no exercício das suas funções e por causa desse exercício, actos de gestão ilícitos e que estes foram determinantes na produção daqueles danos.

Responsabilidade essa que assenta nos pressupostos previstos nos arts. 483.º e seg.s do Código Civil, o que significa que a sua concretização depende da prática de um facto, da ilicitude deste, da culpa do agente, do dano e do nexo de causalidade entre o facto e o dano (Vd., a título meramente exemplificativo, Acórdãos de 16/3/95 (rec. 36.993), de 21/3/96 (rec. 35.909), de 30/10/96 (rec. 35.412), de 13/10/98 (rec. 43.138), de 27/6/01 (rec. 46.977), de 26/9/02 (rec. 487/02, in AD n.º 492, pg. 1.567) de 6/11/02 (rec. 1.331/02), de 18/12/02 (rec. 1.683/02), de 10/03/04 (rec. 1.393/03) e de 7/4/05 (rec. 856/04).).

Os médicos do Hospital ora réu realizaram uma intervenção cirúrgica que os autos dão notícia destinada à ablação do rim esquerdo do menor Autor e que, por erro, aqueles extraíram o rim direito e daí resultaram danos patrimoniais e morais.

Os seus profissionais agiram com culpa e verificou-se ilicitude nos seus comportamentos, pelo que deve ser civilmente responsabilizado pelos prejuízos causados.

Na realização daquele acto médico ou no processo que a ele conduziu o Hospital e os seus profissionais infringiram deveres legais e não cumpriram as regras de ordem técnica e de prudência comum a que estavam vinculados.

O direito à proteção da saúde é o direito de todas as pessoas gozarem do melhor estado de saúde físico, mental e social, pressupondo a criação e o desenvolvimento de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam níveis suficientes e saudáveis de vida, de trabalho e de lazer.

O direito à proteção da saúde constitui uma responsabilidade conjunta das pessoas, da sociedade e do Estado e compreende o acesso, ao longo da vida, à promoção, prevenção, tratamento e reabilitação da saúde, a cuidados continuados e a cuidados paliativos.

1 – Todas as pessoas têm direito:

a) À proteção da saúde com respeito pelos princípios da igualdade, não discriminação, confidencialidade e privacidade;

b) A aceder aos cuidados de saúde adequados à sua situação, com prontidão e no tempo considerado clinicamente aceitável, de forma digna, de acordo com a melhor evidência científica disponível e seguindo as boas práticas de qualidade e segurança em saúde;

c) A escolher livremente a entidade prestadora de cuidados de saúde, na medida dos recursos existentes;

d) A receber informação sobre o tempo de resposta para os cuidados de saúde de que necessitem;

e) A ser informadas de forma adequada, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano de cuidados a adotar;

f) A decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, salvo nos casos excecionais previstos na lei, a emitir diretivas antecipadas de vontade e a nomear procurador de cuidados de saúde;

g) A aceder livremente à informação que lhes respeite, sem necessidade de intermediação de um profissional de saúde, exceto se por si solicitado;

h) A ser acompanhadas por familiar ou outra pessoa por si escolhida e a receber assistência religiosa e espiritual;

i) A apresentar sugestões, reclamações e a obter resposta das entidades responsáveis;

j) A intervir nos processos de tomada de decisão em saúde e na gestão participada das instituições do SNS;

k) A constituir entidades que as representem e defendam os seus direitos e interesses, nomeadamente sob a forma de associações para a promoção da saúde e prevenção da doença, de ligas de amigos e de outras formas de participação que a lei preveja;

l) À promoção do bem-estar e qualidade de vida durante o envelhecimento, numa perspetiva inclusiva e ativa que favoreça a capacidade de decisão e controlo da sua vida, através da criação de mecanismos adaptativos de aceitação, de autonomia e independência, sendo determinantes os fatores socioeconómicos, ambientais, da resposta social e dos cuidados de saúde.

O Estado promove e garante o direito à proteção da saúde através do Serviço Nacional de Saúde (SNS), dos Serviços Regionais de Saúde e de outras instituições públicas, centrais, regionais e locais.

A responsabilidade do Estado pela realização do direito à proteção da saúde efetiva-se primeiramente através do SNS e de outros serviços públicos, podendo, de forma supletiva e temporária, ser celebrados acordos com entidades privadas e do setor social, bem como com profissionais em regime de trabalho independente, em caso de necessidade fundamentada.

O Estado assegura o planeamento, regulação, avaliação, auditoria, fiscalização e inspeção das entidades que integram o SNS e das entidades do setor privado e social. (Cfr.ª Bases 1,2 e 7 da Lei n.º 95/2019, de 04 de Setembro – LEI DE BASES DA SAÚDE)

As *legis artis* da medicina podem ser definidas como o conjunto de regras técnico-científicas que um médico medianamente competente, prudente e sensato tem obrigação de conhecer e de saber utilizar correctamente, tendo em conta o estado da ciência e a situação concreta do doente.

Os actos que culminaram todo o processo que conduziu à extracção do rim direito do menor em vez do seu esquerdo não foram os que a situação exigia e, por isso, os mesmos devem ser qualificados como ilícitos e culposos.

Dos factos descritos torna-se evidente que o estado de saúde do menor era não só muito complicado como também que o seu tratamento passava pela ablação do seu rim esquerdo e que tal ablação se poderia revelar difícil atenta a sua patologia e a eventual dificuldade em encontrá-lo. Na verdade, os exames que lhe foram feitos indicavam que a localização desse rim nem sempre tinha sido evidente, já que no relatório de um deles foi escrito que as imagens gamagráficas não permitiam identificá-lo, e revela ainda que, apesar dessas dificuldades, aquela extracção era imperiosa, pois que se não fosse feita punha-se em risco a vida do menor.

Ora, foi no decurso dessa operação que, por erro, em vez de ser extraído o rim esquerdo se extraiu o rim direito.

É sempre tarefa delicada e difícil decidir se a realização de determinado acto médico foi a mais correcta e a mais adequada às circunstâncias do caso concreto ou, pelo contrário, se a mesma violou as regras de ordem técnica e de prudência comum que deviam ser tidas em consideração, pois que não se tratando de uma operação matemática e, portanto, de operação cujo resultado só possa ser um único, a valoração da qualidade de execução daquelas regras não é fácil, pois que a mesma, muitas vezes, depende de variáveis nem sempre antecipadamente conhecidas ou controláveis.

Tal não impede, todavia, que, perante os elementos de prova recolhidos no caso, se faça o juízo que lhes é mais conforme.

No caso dos autos sabia-se que o estado de saúde do menor era melindroso e que poderia haver dificuldades na identificação do rim a extrair o que, desde logo, impunha que, previamente à referida intervenção, se fizessem todas as observações e todos os exames necessários à superação daquelas dificuldades por forma a que essa extracção se pudesse fazer sem erro.

Ora, tal não foi feito e porque o não foi é que o resultado foi a ablação do rim errado.

E tanto assim que o Colégio de Cirurgia Pediátrica da Ordem dos Médicos, isto é, a entidade que vela pelo cumprimento das legis artis dos profissionais do respectivo ramo, ao analisar a qualidade dos procedimentos que conduziram àquele resultado, concluiu que, apesar de considerar que a abordagem cirúrgica tinha sido a correcta, “o doente não foi suficientemente estudado, devendo a investigação no pré operatório ter sido mais profunda nomeadamente na realização duma urografia de eliminação.” – vd. doc. junto aos autos a fls. 404 –. Ou seja, o Colégio da Especialidade da Ordem não censurando a forma como o R. ... fez a abordagem cirúrgica entendeu, no entanto, que o tempo dessa intervenção foi precipitado já que a ela se deu início sem que fossem feitos os estudos e os exames que se exigiam, designadamente a mencionada urografia de eliminação (doc. \*\*\*).

E de igual modo a Inspeção-Geral das Atividades em Saúde concluiu que “não foram esgotados os exames preparatórios efectuados” e que não tinham sido cumpridos todos os passos e regras tecnicamente recomendadas para a abordagem cirúrgica para a nefrectomia esquerda (doc. \*\*\*).

Conclusão essa que, de resto, foi concordante com o parecer da Sr.ª Directora do Serviço de Cirurgia Pediátrica do Hospital X que, ao ser ouvida no âmbito do inquérito a que a citada Inspecção procedeu, também considerou que “não se impunha naquela altura a intervenção cirúrgica” e que não tinham sido “suficientes os exames preparatórios efectuados no doente, nem a equipa médica não esgotou todos os exames e actos médico cirúrgicos ao seu alcance para melhor estudo do doente” (doc. \*\*\*).

Aliás, é bom frisar que, no dia imediato ao seu internamento, o menor foi submetido a uma “intervenção cirúrgica de urgência para drenagem do pús do rim esquerdo” – ponto 9 do probatório – e que esta operação foi feita sem que houvesse erro na localização daquele órgão, o que significa que esta, com maiores ou menores dificuldades, podia ser feita sem risco.

Em suma, a intervenção ora em causa não foi precedida de todos os exames e estudos que a situação requeria, o que significa que não foram cumpridas as regras de ordem técnica e de prudência comum que deviam ser tidas em consideração.

Sendo assim, é forçoso concluir que os profissionais do Hospital R., designadamente o cirurgião que operou o menor Autor, não agiram com o cuidado, a diligência e a cautela que a situação requeria e que esse comportamento, de acordo com os padrões do homem médio, isto é, do médico comum, mediamente competente, prudente e sensato, é censurável e que foi por isso que foi extraído ao menor Autor o rim errado.

Ou seja, é forçoso concluir pela prática de um acto ilícito e culposo.

O qual foi directamente responsável pela produção dos danos peticionados.

Pode, pois, afirmar-se que, por um lado, o Dr. ... – o único médico cujo comportamento é passível de ser individualizado – ao extrair o rim direito do menor quando devia ter extraído o esquerdo praticou um acto ilícito e culposo no exercício das suas funções e por causa desse exercício e, por outro, que na impossibilidade de se individualizar e delimitar a responsabilidade de cada um dos profissionais daquele Hospital na produção do facto lesivo, se terá de concluir que o mesmo resultou do funcionamento defeituoso deste.

E, também, que aquele médico ao não cumprir as legis artis a que estava obrigado agiu com negligência.

Dispõe o art. 496º do Código Civil:

“1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

2. (...)

3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos número anterior.”

“Danos não patrimoniais – são os prejuízos (como dores físicas, desgostos morais, vexames, perda de prestígio ou de reputação, complexos de ordem estética) que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, porque atingem bens (como a saúde, o bem estar, a liberdade, a beleza, a honra, o bom nome) que não integram o património do lesado, apenas podem ser compen­sados com a obrigação pecuniária imposta ao agente, sendo esta mais uma satisfação do que uma indemnização” (Antunes Varela, “Das Obrigações em Geral”, 6ª edição, l. °-571)

São indemnizáveis, com base na equidade, os danos não patrimoniais que “pela sua gravidade mereçam a tutela do direito” – nºs 1 e 3 do art. 496º do Código Civil.

Para a formulação do juízo de equidade, que norteará a fixação da compensação pecuniária por este tipo de “dano”, socorremo-nos do ensinamento dos Professores Pires de Lima e Antunes Varela, in “Código Civil Anotado”, vol. I, pág.501;

“O montante da indemnização correspondente aos danos não patri­moniais deve ser calculado em qualquer caso (haja dolo ou mera culpa do lesante) segundo critérios de equidade, atendendo ao grau de culpabilidade do responsável, à sua situação económica e às do lesado e do titular da indemnização, às flutuações do valor da moeda, etc.

E deve ser propor­cionado à gravidade do dano, tomando em conta na sua fixação todas as regras de boa prudência, de bom senso prático, de justa medida das coisas, de criteriosa ponderação das realidades da vida.”.

Neste sentido pode ver-se, “inter alia”, o Ac. deste Supremo Tribunal de Justiça, de 30.10.96, in BMJ 460-444:

“(...) No caso dos danos não patrimoniais, a indemnização reveste uma natureza acentuadamente mista, pois “visa reparar, de algum modo, mais que indemnizar os danos sofridos pela pessoa lesada”, não lhe sendo, porém, estranha a “ideia de reprovar ou castigar, no plano civilístico e com os meios próprios do direito privado, a conduta do agente”.

O quantitativo da indemnização correspondente aos danos não patrimoniais terá de ser calculado, sempre, “segundo critérios de equidade, atendendo ao grau de culpabilidade do responsável, à sua situação económica e às do lesado e do titular da indemnização”, “aos padrões da indemnização geralmente adoptados na jurisprudência, as flutuações de valor da moeda, etc.”.

Assim, não se tratando de incluir na compensação por danos morais os “punitive damages” do direito anglo-sáxonico, a compensação deve reflectir a censura de que é merecedor o causador do facto ilícito gerador de danos.

Os danos punitivos nos EUA não se reportam à indemnização devida em função dos danos materiais e morais sofridos. Os danos punitivos, também chamados de “danos exemplares” ou “danos vingativos” (exemplary or vindictive damages), não são estipulados para ressarcir/compensar um dano. Tal ressarcimento/compensação cabe aos chamados danos compensatórios que, nos EUA, compreendem os chamados “danos económicos” e os “danos não económicos”.

Sobre a definição de danos punitivos – cfr. “Exemplary or Punitive Damages”, segundo Black, Henry Campbell, “Black’s Law Dictionary”, West Publishing Co., 6th edition, pág. 390 – “Danos punitivos ou exemplares: Danos exemplares referem-se a uma indemnização em escala elevada, concedida ao Autor em patamar superior ao valor necessário para compensá-lo pela perda patrimonial, na qual o dano a ele causado foi agravado por circunstâncias de violência, opressão, malícia, fraude ou crueldade da parte do Réu; visam consolar o Autor pela angústia, diminuição no sentimento, vergonha, degradação e outras agravantes decorrentes da conduta ilícita e destinam-se a punir o Réu pela sua conduta perniciosa ou para servir de exemplo, razão pela qual são também denominados danos “punitivos” ou “vingativos”. Ao contrário dos danos compensatórios ou actuais, os danos punitivos ou exemplares alicerçam-se numa consideração de política pública totalmente diferente: a de punir o Réu ou servir de exemplo para condutas similares. Nos casos onde se prova que o Réu agiu dolosamente, maliciosamente ou fraudulentamente, o Autor poderá fazer jus aos danos exemplares, além dos danos compensatórios ou actuais já concedidos. Indemnização, diversa da compensatória, à qual uma pessoa pode ser condenada, de forma a puni-la pela conduta reprovável.

É concedida (indemnização a título de danos punitivos) como um adicional à verba relativa aos danos compensatórios devido à conduta cruel, imprudente, maliciosa ou opressiva.” – http://www.google.pt/search?client=qsb-win&rlz=1R3GGLL\_pt-BRPT
349PT349&hl=pt-BR&q=danos+punitivosas

Realçando a componente punitiva da compensação por danos não patrimoniais, pronunciam-se no seu ensino os tratadistas que citamos.

Assim, Menezes Cordeiro “Direito das Obrigações”, 2° vol, p. 288 ensina, que “a cominação de uma obrigação de indemnizar danos morais representa sempre um sofrimento para o obrigado; nessa medida, a indemnização por danos morais reveste uma certa função punitiva, à semelhança aliás de qualquer indemnização”.

Galvão Telles, “Direito das Obrigações”, 387, sustenta que “a indemnização por danos não patrimoniais é uma “pena privada, estabelecida no interesse da vítima – na medida em que se apresenta como um castigo em cuja fixação se atende ainda ao grau de culpabilidade e à situação económica do lesante e do lesado”.

Menezes Leitão realça a índole ressarcitória/punitiva, da reparação por danos morais quando escreve: “assumindo-se como uma pena privada, estabelecida no interesse da vítima, de forma a desagravá-la do comportamento do lesante” – “Direito das Obrigações”, vol. I, 299.

Pinto Monteiro, de igual modo, sustenta que, a obrigação de indemnizar é “uma sanção pelo dano provocado”, um “castigo”, uma “pena para o lesante” – cfr. “Sobre a Reparação dos Danos Morais”, RPDC, n°l, 1° ano, Setembro, 1992, p. 21.». Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-05-2010 Processo: 4784/06.4TBVCT.G1.S1 Relator: FONSECA RAMOS

Nesta perspectiva, entende os ora AA. que a compensação de € \*\*\* se afigura equitativa, nas concretas circunstâncias do acidente e em função do dano moral causado.

Termos em que, e nos mais de Direito que Vossa Excelência doutamente suprirá, deve a presente acção ser julgada procedente por provada e em decorrência, ser o Hospital Réu condenado:

a) a pagar aos Autores uma indemnização por danos patrimoniais, a título de prejuízos emergentes e lucros cessantes, no montante que se vier a apurar e a liquidar em execução de sentença.

b) a pagar aos Autores a quantia de \*\*\* €, a título de indemnização pelos danos não patrimoniais causados ao menor acrescidos de juros moratórios à taxa legal, desde a data da citação até integral pagamento;

c) a pagar aos Autores a quantia de €\*\*\* (€\*\*\* a cada um) a título de indemnização pelos danos não patrimoniais que lhes foram causados, acrescidos de juros moratórios à taxa legal, desde a data da citação até integral pagamento;

Valor da acção: € \*\*\*

Junta: procuração e \*\*\* documentos.

Testemunhas: nome, profissão e morada.

O Advogado