



Universidade do Minho

Escola de Direito

Rafaela Alexandra Costa da Silva

A Responsabilidade Médica no Âmbito
Hospitalar Público e a Inteligência Artificial

Janeiro de 2024

UWinho | 2024 Rafaela Costa da Silva A Responsabilidade Médica no Âmbito Hospitalar Público e a Inteligência Artificial



Universidade do Minho
Escola de Direito

Rafaela Costa da Silva

A Responsabilidade Médica no Âmbito Hospitalar Público e a Inteligência Artificial

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Administrativo:
Justiça Administrativa.

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Isa Filipa António de Sousa

Janeiro de 2024

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho:



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações

CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

AGRADECIMENTOS

A realização desta dissertação contou com importantes apoios, sem os quais não teria sido possível e aos quais ficaria eternamente grata. Muito se escreveu durante esta dissertação sobre a imputação de responsabilidades, razão pela qual, neste momento, cumpre-me imputar agradecimentos profundos a todos aqueles que contribuíram para a realização desta dissertação, que caracterizo como um trabalho árduo, mas gratificante do ponto de vista acadêmico e pessoal.

Primeiramente – e como não podia nunca deixar de ser – o primeiro agradecimento é dirigido aos meus pais, cujo agradecimento é o mais especial, por serem o meu modelo de coragem, por apoiarem todas as minhas ideias, acreditarem sempre em mim, ouvirem todas as minhas dúvidas, desmistificando-as, incentivando-me sempre a arriscar. A eles tudo devo.

Aos meus irmãos, que mesmo entrando pelo meu quarto adentro a cada 10 minutos, são o meu porto de abrigo para tudo e por eles tudo farei.

À minha avó. A minha supermulher. 88 anos de puro trabalho árduo, independência e rigor. A quem agradeço pelas palavras de carinho, pela comidinha tão boa e pelo riso fácil com que sempre se apresenta.

Às minhas amigas, aos quais sabem quem são e a quem presto um desmedido agradecimento por todas as horas de confiança e parceria neste caminho.

Ao meu namorado, Guilherme, que no meio de uma tempestade seria, certamente, dos poucos a ver um sol radioso. Um companheiro de todas as horas, um ouvinte cuja paciência é inesgotável e um companheiro que vibra comigo como se as vitórias fossem dele.

Ao meu “cãopanheiro”, Joli. Dono de um olhar meigo, de um feitio preguiçoso e de um amor inigualável. Jamais poderia deixar de prestar o meu agradecimento àquele que todas as horas enquanto eu dissertava dormia ao meu lado.

Por último, mas não menos importante, à minha orientadora, Professora Doutora Isa António, pelo seu exemplar apoio, por me encaminhar na direção certa e por generosamente sempre ter compartilhado os seus sábios conhecimentos

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducentes à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho

A Responsabilidade Médica no Âmbito Hospitalar Público e a Inteligência Artificial

RESUMO

A Saúde e meios tecnológicos revelam-se dois temas extremamente importantes para o Estado e para a sociedade civil. No pretérito reconhecia-se à área da saúde e à área tecnológica uma relação quase inexistente. Atualmente, os robôs dotados de Inteligência Artificial são autónomos e capazes de tomar as suas próprias decisões, pelo que a sociedade reconhece uma notória evolução nesta área, reconhecendo também a crescente utilização de tecnologias no quotidiano do cidadão, mormente na área da saúde.

Os casos de responsabilidade médica só mais recentemente começaram a ser debatidos nos Tribunais e as condenações se tornaram mais frequentes. Por outro lado, é notória a progressiva incorporação da IA nas mais variadas atividades e, de facto, a área da saúde não ficou indiferente, almejando na intervenção destes sistemas inteligentes reduzir os custos e garantir uma melhor qualidade de prestação nos cuidados de saúde.

Neste ensejo, evidencia-se que a interação entre os agentes autónomos e a medicina é uma realidade cada vez mais constante, pelo que deve o Direito adaptar-se às novas realidades sociais.

Com o exposto se relaciona, assim, a nossa vontade de tratar este tema, através da apreciação, análise e problematização de questões como a responsabilidade civil dos médicos por atos por si praticados e a responsabilidade dos agentes autónomos.

O tema é complexo e delicado, pelo que não temos o intuito de resolvê-lo. Pretende-se, pois, analisar as possíveis soluções do ordenamento jurídico português, analisando a aptidão destas para os danos provocados por erros médicos e sistemas dotados de Inteligência Artificial.

Palavras-chave: agentes autónomos, imputação de responsabilidade, inteligência artificial, responsabilidade civil médica

Medical Responsibility in the Public Hospital and Artificial Intelligence

ABSTRACT

Health and technological means are two extremely important issues for the government and for civil society. In the past, the health area and the technological area were recognized as having an almost non-existent relationship. Currently, robots equipped with Artificial Intelligence are autonomous and capable of making their own decisions, so society recognizes a notorious evolution in this area, also recognizing the growing use of technologies in the daily life of citizens, especially in the area of health.

Medical liability cases have only recently begun to be debated in the courts and convictions have become more frequent. On the other hand, the progressive incorporation of AI in the most varied activities is notorious and, in fact, the health area was not indifferent, aiming to reduce costs and ensure a better quality of health care provision in the intervention of these intelligent systems.

So, as I mentioned, it is evident that the interaction between autonomous agents and medicine is an increasingly constant reality, so the Law must adapt to the new social realities.

This is related to our desire to address this issue through the appreciation, analysis and problematization of issues such as the civil liability of physicians for acts performed by them and the liability of autonomous agents.

The subject is complex and delicate, so we do not intend to solve it. It is intended, therefore, to analyze the possible solutions of the Portuguese legal system, analyzing their suitability for the damages caused by medical errors and systems equipped with Artificial Intelligence.

Keywords: artificial intelligence, assignment of responsibility, autonomous agents, medical responsibility

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – A RESPONSABILIDADE MÉDICA: GENERALIDADES.....	3
1. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS MÉDICOS: UMA VISÃO JURISPRUDENCIAL ATUAL	5
2. A OBRIGAÇÃO DO PROFISSIONAL DE SAÚDE: OBRIGAÇÃO DE MEIOS E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO	13
2.1. A DESADEQUAÇÃO ATUAL DA CLÁSSICA DISTINÇÃO. UMA CATEGORIA “NOVA” DE OBRIGAÇÃO DO PROFISSIONAL DE SAÚDE?	19
3. A ÉTICA PROFISSIONAL E OS CRITÉRIOS DE EXIGIBILIDADE EM TORNO DO “ATO MÉDICO”: AS <i>LEGIS ARTIS</i>	20
3.1. O DESVIO ÀS <i>LEGIS ARTIS</i> : O ERRO MÉDICO.....	24
4. TIPOLOGIAS DE ATOS MÉDICOS	27
5. MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE MÉDICA E SEUS PRESSUPOSTOS: ANÁLISE DA LRCEE	29
5.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU POR FACTOS ILÍCITOS	30
5.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA	36
CAPÍTULO II – A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SAÚDE	39
1. A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SAÚDE.....	39
2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: CONCETUALIZAÇÃO E TIPOLOGIAS	44
3. A EXPERIÊNCIA COMPARADA DA UTILIZAÇÃO DA IA NA SAÚDE: BENEFÍCIOS E PROBLEMAS DETETADOS.....	55
4. PRINCIPAIS RISCOS E PERIGOS PARA O UTENTE DO SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE (SNS) RESULTANTE DA IA.....	58
CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE MÉDICA DOS HOSPITAIS DO SNS POR DANOS CAUSADOS PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	60
1. A NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE NO SEIO HOSPITALAR PÚBLICO (RELAÇÃO JURÍDICA) VS. A NATUREZA JURÍDICA DOS CUIDADOS MÉDICOS PRESTADOS NO SETOR PRIVADO (CONTRATO).	60
2. O ERRO MÉDICO PROVOCADO PELA IA. CASOS-EXEMPLO.....	65
3. O CASO ESPECIAL DO “FUNCIONAMENTO ANORMAL DO SERVIÇO PÚBLICO” OCASIONADO PELA IA.	67
3.1 A RELEVÂNCIA DA DICOTOMIA “ <i>FAUTE DU SERVICE</i> ” E “ <i>FAUTE DE SERVICE</i> ”	72

4. A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE MÉDICA DO ESTADO POR AÇÕES E OMISSÕES DA IA NA PRESTAÇÃO DOS CUIDADOS DE SAÚDE: A PROBLEMÁTICA.....	74
4.1 PROPOSTAS DOUTRINAIS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE.....	78
5. PROPOSTAS DE REFLEXÃO: MUDANÇA DE PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA ESTADUAL? ...	82
CONCLUSÕES	84
BIBLIOGRAFIA	88

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDM	Código Deontológico dos Médicos
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cit.	Citado
CP	Código Penal
CPC	Código Processo Civil
CPP	Código Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
IA	Inteligência Artificial
In	Em
Nº	Número
Pág.	Página
Proc.	Processo
RRCEE	Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado
Ss.	Seguinte
SNS	Serviço Nacional de Saúde
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vd.	Vide
Vol.	Volume
Vs.	Versus

INTRODUÇÃO

A área da saúde é um tema na esfera de atuação do estado, assim como no dia-a-dia dos cidadãos, sendo a responsabilidade decorrente de um erro médico um dos temas fulcrais no universo desta área, carecendo, por isso, de ser tratada e devidamente enquadrada no presente texto, uma vez que é uma área cujas características intrínsecas são, por si mesmas, heterógenas.

Atualmente, a Humanidade pauta-se pela procura incessante de técnicas e métodos de evolução, motivo pelo qual a utilização recorrente de sistemas dotados de Inteligência Artificial nas mais diversas áreas é cada vez mais uma realidade incontornável.

A área da medicina não ficou indiferente à evolução tecnológica, tendo vindo esta área a imiscuir-se na área da tecnológica procurando oferecer uma resposta precisa e, conseqüentemente, mais segura, bem como respostas mais céleres. Todavia, a utilização destas novas tecnologias numa área crucial, como é a área da saúde, implica, inevitavelmente, um cuidado acrescido, levantando questões às quais ainda não existe resposta e desafios que procuramos indagar.

Neste sentido, é perante esta nova realidade de simbiose entre o Direito e a evolução tecnológica que o nosso principal objetivo é procurar apurar a forma e o modo como são os entes públicos responsabilizados no âmbito hospitalar público, nomeadamente quando um erro médico surge da utilização de sistemas de inteligência artificial, pois a partir do momento em que as “máquinas” (v.g. softwares, robots humanoides, BIG DATA, IoT - “internet das coisas”) possuem uma consciência de si, aprendem sozinhos (processo de deep learning e de machine learning), tomando autonomamente – isto é, sem intervenção humana – decisões com relevância ética – importa saber quem responde pelos danos que elas causam: o seu produtor, quem delas beneficia, o Estado, elas próprias, ou outra solução alternativa.

A nosso ver, nesta questão reside o busilis da dissertação que ambiciosamente tratei.

Outrossim, existe outra questão a ser tratada que se prende com a forma como estas duas áreas (IA e Medicina) se podem imiscuir, sempre com vista a promover melhores cuidados de saúde para os utentes.

Deste modo, o presente trabalho pressupõe a análise e observação da problemática relativa à responsabilidade médica resultante de erros médicos praticados nos hospitais públicos, bem como a responsabilidade dos hospitais e/ou médicos que advém de erros médicos cometidos pela utilização de sistemas dotados de IA. Para o efeito, analisar-se-á detalhadamente o regime da

responsabilização dos médicos por atos lesivos, procurando demonstrar estas duas áreas se interligam, analisando a viabilidade de responsabilização destes agentes autónomos, atendendo às soluções vigentes no nosso direito constituído que possam responder a estas questões.

Assim, trata-se de uma discussão que parece merecer a nossa melhor atenção pela pertinência que acarreta, visto que a responsabilização dos atos de Inteligência Artificial na área da medicina assume, cada vez mais, um papel muito importante na sociedade hodierna, desde logo por força dos avanços da tecnologia, que acarretam consequentes vantagens para a promoção do bem-estar das pessoas, bem como pela segurança jurídica que é necessária para uma aplicabilidade plena.

CAPÍTULO I – A RESPONSABILIDADE MÉDICA: GENERALIDADES

A perspetiva que se tinha do exercício da medicina era sagrada, pois o médico não desempenhava uma tarefa vulgar. O médico era considerado uma espécie de sacerdote que pertenceria a um grupo de homens sagrados após efetuar juramento, motivo pelo qual era imposto aos profissionais que praticassem a área da medicina que não revelassem os conhecimentos dessa Arte àqueles que não tivessem prestado tal juramento.

Por força desta conjectura a responsabilidade civil do médico nunca foi uma responsabilidade jurídica como hoje a conhecemos. A Medicina procurou e procura atuar e prosseguir objetivos na busca da preservação da saúde humana e longevidade, lutando, por isso, contra a enfermidade, razão pela qual ocorreu desde há uns anos para cá um incremento nas ações de responsabilidade médica¹.

É este o ponto de partida da presente dissertação, visando, no decurso da mesma, alcançar e responder à problemática da responsabilidade médica no âmbito hospitalar público, mormente atento a era digital vivenciada que, forçosamente, colide com esta área tão importante.

Neste ensejo, desenvolver-se-ão os requisitos inerentes à responsabilidade civil, bem como as distinções nesta matéria, concretamente, no que concerne à distinção entre os regimes de responsabilidade civil contratual e extracontratual; a distinção entre responsabilidade civil objetiva e subjetiva; e, por último, mas não menos relevante, proceder-se-á também à distinção entre responsabilidade por factos ilícitos, lícitos e pelo risco.

A responsabilidade civil administrativa é uma obrigação jurídica, que advém de circunstâncias, de factuaisismos², pelos quais a Administração terá de responder, ressarcindo os danos causados aos particulares, no exercício das suas funções administrativas³. Por outras palavras, trata-se de uma obrigação adstrita que o indivíduo tem de reparar os prejuízos causados a outrem⁴, surgindo a responsabilidade como consequência de uma atividade ilícita ou contrária ao direito⁵.

¹ PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, ISBN: 978-972-32-1636-3, pp. 25 e ss.

² FONSECA, Gonçalo – A responsabilidade Administrativa à luz do paradigma da boa administração, com a orientação de Juliana Ferraz Coutinho, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, p. 28 *apud* BASTOS, Matilde de Freitas Barbosa Oliveira – A Responsabilidade Civil administrativa por atos médicos praticados em hospitais públicos do Serviço nacional de Saúde, com a orientação de Juliana Ferraz Coutinho e coorientação da Professora Doutora Rute Teixeira Pedro, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Setembro de 2021. (dissertação de Mestrado).

³ AMARAL, Diogo Freitas do - Curso de Direito Administrativo, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal. 3ª edição, Volume II. Coimbra: Almedina, 2020, ISBN: 978-972-40-7569-3, p. 33.

⁴ VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em geral. 10.ª edição, Volume I. Coimbra: Almedina, 2000, ISBN: 9789724013893, p. 630.

⁵ GIGENA, Júlio I. Altamira - Responsabilidad del Estado. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. 1973., p.45.

Na prática, COLAÇO ANTUNES⁶, refere que a responsabilidade administrativa começou a ser tratada a partir do Acórdão Blanco, datado de 08 de Fevereiro de 1873, do Tribunal de conflitos francês.

Note-se que apesar da existência de figuras jurídicas afins, como é o caso da responsabilidade moral (trata uma responsabilidade no domínio da consciência) e responsabilidade criminal (cuja tutela pertence ao Direito Penal)⁷, o que interessa abordar para o trabalho em apreço é somente a responsabilidade civil.

ESPERANÇA PINA refere que “o médico é responsável pelos seus atos como resultado do exercício da sua profissão, como todo o cidadão”⁸. Pelo que a classe médica não fica indiferente a este conceito.

Neste âmbito, o primeiro problema que se coloca no momento de delimitar uma falta médica é identificar o contexto onde esta pode ter lugar, isto é, o ato médico. Trata-se de um conceito controvertido, sobre o qual, posteriormente, teremos oportunidade de tecer considerações. No entanto, o insucesso de um ato médico, que poderemos chamar efeito adverso, não deriva sempre e necessariamente do erro médico e, como tal, não haverá lugar, nestes casos, à responsabilidade jurídica do médico ou instituição de saúde. Pelo que não se poderá confundir estes dois conceitos: ato médico e efeito adverso, o que desde logo é um dos pontos principais no que concerne à responsabilidade médica.

Em traços gerais, a responsabilidade civil traduz-se naquela que opõe o lesado ao autor do dano, o que no caso concreto diz respeito ao médico e ao paciente, impondo sobre este uma obrigação de reparar os danos causados, desde que tenha atuado de forma ilícita e culposa, com algumas ressalvas que posteriormente merecerão igual atenção.

Neste âmbito, o médico pode incorrer em dois tipos de responsabilidade civil, alvo de escrutínio no âmbito do presente trabalho: responsabilidade contratual – nos casos em que entre o médico e o paciente e o médico foi celebrado um contrato - e extracontratual – decorrente da violação de um dever absoluto, inexistindo um qualquer contrato entre as partes, nomeadamente por se tratar de um serviço pertencente ao SNS -. No que concerne às várias formas relativamente ao título de imputação da responsabilidade civil administrativa a mesma pode tratar-se de uma

⁶ ANTUNES, Luís Filipe Colaço – A Ciência Jurídica Administrativa, com a colaboração de Juliana Ferraz Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2020, ISBN: 9789724049052, pp. 480 e ss.

⁷ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida – Direito das Obrigações. 12.ª edição. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN: 9789724088310, pp. 520-524.

⁸ PINA, Esperança - A responsabilidade dos médicos. 3.ª edição. Lisboa: Lidel, 2003. ISBN: 9789727571956, p. 113.

responsabilidade por factos ilícitos – advém de um delito, que se consubstancia numa conduta reprovada pela ordem jurídica -, por factos lícitos e pelo risco – prescindindo-se de culpa, de reprovação, pelo que se tratam de responsabilidade objetiva, conforme veremos adiante.

Ainda que não existam muitos casos de responsabilidade médica em Portugal que chegam aos Tribunais e, de uma maneira geral, sejam raras as situações em que aqueles decidem a favor do lesado, recentemente a responsabilidade dos médicos tem vindo a alterar o seu desfecho, designadamente porque de há uns tempos para cá os cidadãos - atualmente mais esclarecidos – anseiam e reivindicam a importância de abordar este tema na sociedade numa perspetiva de regeneração, não se amedrontam perante a justiça, razão pela qual é chamado à colação o instituto jurídico capaz de responder a questões prementes como a responsabilização por atos médicos praticados, que será escrutinado no âmbito deste trabalho.

1. Responsabilidade do Estado por atos médicos: uma visão jurisprudencial atual

A procura de jurisprudência atinente a este tema revelou-se crucial para dar início ao trabalho em apreço, descortinando as questões inerentes ao tema partindo de uma perspetiva prática, almejando uma melhor investigação.

Embora, atualmente, o panorama judicial se tenha alterado substancialmente, certo é, porém, que a jurisprudência relativa a prestação de cuidados médicos no SNS, ou seja, atinente a erros médicos ocorridos em hospitais públicos, não é muito vasta. No entanto, teceremos considerações sobre acórdãos que trazemos a juízo.

Chegados aqui, vejamos, primeiramente, dois acórdãos relativos a casos de omissão médica: o primeiro⁹ tem como escopo uma ação de responsabilidade civil por omissão de cuidados médicos. Trata uma ação proposta pelos Autores, em representação do seu filho menor, contra um hospital - o Hospital Maria Pia, no Porto, envolvendo uma multiplicidade de estabelecimentos e profissionais de saúde. Concretamente, a médica em causa tinha um contrato de seguro de responsabilidade civil profissional (com uma empresa interveniente no processo). Pode ler-se neste acórdão que a criança em apreço durante o seu primeiro ano de vida não teve qualquer problema, pelo que viveu normalmente e feliz. No entanto, volvido algum tempo, a criança começou a ser seguida num Centro de Saúde - o Centro de Saúde da Póvoa do Varzim, com um médico de família atribuído. A

⁹ Ac. do STA, datado de 13-03-2012, Proc. n.º 0477/11, Relator Políbio Henriques, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/41626a3d9173b651802579d1002ca983> Consultado em 28.04.2023 (consultado em 28/04/2023).

mãe da criança levou uma carta do hospital onde a criança nasceu, ré nos autos em apreço, para o médico de família, cujo teor se resumia a uma consulta que não foi devidamente marcada apesar da solicitação. Neste sentido, a criança foi reenviada para o Maria Pia, para consulta, onde, nesse hospital, foi posta a hipótese de laringomalácia. Posteriormente, a criança passou a ser seguida no Hospital da Póvoa do Varzim, após crises respiratórias constantes, que provocaram a entrada nas urgências. Mais tarde, teve uma paragem cardiorrespiratória, dando entrada na urgência do Hospital da Póvoa do Varzim, tendo sido transferido para o Santo António. Já neste último estabelecimento hospital, a criança entrou em coma. Foi-lhe detetado um tumor (benigno) na laringe, que lhe impedia a respiração normal, motivo pelo qual foi transferida para o Hospital de Vila Nova de Gaia, onde sofreu várias intervenções cirúrgicas. Mais tarde, a criança voltou para o Hospital de Santo António, onde ficou internada vários dias em coma.

Consequentemente, tornou-se numa criança totalmente dependente dos cuidados de terceiros para sempre.

Importa, no âmbito da análise deste acórdão, que resultou provado que o Hospital Maria Pinha tinha os meios necessários para o diagnóstico, tratamento e cura. Pelo que, o Tribunal a quo afirmou ter ocorrido a violação das *legis artis*, sob a forma de uma omissão, com fundamento na tenra idade da criança, que desde logo exige um acompanhamento profundo da equipa médica, uma vez que não consegue exprimir o que sente, bem como o facto de já ter havido suspeitas da médica relativamente a uma eventual doença da criança, em juízo representada pelos seus progenitores. Ademais, considerou este Tribunal que os papilomas na laringe, se atempadamente detetados, podem ser removidos sem sequelas, pelo que, concretamente, este caso se resume a uma má conduta médica. Desde logo, porque a médica apenas marcou consulta para um ano depois, sem ter investigado devidamente sobre a doença da criança, nem se interessado na evolução da situação. Razão pela qual, a conduta adotada pela médica ficou aquém do que era exigível a um médico razoável, responsável, zeloso, cumpridos.

No que concerne ao segundo e último acórdão relativo a omissão médica trazido a análise, podemos ver, de modo sucinto, por exemplo da decisão do Tribunal Judicial de Viseu¹⁰, que condenou o médico arguido por homicídio negligente, cometido por omissão, em virtude de ter omitido culposamente certos cuidados, incluindo o recurso a meios complementares de diagnóstico, uma vez que, de acordo com os registos clínicos, em cerca de 25 minutos foi

¹⁰ Ac. do Tribunal Judicial de Viseu, datado de 05-02-2005, Proc. n.º 1148/98.5TAVIS, Relator António Cunha, disponível para consulta em: https://www.verbojuridico.net/jurisp/1instancia/liviseu_homicidionegligenciamedica.pdf (consultado em 28/04/2023).

preenchida a ficha, feita a triagem e o atendimento médico. A responsabilidade por omissão não pressupõe necessariamente a total inércia, pois muitas vezes são avaliadas como omissões aquelas situações em que o médico atua de um determinado modo, mas omitindo a conduta exigida pelas *leges artis*, como aqui, neste caso concreto, aconteceu.

Passemos agora à análise de acórdãos relativamente à prestação de cuidados médicos no SNS, concretamente, a erros médicos ocorridos não por omissão, mas por ação.

Neste ensejo, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte¹¹, o Autor intentou a competente ação administrativa comum contra um estabelecimento de saúde público, pedindo a condenação deste último com fundamento na responsabilidade civil extracontratual decorrente do erro médico.

Para o efeito, o Autor alegou que em 03 de Março de 2011 dirigiu-se ao Hospital na sequência de dores de barriga e mal-estar intestinal, bem como outros sintomas, nomeadamente, inchaço abdominal e diarreia, onde, volvidas algumas horas, realizou uma tomografia axilar computadorizada (TAC). Nessa sequência, aquando da introdução, pela enfermeira, do contraste para realizar o exame, o Autor dos presentes autos, sentiu uma dor aguda, tendo a sua mão esquerda começado a inchar. Contudo, e apesar da advertência pelo Autor à enfermeira que a sua mão esquerda estaria a inchar, esta desvalorizou a situação, aplicando apenas uma ligadura médica cobrindo todo o pulso e parte da mão esquerda. Todavia, na madrugada do dia seguinte quando um enfermeiro lhe retirou as ligaduras constataram que o Autor estava a sofrer uma grave queimadura química devido ao extravasamento do contraste. Neste seguimento, foi sujeito a sete cirurgias de modo a evitar a amputação do braço esquerdo e, conseqüentemente, ficou sem força no braço, tem dores permanentes e perdeu quase toda a autonomia que tinha. Em sumo, fundamentou o seu pedido de responsabilidade civil extracontratual alegando que as lesões sofridas decorreram da atuação dos profissionais de saúde ao serviço do Hospital Réu, decorrente do derramamento do líquido de contraste na mão esquerda que lhe causou queimaduras graves, bem como da atuação subsequente do pessoal médico e de enfermagem que desvalorizaram as dores e mal-estar de que estava a padecer, e que levaram a que tivesse que ser submetido a diversas cirurgias. O Hospital, na qualidade de Réu na ação, contestou, invocando, em suma, que todos os procedimentos e regras de arte foram integralmente cumpridos — não foram violadas as *legis artis* e que a Autora havia prestado o “consentimento informado” para a realização do exame,

¹¹ Ac. do TCAN, datado de 30-10-2020, Proc. n.º 02027/12.0BEPRT, Relator Helena Ribeiro, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/9fc8da4097fc39138025861d0043049a> (consultado em 28/04/2023)

donde constam os riscos inerentes à realização do exame, negando, assim, qualquer responsabilidade devida pelos danos ocorridos.

Em 05 de Dezembro de 2013 o TAF do Porto proferiu sentença, julgando a ação parcialmente procedente, condenando o Hospital Réu a pagar à Autora uma indemnização por danos não patrimoniais. Todavia, o Réu interpôs recurso jurisdicional, que, por sua vez, concedeu provimento ao recurso fundamentando que o extravasamento do contraste na execução da TAC constitui um risco inerente ao próprio exame, e que pode ocorrer, mesmo quando os profissionais que o executam e que acompanham a paciente, tenham observado todas as regras da boa execução do mesmo e que, por isso, não resultou provado que nesta matéria os profissionais da ré tenham violado - por ação ou por omissão - as regras da arte, quer na execução da TAC, quer na prestação de cuidados de saúde à Autora, antes e após o extravasamento do contraste.

Cumpre-nos, agora, analisar outro acórdão, datado de 05-11-2021, do Tribunal Central Administrativo Norte¹². O presente acórdão reporta-se a um recurso jurisdicional intentado pelo Autor uma vez que no TAF do Porto foram os Réus – o médico e o centro hospitalar – absolvidos dos pedidos formulados. Vejamos, para que se perceba, o quadro fáctico apurado na decisão recorrida: o Autor do recurso aqui analisado sofre de uma hérnia discal, motivo pelo qual realizou uma consulta no estabelecimento de saúde do segundo ré, tendo-lhe sido aconselhada uma intervenção cirúrgica, o que aconteceu no dia 05 de Fevereiro de 2007. No pós-operatório detetou-se a rouquidão do Autor, tendo-lhe, posteriormente, sido diagnosticada paresia da corda vocal direita. Nesta sequência, temendo uma nova operação, à qual expressamente se recusou, o Autor foi submetido a diversas sessões de fisioterapia, não obstante as mesmas não terem surtido o efeito que pretendia. Aquando da interposição do recurso em análise, o Autor apresenta-se sem melhorias, isto é, continua a sofrer de rouquidão, tendo dificuldade em falar e, quando fala, sente cansaço. Em consequência da intervenção cirúrgica, o A. esteve de baixa médica desde Fevereiro de 2007 até 06 de Janeiro de 2009.

Resultou provado no presente Acórdão que o Autor passou a sofrer de disфонia como consequência da intervenção neurocirúrgica realizada em 05-02-2007, pelo que se deve ter como assente a verificação da lesão invocada nos autos e sua imputação à cirurgia visada nos autos, o que se assume expressamente. No entanto, nestes casos, é necessário que tenha havido uma atuação negligente nos autos, impondo-se, para tal, que a afetação da corda vocal direita do Autor

¹² Ac. do TCAN, datado de 05-11-2021, Proc. n.º 00533/11.3BEPRT, Relator Ricardo de Oliveira e Sousa, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/itcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/f42520419cf9db968025879f005a1895?OpenDocument&Highlight=0,00533%2F11.3BEPRT> (consultado em 28/04/2023).

emergente da cirurgia desenvolvida pelo primeiro Réu traduza a representação de uma conduta ética e subjetivamente censurável. Nesse sentido, convocou-se a perícia-médica e com base nesta, o TCAN, entendeu que rouquidão consubstancia uma lesão pouco associada à cirurgia a hérnias discais, mas que pode ocorrer se não forem tomadas medidas preventivas por parte do médico cirurgião, como sejam, o afastamento tanto possível suave dos órgãos pré-vertebrais e a não coagulação ou o corte de nervos ao longo do acesso cirúrgico. Pelo que, tratando-se o primeiro Réu de um agente profissional, especializado na área em apreço, impunha-se-lhe um tipo de comportamento e cuidado, justificando-se, como tal, a adoção de medidas preventivas.

Assim, da matéria factual assente não resulta qualquer indício de que a atuação do médico Ré tenha sido dirigida diretamente à produção na lesão descrita nos autos. Todavia, exigindo a situação concreto a tomada de medidas preventivas, que não se vieram a demonstrar, considerou o Tribunal Central Administrativo do Norte que, no caso concreto, não foram adotadas as regras de prudência e cuidado exigíveis para a situação apresentada pelo Autor, o que consubstancia uma conduta ética e subjetivamente censurável, na parte em que considera que o médico deve agir segundo as exigências *das leges artis* e os conhecimentos científicos então existentes, atuando de acordo com um dever objetivo de cuidado. Pelo que, foi concedido provimento ao recurso, condenando o segundo Réu.

No presente ano foram também proferidas decisões atinentes a esta matéria cuja apreciação é pertinente.

No Acórdão Tribunal Central Administrativo do Norte¹³, dois Autores, na qualidade de herdeiros, moveram uma ação administrativa contra um estabelecimento de saúde público e três médicos, peticionando a condenação solidária destes no pagamento de uma indemnização com fundamento na responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos corrente de erro médico, na modalidade de erro de diagnóstico.

Para o efeito, alegaram que o falecido recorreu aos serviços de urgência do Hospital, padecendo de fadiga, picadelas nas extremidades dos dedos das mãos, tonturas, distorção da imagem e perda de apetite. Nessa altura, foi-lhe realizado um exame neurológico e um TAC cerebral, cujos resultados foram normais, pelo que foi dada alta com o diagnóstico de possível vertigem periférica e com a recomendação de ser observado novamente caso os sintomas persistissem, o que não tardou a acontecer, pois, volvidos poucos dias, o falecido recorreu

¹³ Ac. do TCAN, datado de 30-06-2023, Proc. n.º 01535/12.8BEPT, Relator: Helena Ribeiro, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/itcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/9b8a757ce8e68231802589ef0030bbe4?OpenDocument&Highlight=0,01535%2F12.8BEPT> (consultado em 13/07/2023).

novamente ao serviço de urgências, tendo-lhe, por essa razão, sido proposto o internamento.

Permaneceu consecutivamente internado até à data em que faleceu. Acontece que no dia que recorreu novamente às urgências, o falecido, queixou-se de falta de forças, fadiga na marcha, tendo sido avaliado na especialidade de cardiologia, onde após a realização de exames específicos, os resultados demonstravam uma falência cardíaca. Todavia, no relatório de urgência nada consta sobre o sucedido. Não obstante ter sido recomendada a repetição do eletrocardiograma, o doente nunca chegou a realizá-lo. Bem como, apesar da insistência do falecido, aquando do internamento, que afirmava não ter força no braço esquerdo, tal queixa nunca foi valorizada pelas rés médica, tendo-lhe sido dada apenas uma mola de mãe para premir e recuperara a força do braço. Perante o paciente e perante a sua esposa, Autora nos autos em análise, após a queixume do paciente, afirmaram que não precisavam de ir consultá-lo pois sabia perfeitamente pelas colegas, as rés médicas, qual a doença que ele tinha, referindo à autora que era do “foro sistémico”, querendo ele dizer com isto, como explicou, que o paciente “tinha o corpo todo contaminado com metástases devido a doença do foro oncológico”, e que esta “pusesse o coração ao largo pois nada mais havia a fazer”.

Ora, nenhum dos médicos, Réus na presente ação, prestou ao doente os cuidados médicos necessários para curar o doente, tanto assim é que lhe prescreveram uma broncofibroscopia, que, após o óbito, e atento a autópsia médico-legal, os peritos médicos concluíram que a morte se devera a enfarte de miocárdio em fase inicial de cicatrização com cerca de 10 a 14 dias de evolução, devido a aterosclerose coronária severa, com obstrução de 80%, com trombose associada, sendo esta a causa de morte natural. Razão pela qual, alegaram que o réus médicos cometaram um erro grosseiro e indesculpável, o erro médico de diagnóstico e tratamento do doente, evidenciando os seus comportamentos negligencia e imprudência médicas e que foram causa adequada do agravamento da doença do paciente e da sua morte, tendo-lhe diagnosticado erradamente um cancro com metástases, sendo certo que o paciente nunca foi canceroso e que a sua morte foi devida a “enfarte de miocárdio em fase inicial de cicatrização com cerca de 10 a 14 dias de evolução, devido a aterosclerose coronária severa, com obstrução de 80%, com trombose associada”.

Assim, o Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto proferiu sentença, condenando o estabelecimento de saúde público, que deu lugar ao recurso de apelação, objeto do presente estudo.

Perante a factualidade descrita, afirmou o Tribunal *ad hoc* que manifestamente não está

em causa uma qualquer atuação dolosa ou intencional, porém, a atuação dos médicos que assistiram o doente não se pode caracterizar como de mera imperícia ou imprudência, antes de negligência, pois, efetivamente, os médicos dispunham de elementos aptos a sustentar uma investigação de doença cardíaca, que passaria pela realização de mais estudos e exames até se encontrar um diagnóstico que permitisse o tratamento adequado do doente, o que não fizeram e também realizaram um exame invasivo – a broncofibroscopia – que, atento o estado de saúde do doente, provavelmente, foi decisório. Pelo que, foi em consequência desse erro de diagnóstico e tratamento cometido pelos médicos do Centro Hospitalar réu que o falecido não recebeu tratamento para doença cardíaca isquémica ou cardiopatia isquémica, de que padecia, e da qual adveio a insuficiência cardíaca aguda secundária, que determinou a sua morte, não havendo dúvida que o erro de diagnóstico e de tratamento foi causa adequada da morte do mesmo.

Assim, os Juizes Desembargadores do Tribunal Central Administrativo do Norte negaram provimento ao recurso interposto e, em consequência, confirmam a sentença recorrida. Fundamentando, em súmula, que a atuação dos médicos que assistiram o falecido, representado em Juízo pela sua esposa e dois filhos, foi descuidada, levando-os a não prestarem a devida atenção aos sinais revelados pelos exames realizados ao doente que estava sob os seus cuidados, que indicavam a existência de doença cardíaca, incorrendo num erro de diagnóstico e, consequentemente, de terapêutica, de que veio a resultar, infelizmente, a morte daquele, uma vez que era exigível aos profissionais médicos que assistiram o paciente que alargassem o leque das hipóteses de investigação face à não confirmação dos diagnósticos que, ao longo do internamento, foram fazendo.

Passemos, agora, à análise do último Acórdão escolhido para apreciação no âmbito do presente subcapítulo.

O Acórdão datado de 10-03-2023, do Tribunal Central Administrativo do Norte,¹⁴ a Ré, inconformada com a sentença proferida, que julgou a ação procedente, interpôs recurso de apelação.

Em súmula, a presente ação foi intentada pela Autora com fundamento em responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito decorrente de erro médico contra um estabelecimento de saúde público. Alegou, para tanto, conforme se pode ler no Acórdão citado, que foi submetida a intervenção cirúrgica, realizada nas instalações e por médicos da Ré, que

¹⁴ Ac. do TCAN, datado de 10-03-2023, Proc. n.º 00029/15.4BEBRG, Relator: Helena Ribeiro, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/itcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/d6652c7320b7a54c80258971004c77a4?OpenDocument&Highlight=0.00029%2F15.4BEBRG> (consultado em 15/03/2023).

consistiu em histerectomia total, da qual se veio a constatar resultar repuxamento dos ureteres, o que lhe causou infeções urinárias, incontinência e necessidade de se submeter a vários tratamentos e outras cirurgias, para correção, o que lhe causou enormes dores, angústias e desgostos, bem como danos de natureza patrimonial. As lesões que sofreu, e que lhe causaram aqueles danos, devem-se a negligência por parte dos médicos da ré, pelo que deve ser esta responsabilizada pelo respetivo ressarcimento.

Neste sentido, o Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, julgou a ação procedente, fundamentando, em síntese, que efetivamente não foram adotadas as regras de *legis artis* adstritas à profissão do médico, bem como, refere ainda na sentença proferida que, se a intervenção cirúrgica de histerectomia tivesse sido realizada com a normal destreza e atenção, não teria havido necessidade das cirurgias posteriores e tratamentos a que a Autora teve de submeter-se.

Todavia, a Ré, inconformada com a douda decisão recorreu da mesma para o Tribunal Central Administrativo do Norte, o qual, no seu entendimento, analisando, além do demais, o vertido na Petição Inicial da Autora, permitiu, sem hesitação, dizer que a mesma não tem virtualidade de responsabilizar a Ré/Recorrente, seja a que título for, entendendo que não estão alegados factos que permitam a procedência do pedido com base na responsabilidade delitual.

Vejamos ainda, neste Acórdão, que foi entendimento do Tribunal *ad hoc*, que no caso da Autora, o repuxamento de ambos os ureteres não se deveu ao descuido, desatenção ou imprudência de ambos os cirurgiões, em simultâneo, mas sim que na respectiva actuação ambos se confrontaram com as mesmas dificuldades, para as quais concorreram as condições anatómicas da própria Autora, que apresentava obesidade, sobredimensão do útero e anterior realização de uma apendicectomia. Ademais, fundamentaram a decisão atendendo também à grande proximidade de ambos os órgãos (bexiga e útero), e a história clínica da Autora, com a realização de uma apendicectomia anterior, bem como ao facto de o repuxamento dos ureteres ocorrido ser uma complicação enquadrável na percentagem de risco de realização da histerectomia.

Deste modo, o Tribunal *ad hoc* entendeu que apenas se exige que o médico assumia um comportamento particularmente diligente, que o exonera de responsabilidade, se o cumprimento requerer uma diligência maior. Ora, segundo consta neste Acórdão, resultou provado que o repuxamento dos ureteres ocorrido é uma complicação enquadrável na percentagem de risco de realização da histerectomia. Pelo que decidiu o Tribunal *ad hoc* pela não conclusão da existência, neste aspeto, de omissão de um comportamento devido, a inobservância das *legis artis*, pelo que

julgou a apelação procedente e, conseqüentemente, revogou a parte decisória da sentença, absolvendo o Réu do pedido.

2. A obrigação do profissional de saúde: obrigação de meios e obrigação de resultado

A obrigação do profissional de saúde enquanto obrigação de meios e/ou de resultado é uma dicotomia imprescindível de ser referida quando o tema em apreço é a responsabilidade civil médica, uma vez que consubstanciam dois conceitos intimamente ligados.

Desde logo, e porque existe no ordenamento jurídico português um sistema dual de responsabilidade civil médica, que diverge consoante o profissional preste a sua atividade num hospital público ou numa clínica privada, este facto promove um grau de dificuldade maior no que concerne à questão da natureza da relação médico-paciente e as suas implicações jurídicas, determinado, assim, que a natureza jurídica do ato médico, que é uma temática bastante delicada, obtenha, por vezes, respostas jurisprudências e doutrinárias paradoxais.

A relação médico-paciente poderá assumir-se como uma relação contratual, quando o contrato entre o profissional e o paciente precede o procedimento médico. Por outro lado, distintamente, a relação entre o médico e o paciente assumirá feição extracontratual justamente quando o exercício da medicina ocorre no âmbito de um estabelecimento público de saúde¹⁵ ou, de um modo menos rigoroso, num hospital público¹⁶ - âmbito do presente trabalho – ante a possibilidade da ação médica de emergência, de inconsciência do paciente, de procedimentos não consentidos¹⁷.

Assim, quanto à questão da natureza da relação e da responsabilidade que se estabelece entre médico e paciente encontramos, na Doutrina, essencialmente três posições: na clínica privada a responsabilidade é puramente contratual e no hospital público é puramente extracontratual; na clínica privada a relação é contratual, enquanto no hospital público é contratual e extracontratual; e, por último, quer na clínica privada quer no hospital público a responsabilidade é, simultaneamente, contratual e extracontratual¹⁸.

¹⁵ Não obstante, estes dois tipos de responsabilidade não são totalmente diversos entre si, uma vez que num mesmo caso podem suscitar-se ambas as modalidades, cfr. VARELA, João de Matos Antunes – Das obrigações em Geral, *op. cit.*, p. 522.

¹⁶ Exercendo a sua profissão neste meio o médico atua no quadro de um vasto sistema de saúde pública, designado por serviço nacional de saúde, pelo que a prestação de cuidados de saúde à população assume assim a natureza de atribuição do Estado, importando, neste sentido, ver o conteúdo do artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁷ No Código Civil, os requisitos e pressupostos dos regimes de responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual encontram-se previstos nos artigos 799.º e 483.º, respetivamente e ainda PEREIRA, André Gonçalo Dias – Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 650.

¹⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias - Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de*

Contudo, independentemente da feição contratual estabelecida entre as partes, a relação entre médico-paciente desde há muito tempo que se vem assumindo como uma mera obrigação de meios nos casos de prestação de cuidados médicos¹⁹, que se traduz numa obrigação de diligência e cuidado.

Neste ensejo, a título de contextualização, a presente diferenciação entre a obrigação de meios e de resultados teve a sua origem na França, operada por DEMOGUE²⁰, a propósito do *Code Civil* francês, uma vez que este civilista tentou superar a colisão entre duas normas do Código Civil Francês relativas à responsabilidade do devedor pelo não cumprimento, designadamente, os artigos 1147.º CC e 1137.º do CC Francês. Desde logo, no que concerne ao primeiro artigo elencado, neste, o devedor responderia pelos danos causados se efetivamente provasse a existência de uma causa estranha e, por outro lado, no segundo artigo referido, o devedor não responderia se não se provasse a existência de culpa nos casos em que a obrigação fosse de conservação da coisa, ou seja, o devedor não responderia pelos danos, salvo se provasse que não atuou com a diligência devida, de acordo com “un bon père de famille”.

No entanto, devido à questão pertinente colocada relativa à feição assumida no âmbito da relação médico-paciente, perante a análise do artigo 1154.º do Código Civil sobre o contrato de prestação de serviços, parece-nos apontar, *prima facie*, para uma obrigação de resultado, uma vez que nesse artigo encontram-se contidas as palavras “certo resultado”. Contudo, para que se perceba o alcance do referido artigo importa contrapor com o artigo relativo ao contrato de trabalho cuja definição encontramos no artigo 1152.º do Código do Trabalho. Deste modo, é perceptível que a expressão “certo resultado” contida no artigo relativo ao contrato de prestação de serviços sugere uma ideia de autonomia do prestador de serviços, contrariamente ao que sucede e consta no artigo que classifica o contrato de trabalho, que o sujeito o trabalhador dependente à “autoridade e direção” do patrono²¹.

Neste sentido, genericamente, a obrigação de meios (ou obrigação de pura diligência, como também é conhecida), prende-se com os casos em que o devedor se obriga a levar a cabo uma conduta diligente, que tendencialmente originará o resultado pretendido, não assegurando, porém, que o mesmo se produza.

Por isso, a relação médico-paciente, assume-se como uma obrigação de meios, que

Coimbra. Vol. 89 (2013), pp. 253-304.

¹⁹ Numa sentença datada de 20 de Maio de 1936 da Cour de Cassation fazia referência à obrigação de meios do médico.

²⁰ DOMOGUE, René - *Traité des obligations en général*, Vol. I. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1921, pp. 538-544, onde refere as “obligation de moyen” e “obligation de résultat”.

²¹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes - *Código Civil: Anotado*. 4.ª edição, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. ISBN: 9789723200379, p. 783.

compreende assim uma obrigação de tratamento, não se comprometendo a cura²². Para tal, o profissional de saúde, vincula-se a empregar todos os meios necessários e adequados no sentido de atingir o melhor resultado possível, procedendo com a máxima diligência e fazendo uso das melhores técnicas e dos mais atuais conhecimentos conhecidos naquela data, não se comprometendo a cura, justamente porque a atividade médica comporta um conjunto de fatores externos, imprevisíveis e incontrolláveis que impossibilitam o médico de assegurar ao paciente um resultado exato²³. Por isso, e conforme referido no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra²⁴, recai sobre o médico “somente a obrigação de empreender todos os meios adequados à obtenção de tal resultado”.

Neste sentido, só com a violação do dever de cuidado avaliado em função de um padrão médio de comportamento, mediatizado pelas referidas *legis artis* é que, independentemente das consequências, mais ou menos graves, para o doente, e numa análise neutra *a posteriori* ao caso concreto, teremos um erro juridicamente relevante, base para um ilícito de natureza pessoal e uma responsabilidade subjetiva.

Por seu turno, cumpre-nos referir as obrigações de resultado, que genericamente são obrigações em que o devedor se obriga à realização de um certo efeito útil em benefício do credor, pelo que o devedor fica adstrito à produção de um certo resultado e, por isso, a verificação do resultado é *condition sine qua non* para o cumprimento ou incumprimento da obrigação²⁵.

Como refere ANTUNES VARELA, a obrigação de resultado é aquela em que “o devedor ao contrair a obrigação, se compromete a garantir a produção de certo resultado em benefício do credor ou de terceiro”²⁶. Neste ensejo, cumpre referir que não obstante a regra geral ser a obrigação de meios, não poderemos deixar de reconhecer casos de exceção em que a intervenção médica assume, indubitavelmente, uma obrigação de resultado.

Nesta senda, tomemos como exemplos, os casos de análises clínicas ou, eventualmente, da colocação de próteses. No que concerne ao primeiro exemplo, entende-se que as modernas técnicas ao dispor do médico biólogo ou analista, asseguram um elevado grau de certeza e

²² FILHO, Sergio Cavaleri – Programa de Responsabilidade Civil. 3.ª edição. São Paulo: Malheiros, reimpressão, 2002, pág. 317 *apud* GONÇAVES, Carla – A responsabilidade médica objetiva // Responsabilidade Civil dos Médicos. Coimbra: Coimbra Editora. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 2005, ISBN 972-1369-9.

²³ O tratamento médico é de natureza aleatória na medida em que, pode resultar, desde logo, em diferentes reações corporais aos mesmos tratamentos.

²⁴ Ac. do TRC, datado de 28-11-2018, Proc. n.º 558/11.9TBCBR.C1, Relator Luís Cravo, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/fafe4982ec02efc08025837c005735eb?OpenDocument&Highlight=0,558%2F11.9TBCBR.C1> (consultado em 28/05/2023).

²⁵ RIBEIRO, Ricardo Lucas - Obrigações de meios e obrigações de resultado. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, pp. 20-21.

²⁶ VARELA, Antunes João de Matos - Das obrigações em geral. 10.ª edição, Vol. I. Coimbra: Almedina, 2000, p. 12.

fiabilidade na obtenção dos resultados pretendidos, não se podendo dizer que se estará dependente da não verificação de qualquer circunstância fora do alcance dos profissionais²⁷.

Outrossim, além destes exemplos, a doutrina majoritária procede à qualificação das intervenções estéticas também como uma obrigação de resultado, contudo, note-se que nem sempre é algo estanque, uma vez que as perspetivas do doente podem não coincidir com a representação do que este fez de si após a intervenção²⁸.

Por essa razão, e, como frequentemente constatamos, o Direito não é como a Matemática, e, como tal, também nesta temática a nossa jurisprudência encontra-se igualmente dividida quanto à sua qualificação, conforme se pode perceber atendendo à análise dos Acórdãos do STJ de 02/06/2015²⁹ e de 17/12/2009³⁰. Trata-se de situações em que o médico estará em condições de prometer ao paciente um determinado resultado, seja ele bom ou mau, designadamente, o resultado da análise do colesterol ou da glicemia, ou a colocação da prótese de uma perna, e em que, consequentemente, poderá ser responsabilizado pela sua imperícia ou pela sua falta de cuidado.

Esta temática, no entanto, revela-se especialmente importante no que concerne ao ónus da prova, pois é nesta temática que a dicotomia obrigação de meios e obrigação de resultado se revela crucial, não obstante as críticas frequentes a esta clássica distinção³¹, perante um caso excecional de obrigação de resultado, em caso de não cumprimento por parte do médico, o paciente terá apenas de provar a ocorrência desse mesmo facto, que inevitavelmente é considerado ilícito, não carecendo de ser provada a culpa, nem a violação dos deveres de cuidado (*legis artis*), uma vez que na responsabilidade contratual a inversão do ónus da prova dá-se como regra por força do artigo 799.º, n.º 1 do CC. Diversamente, perante uma obrigação de meios, a prova do incumprimento do contrato afigura-se mais difícil, uma vez que o lesado tem de provar que o médico não cumpriu com os seus deveres de atuação técnica, não respeitando, por isso, as

²⁷ DIAS, João Álvaro - Procriação assistida e Responsabilidade Médica. Coimbra: Coimbra Editora. Boletim da Faculdade de Direito. Abril de 1996. ISBN: 9789723207347, p. 252.

²⁸ Não obstante a existência de doutrina que rejeita liminarmente a possibilidade de cirurgias estéticas ser um destes casos de exceção, uma vez que o resultado assentará na reação orgânica por parte do paciente, cfr. DIAS, João Álvaro - Procriação Assistida e Responsabilidade Médica, *op. cit.*, p. 253. Veja-se também o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Novembro de 2012, segundo o qual "no contrato de prestação de serviços médicos cirúrgicos, ainda que na vertente de cirurgia estética, o cirurgião assume uma obrig meios". Admitindo, contudo, o caso das operações estéticas como possíveis obrigações de resultado, ALMEIDA, Carlos Ferreira de – Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico. *In* Direito da Saúde e da Bioética. Lisboa: AAFDL, 1996, pp. 79 e ss.

²⁹ Ac. do STJ, datado de 02-06-2015, Proc. n.º 1263/06.3TVPR.T1.S1, Relator Maria Clara Sottomayor, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument> (consultado em 28/05/2023).

³⁰ Ac. do STJ, datado de 17-12-2009, Proc. n.º 3784/15.8T8CSC.L1.S1, Relator Pires da Rosa, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d206ad6794706b18802576a10038d4ec?OpenDocument> (consultado em 28/05/2023).

³¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico, *op. cit.*, pp. 110 e ss.

*legis artis*³².

Neste âmbito, TEIXEIRA DE SOUSA³³ refere, porém, que a obrigação que o médico assume não deve qualificar-se como uma obrigação de meios, mas como uma obrigação de risco ou de resultado aleatório, isto porque “o médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável. Ainda que o médico não possa responder pela obtenção de um resultado, ele é responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento”.

Na perspetiva deste autor, considera plausível a presunção de culpa do devedor estabelecida no art.º 799, n.º 1, do Código Civil no âmbito da generalidade das obrigações contratuais, porém, entende o referido autor que não é uma presunção que se justifique lançar mão no âmbito da responsabilidade médica, essencialmente, porque “a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional, pelo que parece não dever atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato entre esses sujeitos. Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual”³⁴.

Por seu turno, RUTE TEIXEIRA PEDRO³⁵, adota uma posição diversa quanto ao tema, no sentido em que entende vigorar para a responsabilidade médica o princípio geral da culpa, e por isso, se aplica o disposto nos artigos 483.º e 799.º do Código Civil, para a responsabilidade extracontratual e contratual, respetivamente. Ou seja, nesta perspetiva, embora a regra seja a de que ao doente lesado cabe provar a verificação de todos os pressupostos de que depende a responsabilidade civil no caso concreto – ou seja, a ilicitude, na forma da violação das “*leges artis*”, e a culpa, na forma da negligência – casos há em que se deve presumir a culpa do médico, e que são as descritas no n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil, para a responsabilidade

³² Fundado neste raciocínio, há doutrina que defende que a distinção entre a obrigação de meios e de resultado tem vindo a perder a importância em Portugal.

³³ SOUSA, Teixeira de - Sobre o ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica. *In* Direito da Saúde e Bioética, *op. cit.*, pp. 125-137.

³⁴ SOUSA, Teixeira de - Sobre o ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica. *In* Direito da Saúde e Bioética, *op. cit.*, pp. 137 e ss.

³⁵ PEDRO, Rute Teixeira - Da Tutela Do Doente Lesado – Breves Reflexões. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Porto. Disponível para consulta em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RTPedro2008.pdf (consultado em 13/10/2023).

extracontratual, e no artigo 799.º/1 do mesmo diploma, para a responsabilidade contratual, nesta última só sendo linear para as situações em que existe uma obrigação de resultado, ou, em face de uma obrigação de meios, quando (casuisticamente) se entenda que não deve ser afastada.

Não obstante, importa advertir que para caracterizar a obrigação do médico atendendo a esta dicotomia, a mesma não deverá ser feita em abstrato, preterindo a indispensável análise casuística, uma vez que aferir a obrigação em causa não é tão linear à primeira vista quanto possa parecer, pelo que carece de uma decisão atendendo ao caso concreto.

Acerca disto, o Supremo Tribunal de Justiça refere que “a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, importando ponderar a natureza e objectivo do acto médico para não o catalogar aprioristicamente naquela dicotómica perspectiva. Deve atentar-se, casuisticamente, ao objeto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório, para saber se, neste ou naquele outro caso, estamos perante uma obrigação de meios – a demandar apenas uma atuação prudente e diligente segundo as regras da arte – ou perante uma obrigação de resultado, com o que implica de afirmação de uma resposta perentória, indúbia”³⁶, e ainda o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte³⁷ ao referir que “1. Há erros clínicos manifestados pelo seu próprio resultado, relativamente aos quais, pela sua imprevisibilidade e falta de sustentação nos documentos clínicos disponíveis, deve ser significativamente aligeirado o ónus que recai sobre o lesado para demonstração dos requisitos ilicitude e culpa da responsabilidade civil. 2. Estamos perante um desses casos quando, no decurso de uma cirurgia para correção de hipertrofia mamária bilateral, antecipadamente programada e preparada, sobrevêm para a doente (Autora) graves deformidades, consistentes em aréola da mama direita irregular, perda do mamilo esquerdo, aréola da mama esquerda irregular e deformada, cicatrizes hipertróficas e queloides”.

Assim, concluir-se-á pela complexidade inerente a esta dicotomia e pela divergência jurisprudência e doutrinal. Ainda assim, como vimos, da presente dicotomia poderá resultar que o médico estará, em princípio, vinculado a uma obrigação de meios (ou de diligência), empregando a sua ciência para a obtenção da cura do doente, comprometendo-se apenas a encetar todos os esforços, prestando os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo

³⁶ Ac. do STJ, datado de 04-03-2008, Proc. n.º 08A183, Relator Fonseca Ramos, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument> (consultado em 28/05/2023).

³⁷ Ac. do TCAN, datado de 18-11-2016, Proc. n.º 0783/10.0BECBR, Relator João Beato Oliveira Sousa, disponível para consulta em: <http://www.gde.mj.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/77c4d1e2aeca9987802580900043f465?OpenDocument> (consultado em 28/05/2023).

conselhos, cuidados e, principalmente, informações e esclarecimentos, não assegurando que esse resultado se produza, esperando-se apenas um comportamento particularmente diligente por parte do médico permitindo a adoção da terapia mais idónea ao caso concreto.

2.1. A desadequação atual da clássica distinção. Uma categoria “nova” de obrigação do profissional de saúde?

A saúde, enquanto “direito social com assento constitucional”, plasmado na Constituição, gera, nas palavras de ISA ANTÓNIO, uma obrigação que não pode ser negligenciada ou relativizada pelos legisladores e gestores³⁸. Como tal, embora a obrigação do profissional de saúde seja tipicamente classificada como uma obrigação de meios, impõe-se questionar se não se tratará de uma categoria desadequada face aos dias de hoje e a todo o desenvolvimento tecnológico e científico vivido.

Neste sentido e retrocedendo no tempo até ao advento da revolução industrial, a mesma representava uma melhoria significativa das condições de vida, mas também a chegada de um mundo moderno, movido a vapor e repleto de oportunidades. Do mesmo modo, atualmente, a evolução é agora muito mais acelerada e baseada em inteligência artificial, *machine learning*, realidade aumentada e automação. Por esta razão, os desafios que Portugal enfrenta atualmente não terminam na liderança e na indústria.

A saúde é também uma área em transformação por força de toda a era digital vivida, que acarretará, inevitavelmente, uma drástica renovação do sistema e dos seus profissionais. Deste modo, e perante a evolução tecnológica, cumpre-nos questionar a viabilidade de uma terceira categoria relativa à obrigação assumida pelos médicos, uma vez que é possível entender que a tecnologia na medicina tem favorecido a obtenção de diagnósticos e a realização de procedimentos com maior segurança e precisão, reduzindo a possibilidade de erros e aumentando as possibilidades de cura dos pacientes, além dos demais benefícios e malefícios associados.

Neste ensejo, e conforme se viu, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA sustenta que a obrigação assumida pelo médico deve ser qualificada como uma obrigação de risco ou de resultado aleatório, uma vez que o médico obriga-se a mais do que apenas “usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada”, o médico vincula-se a “fazer uso da sua

38 ANTÓNIO, Isa– A crise do Estado social e o direito à saúde: reflexões. In *Direito à saúde: dilemas atuais*. Lisboa: Juruá editorial. 2017. ISBN 9789897124143, pp. 33-64.

ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável (...) ele é responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento”.³⁹

Neste segmento, atento a evolução tecnológica presente, bem como o impacto que a mesma poderá ter na área da saúde, questionar-se-á se efetivamente a obrigação de meios que, regra geral, caracteriza a atuação do médico não se tratará de uma caracterização obsoleta, uma vez que o médico, atualmente, poderá usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada com o auxílio da IA nestes domínios e, por isso, como se estudará, questionar-se-á se não existirão menos probabilidade de erros que justifiquem e convoquem uma categoria nova de obrigação do profissional de saúde.

Assim, não obstante a particularidade de cada caso médico, impõe-se refletir sobre uma terceira categoria que acompanhe o presente, bem como as modificações que aconteceram até então, uma vez que as categorias existentes de obrigações dos médicos serão obsoletas atendendo à evolução tecnológica vivenciada, mormente na área da medicina.

Pelo que, dever-se-á analisar caso a caso a obrigação assumida e os seus contornos específicos, retirando daí a classificação mais adequada, atendendo aos meios encetados, quer humanos, quer tecnológicos.

3. A ética profissional e os critérios de exigibilidade em torno do “ato médico”: as *legis artis*

Em termos conceituais, a responsabilidade civil decorrente da prática de ato médico reveste-se de alguma simplicidade na medida em a obrigação de indemnizar está dependente – qualquer que seja a modalidade da responsabilidade em causa – da verificação de cinco requisitos: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

Porém, a aplicação deste instituto ao caso concreto revela-se, muitas vezes, complexa e delicada, devendo-se, sobretudo, esta complexidade a um dos quatro requisitos inerentes à obrigação de indemnizar: a culpa e determinação desta de acordo com as regras da ciência e da *legis artis*.

FREITAS DO AMARAL distingue as situações em que o facto danoso é um ato jurídico, daquelas outras em que esse facto é uma operação material ou pertence a uma atividade não

³⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de – Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica. In *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: AAFDUL, 1996, p. 126.

jurídica da Administração⁴⁰. Nesta última hipótese devem-se incluir “os atos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde: não são actos jurídicos, mas actos técnicos no exercício de uma determinada profissão de acordo com as prescrições de certa ciência ou arte”⁴¹.

A jurisprudência tem vindo a definir o ato médico como um “ato executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas”⁴².

No que concerne ao critério profissional, é o ato médico o ato praticado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou execução de terapias adequados ao caso concreto, por força do “título habilitante” que lhe permite exercer a profissão de médico⁴³.

O segundo critério mencionado respeita *às legis artis* ou regras da arte médico, que merece cuidadosa análise. Este conceito ganhou grande âmbito com a ratificação da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina, cujo artigo 4.º prevê o valor jurídico das normas técnicas e obrigações profissionais emanadas pela ciência (bio)médica⁴⁴. Anteriormente, não eram mais do que um conjunto de regras constantes no Estatuto da Ordem dos Médicos⁴⁵, Estatuto do Médico⁴⁶, Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁴⁷, bem como em leis específicas que regulam os ensaios clínicos⁴⁸, procriação medicamente assistida (PMA)⁴⁹, exposição a radiações⁵⁰.

Neste ensejo, cumpre-nos explicar o que se entende por *leges artis ad hoc medicinae*. Neste ensejo, melhor explica ISA ANTÓNIO que entende consistir no “conjunto de normas pelas quais o profissional de saúde se deverá orientar no desenvolvimento da sua atividade”, sendo certo que estão adstritas a fatores que influenciam essa mesma atividade. Entendendo, porém, que as *leges artis ad hoc medicinae* podem ser entidades enquanto critério valorativo de correção de um ato médico na medida em que atenta em especificidades como a profissão, o autor, a

⁴⁰ AMARAL, Diogo Freitas do - Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde. In *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: AAFDL, 1991, pp. 121 e ss.

⁴¹ AMARAL, Diogo Freitas do - Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde, *op. Cit.*, pp. 124-126.

⁴² Ac. do STJ, datado de 04-03-2008, Proc. n.º 08A183, Relator: Fonseca Ramos, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/isti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument> (consultado em 02/06/2023).

⁴³ MARTINEZ-CALCERRADA, Luiz [et. al] - Derecho médico – Tratado de Derecho Sanitário, Tomo I. Madrid: Colex, 2001. ISBN 9788478796267.

⁴⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – As declarações de responsabilidade no setor da saúde. A independência das ordens profissionais (re)pensar o direito administrativo. N.º 35. p. 16, disponível para consulta em <https://historia.oa.pt/wp-content/uploads/2022/12/B-OA-n.o-35-FINAL-P-PUBLICACAO.pdf> (consultada em 02/06/2023).

⁴⁵ DL n.º 282/77, de 05 de Julho, que aprova o novo Estatuto da Ordem dos Médicos, instituído pelo Decreto-Lei n.º 29171, de 24 de Novembro de 1938.

⁴⁶ DL n.º 373/79, de 8 de Setembro, que aprova o Estatuto do Médico aplicável a todos os médicos dos serviços públicos.

⁴⁷ Cf. artigo 9.º Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

⁴⁸ Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, que aprova o regime jurídico aplicável à realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano.

⁴⁹ Lei n.º 32/06, de 26 de Julho, que regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA).

⁵⁰ DL n.º 348/89, de 12 de Outubro, que estabelece normas e diretivas de proteção contra as radiações ionizantes.

complexidade de atividade e especialidade, bem como outros fatores relacionados com o paciente, organização hospitalar e sanitária, entre outros⁵¹.

Neste ensejo, ainda que as regras do cuidado cristalizadas nas ‘*leges artis medicinae*’ sejam primariamente consideradas enquanto regras de cuidado, na medida em que visam acautelar e defender os bens jurídicos que a ordem penal considera relevantes, explica FÁRRIA COSTA que “As ‘*leges artis*’ não podem nem devem ser vistas e valoradas ao nível de uma mera regra de cuidado, por exemplo do direito rodoviário.

Dever de cuidado nas palavras de CAVALEIRO FERREIRA “assenta, antes de mais, na prudência, pois a prudência é o modo racional de agir, a *recta ratio aibilium*”⁵².

Assim, o dever objetivo de cuidado é aquele dever que é especialmente resistente às generalizações, isto é, é uma exigência de comportamento que o direito faz, no caso concreto, para salvar aquele bem jurídico.

Para este dever são, assim, relevantes as *legis artis* (métodos e procedimentos, comprovados pela ciência médica, que dão corpo a standard contextualizados de atuação, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica, como os mais adequados e eficazes⁵³), sendo que se houver cumprimento das mesmas, haverá consequentemente também o cumprimento do dever objetivo de cuidado, e vice-versa.

Assim, o conceito de *legis artis* impõe que o médico atue, cumprindo com as técnicas, utilizando os meios que a ciência descreva como mais indicados para o tratamento da patologia em causa, designadas como *legis artis* ou regras de arte, com a diligência específica de um médico médio, tendo em conta os meios que estão ao seu alcance naquele momento e lugar, bem como atendendo aos conhecimentos técnicos adquiridos no decorrer da sua formação.

Neste sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa referiu que “o médico médio será aquele que se rege pelo mesmo padrão de conduta pelo qual se rege o médico sensato, razoável e competente”⁵⁴.

E ainda, por assim ser, a doutrina vem afirmando que: “No campo da responsabilidade civil médica, o médico deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos

⁵¹ ANTÓNIO, Isa - A responsabilidade da Administração Pública por atos médicos. Universidade Católica do Porto, 2008, p.95 (dissertação de Mestrado).

⁵² FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Direito Penal Português (parte geral), Vol. I. Lisboa: Verbo, 1981, ISBN: 9789722201360, p. 515.

⁵³ Ac. do TCAS, datado de 21-11-2013, Proc. No 09361/12, Relator Paulo Pereira Gouveia, disponível para consulta em em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/8a5b8cabd913b3ff80257c2f00379d68?OpenDocument&Highlight=0,09361%2F12> (consultado em 28/05/2023).

⁵⁴ Ac. do TRL, datado de 10-01-2012, Proc. n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, Relator Rui Vouga, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6463449d08f9477d80257989003ce07b?OpenDocument&Highlight=0,1585%2F06.3TCSNT.L1-1> (consultado em 28/05/2023).

compatíveis com os padrões por que se regem os médicos, sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo (...) [exigindo-se-lhe] que atue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo 'ofício' (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias"⁵⁵.

Resta ainda acrescentar que a violação às *legis artis* tanto pode ser cometida em qualquer modalidade de dolo⁵⁶ - que implica, necessariamente, a violação do dever objetivo de cuidado⁵⁷ -, sendo mais frequente na modalidade de dolo eventual, mas também pode ser cometida no âmbito da negligência.

Do ponto de vista prático o processo de responsabilização civil inicia-se com uma queixa efetuada pelo doente lesado e/ou seus familiares e passará forçosamente por fases distintas, designadamente a confirmação e caracterização do dano⁵⁸, a definição e caracterização da conduta médica da qual resultou o dano e o apuramento se essa conduta observou ou não a *legis artis*, apurar o nexo de causalidade entre a conduta e as consequências, o apuramento do elemento subjetivo e se o seu comportamento não foi de acordo com a *legis artis*, e, por último, mas não menos importante, se a responsabilidade deverá ser considerada individual ou solidária. Finalmente, cabe a palavra final ao juiz, depois de ouvidos os pareceres dos técnicos, das testemunhas, do(s) arguido(s), ofendido(s) e/ou assistente(s), vai avaliar e decidir sobre se houve, ou não, infração às *legis artis*.

Assim, um médico cujo comportamento se revele imprudente, negligente, desatento e que não observe os regulamentos⁵⁹ a que se encontra adstrito afasta-se injustificadamente do comportamento que deveria adotar face à obrigação a que se propôs perante o paciente e, por isso, considera-se faltosa a intervenção médica, dado não ser conforme com a *legis artis*, conseqüentemente, agirá o médico com negligência quando por imperícia agiu em desacordo com a *legis artis*, podendo este comportamento ser ativo ou passivo.

Portanto, o ato médico estará eivado de ilicitude quando verificada a inobservância das *legis artis*, mas também das normas legais, regulamentares ou estatutárias, cumuladas com um resultado nefasto no quadro clínico do paciente.

⁵⁵ DIAS, João Álvaro – Culpa medica - algumas ideias-força. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*. Coimbra. ISSN 1647-8630. Número.º5, ano 4 (1995) pp. 21-22;

⁵⁶ CARVALHO, Américo Taipa de - Direito Penal, Parte Geral. 2ª.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, ISBN: 9789723223002, pp. 529-530.

⁵⁷ O dever de cuidado, enquanto conceito a que todos os profissionais médicos estão obrigados, encontra-se estabelecido no art.º 15 do Código Penal.

⁵⁸ O dano pode revestir várias modalidades, mormente pode tratar-se de um dano patrimonial ou não patrimonial.

⁵⁹ PINA, Esperança José António Rebocho - A Responsabilidade dos Médicos. 3ªed..Lisboa: Lidel, 2003, ISBN: 9789727571956, p. 117.

3.1. O desvio às *legis artis*: o erro médico

A Medicina sempre procurou privilegiar e valorizar a singularidade e a determinação na arte de cuidar o doente, vista, portanto, como uma “varinha mágica”, que visa assegurar o inalcançável infinito que, atendendo sobretudo às evoluções tecnológicas, os cidadãos comuns ansiosamente almejam alcançar e que, paulatinamente, tem mudado a consciência das pessoas que compõem a sociedade.

Atualmente, exige-se a intervenção dos médicos em defesa de valores imprescindíveis como a liberdade, a vida e integridade física, deixando o médico de estar imune à crítica e à responsabilidade⁶⁰, como anteriormente vimos estarem.

Cumpre-nos, previamente, distinguir dois conceitos, designadamente, ato médico e erro médico. Como melhor explica ISA ANTÓNIO, ato médico pode ser definido enquanto “toda a atuação direta ou indireta sobre um organismo humano por parte de um médico (ou equipa de médicos), no exercício da sua profissão, para a qual tem o devido título académico de licenciado em medicina e cirurgia”. Por outro lado, erro médico prende-se essencialmente com algum tipo de desconformidade, quer seja por ação ou por omissão, por meio da violação das *legis artis ad hoc medicinae*, enquanto normas que se impõe como mais adequadas segundo a medicina e a ciência⁶¹.

Contrariamente ao que acontecia na época do paternalismo médico, atualmente não existe a relação de grande proximidade entre médico e paciente que caracteriza aquela época. Nos dias de hoje, quando recorremos a um hospital público não conhecemos previamente o médico e constata-se que, devido ao elevado volume de trabalho, os médicos estão mais sujeitos a cometer erros, uma vez que inexistente o cuidado que anteriormente se sentia no diagnóstico, inexistente também um acompanhamento e diálogo com o paciente, o que consequentemente pode “aumentar o risco de situações de erro médico”⁶².

Perante isto, os médicos tendem a adotar uma medicina mais defensiva que ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA define como “práticas médicas realizadas apenas com o objetivo de evitar

⁶⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias - Direitos dos pacientes e responsabilidade médica. Coimbra: [s.n.], 2014. Disponível para consulta em: <http://hdl.handle.net/10316/31524>, p. 27 (tese de doutoramento).

⁶¹ ANTÓNIO, Isa – Os cuidados de saúde transfronteiriços: problemática em torno do “erro médico”. *UNIO – EU Law Journal*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho. ISSN 2183-3435. Vol. 2, n. °2 (Junho de 2016), pp. 171-182. Disponível para consulta em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/download/305/307/595> (consultado em 29/05/2023).

⁶² AMORIM, Ana - A responsabilidade do médico enquanto perito. Lisboa: Petrony Editora, 2019. ISBN: 9789726852735, p. 118.

ações de responsabilidade por má prática ou com o fim de conseguir uma defesa no caso de uma ação ser proposta. Trata-se, portanto, do conjunto de práticas médicas que visa evitar a possibilidade de ações de responsabilidade médica”⁶³.

ÁLVARO RODRIGUES a propósito deste tema refere que “o erro é uma realidade conatural ao próprio exercício da medicina, uma vez que todo o erro é inerente à atividade humana”. Acrescenta este autor que o erro existe com um desígnio, isto é, para se retirar conclusões e se tentar evitar/corrigir futuras situações de erros semelhantes, desde logo, porque, segundo a máxima “*sed diabolicum perseverare*”, será diabólico persistir, constantemente, no mesmo erro⁶⁴.

Nas palavras de GERMANO DE SOUSA, erro médico é concretamente a “conduta profissional inadequada resultante de utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorretas que se revelam lesivas para a saúde ou vida do doente”⁶⁵. Neste ensejo, este Autor procede à distinção entre o erro médico culposo do erro resultante de acidente imprevisível, consequência do chamado caso fortuito capaz de ser previsto ou evitado. Em todo o caso, importa ter presente que pode tratar-se quer de um erro de perceção (exemplo, erro de diagnóstico) ou de um do erro de execução (como é o caso do manuseamento indevido de instrumentos na realização de um ato clínico ou a troca de fármacos).⁶⁶

Neste domínio, também JOSÉ FRAGATA e LUÍS MARTINS ensinam que o erro médico é entendido como “uma falha, não intencional, de realização de uma sequência de actividades físicas ou mentais, previamente planeadas, e que assim falham em atingir o resultado esperado. Sempre que essa falha se não deva à intervenção do acaso”⁶⁷.

Igualmente neste sentido, ISA ANTÓNIO caracteriza o erro médico, bem como as modalidades do mesmo, considerando que relativamente às modalidades do erro médico, apresentam-se como uma panóplia variada “em função da natureza, do agente causador, dos lesados, do momento de surgimento do dano e das formas de ‘concretização’ desse erro”⁶⁸.

Por último, e como muito bem alerta o Juiz Conselheiro ÁLVARO RODRIGUES, o “aspecto essencial do erro médico é a falta de consciência (focal ou marginal) do mesmo, pelo agente, pelo

⁶³ PEREIRA, André Gonçalo Dias - Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁴ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes - Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ / Consentimento do Doente, *Data Venia*. ISSN 2182-6242. Ano 1, N.º01 (Julho-Dezembro de 2012), disponível para consulta em <https://www.datavenia.pt/ficheiros/pdf/datavenia01.pdf> (consultado em 29/05/2023).

⁶⁵ SOUSA, Germano de *apud* RODRIGUES, Álvaro da Cunha - Responsabilidade Médica em Direito Penal (Estudo dos Pressupostos Sistemáticos). Coimbra: Almedina, 2007. ISBN: 9789724031002, p. 291.

⁶⁶ SOUSA, Germano de - Negligência e Erro Médico. Boletim da Ordem dos Advogados. Lisboa. Número 6, pp. 12-14.

⁶⁷ FRAGATA, José e MARTINS, Luís *apud* RODRIGUES, Álvaro da Cunha - Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente, *in Data Venia*. ISSN 2182-6242, Ano 1, n.º 01, Julho - Dezembro 2012, pp. 8 e 9.

⁶⁸ ANTÓNIO, Isa - A responsabilidade médica e o advento da mediação no setor da saúde. *In* Direito à saúde: dilemas atuais. Lisboa: Juruá editorial. 2017. ISBN 9789897124143, pp. 217-246

menos até ao momento em que é praticado, o que, todavia, não significa a ausência da sua previsibilidade abstracta”⁶⁹.

Assim, perante os considerandos expressos, poder-se-á depreender pela dificuldade de encontrar na doutrina uma definição uniforme de erro médico, ainda que as existentes convirjam no mesmo ensinamento, visto que, de uma maneira geral, o erro médico é definido como a conduta profissional inadequada, resultante de utilização de má técnica terapêutica e/ou médica incorreta.

Neste sentido, a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores tem reiteradamente afirmado que um erro médico capaz de desencadear os mecanismos indemnizatórios terá de ser aferido em função da forma como os profissionais agiram no caso concreto, e nunca aferido em função do resultado. Ou seja, terá de se apurar se o ilícito resultou da falta de cuidado, ponderação, uso de meios e conhecimentos técnicos e científicos que eram exigíveis.

A título de curiosidade e para que melhor se perceba a dimensão da problemática do erro médico, visto o erro médico ser muito mais frequente do que aquilo que se pensava, por conseguinte, aprez-nos citar uma frase presente numa obra publicada nos Estados Unidos em 2000: “*xperts estimate that as many as 98,000 people die in any given year from medical errors that occur in hospitals. That's more than die from motor vehicle accidents, breast cancer, or AIDS*”⁷⁰. Neste estudo, realizado em 1999, pelo *Institute of Medicine (IOM)* dos Estados Unidos o erro medico aparece entre a oitava maior causa de morte naquele país, superando casos de acidente de viação, cancro da mama e SIDA.

Neste sentido, existe alguma confusão com a utilização das expressões tão distintas como é o caso do erro médico, a negligência médica, o advento adverso e a chamada violação da *legis artis*.

No concerne ao conceito de negligência médica encontra-se intrinsecamente ligado ao conceito de *legis artis* que supra se abordou, sendo certo que negligência, em termos sintéticos, implica deixar de fazer o que a *legis artis* impunha que se fizesse, agindo, por isso, com culpa ou negligência (cumprindo defeituosamente a obrigação) o médico que, perante as circunstâncias concretas do caso, e face às *legis artis*, tenha ameaçado ou lesado de modo irreversível o direito do paciente à vida ou à integridade física e psíquica do paciente, tendo, por isso, lugar sempre

⁶⁹ RODRIGUES, Álvaro - Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁰ Obra publicada pelo Institute of Medicine intitulada “To Err is Human: Building a Safer Health System” que constitui um relatório apresentado pelo Committee on Quality of Health Care in America, da autoria de três investigadoras. 22 SCHMIDT, EBERHARD, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, p. 138.

que por indesculpável falta de cuidado seu, o médico deixa de aplicar os conhecimentos científicos e os procedimentos técnicos que, razoavelmente, lhe eram de exigir, em função da sua qualidade profissional⁷¹.

Note-se, contudo, que muitos erros podem ocorrer sem que estejam reunidas condições para a negligência, como por exemplo, o caso de um puro erro de diagnóstico. Nestes casos, apesar de o médico se ter obrigado a fornecer ao seu paciente a assistência médica necessária à prevenção, cura, recuperação e ambiciosamente o prolongamento da vida de cada um, empregando os seus conhecimentos técnicos adequados e disponíveis, pode ter interpretado mal os sintomas e até errado nas conclusões e terapia, mas não ter violado qualquer dever de cuidado, se tiver, claramente, solicitado todos os exames que o caso exigia.

Assim, o efeito adverso que pode advir de um ato médico pretende exprimir toda a ocorrência negativa sobrevinda para além da vontade do médico, que acaba por causar algum tipo de dano ao referido cidadão, pelo que, em sede judicial, tem de ser provada a imperícia na arte da técnica para se confirmar efetivamente o erro médico.

Em sede judicial e no caso de violação de *legis artis* deve o ofendido indicar concretamente quais os procedimentos médicos ou atos médicos que foram realizados de forma anómala, atento o quadro clínico do doente, devendo, para o efeito, o ofendido, indicar que consequências negativas foram sofridas pelo mesmo em consequência direta e necessários dos alegados irregulares tratamentos ou atos médicos e, simultaneamente, indicar os meios de prova em que se sustenta para fundamentar tal conclusão, como se pode ver referido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa⁷².

Porquanto, o erro médico só existe quando o médico viola, cumulativamente, a *leges artis* e o dever de cuidado que lhe cabe e pode ser cometido por imperícia, imprudência e negligência ao deixar de fazer o que a *leges artis* impunha que se fizesse.

4. Tipologias de atos médicos

A Lei de Bases da Saúde tem por objetivo definir um quadro jurídico de referência onde estão contidos valores e princípios que asseguram a proteção e promoção da saúde das pessoas

⁷¹ Ac. do STJ, datado de 25-02-2015, Proc. n.º 804/03.2TAALM.LS1, Relator Armindo Monteiro, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/isti.nsf/-/1ECB2E3A863FC82880257DF90039F5EA> (consultado em 28/05/2023).

⁷² Ac. do TRL, datado de 24-10-2018, Proc. n.º 830/14.6T9BRR.L1-3, Relatora Ana Paula Grandvaux, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/itrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/65a6d033a7579be58025838500309f29?OpenDocument&Highlight=0.830> (consultado em 28/05/2023).

e das famílias, cumprindo os princípios constitucionais em que se afirma o primado da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, nos anos noventa, a Lei de Bases da Saúde (Lei 48/90 de 24 de Agosto, entretanto revogada), na sua base XXXII, n.º 2, referiu que “é definido por lei o conceito de ato médico”.

Nessa sequência, em 1999 foi aprovado na Assembleia da República o projeto-lei que definia o conceito de Ato Médico, que acabou por não ser publicado. Por isso, e a verdade é que os Deputados da República não aprovaram uma lei que definisse o conceito de Ato Médico, sentindo, por isso, a doutrina e a jurisprudência, necessidade de esclarecer o que se entende por ato médico. Por conseguinte, definiram o que seriam as boas práticas médicas, comumente designadas por *legis artis*, enquanto conjunto de regras ou procedimento aplicáveis a situações semelhantes, embora sem nunca perderem de vista o caso concreto, constituindo na sua maioria regras não escritas⁷³.

Em Setembro de 2019, finalmente, através do Regulamento n.º 698/2019 da Ordem dos Médicos, são definidos os atos próprios dos médicos e a sua responsabilidade, autonomia e limite, tendo sido reduzida a escrito uma norma legal que define ato médico, devidamente preceituada no artigo 6.º, n.º 1 do referido diploma.

PEDRO RODRIGUEZ⁷⁴, considera que a atividade do médico engloba diferentes tipos de ato, nomeadamente, atos de prevenção, que visam adotar as medidas necessárias para evitar que a doença se verifique; Atos de diagnóstico, com vista a determinar a natureza e origem da doença do paciente, que se verificou dos exames e análises clínicas; atos de prescrição, os quais têm por missão determinar a terapêutica que o paciente deve seguir, após a realização do seu diagnóstico; Atos de tratamento, que se traduzem na execução de medidas idóneas à cura ou melhora do doente; Atos de reabilitação, que supõem todo um conjunto de ações dirigidos ao restabelecimento do paciente (órgão membro) ao seu estado saudável; e, por último, outros atos médicos.

No que concerne à tipologia dos atos médicos, colhemos, para o efeito, a perspetiva espanhola que subdividiu os atos médicos enquanto atos médicos corporais e extracorporais. Quanto aos primeiros subdividem-se, ainda, entre atos médicos corporais diretos e indiretos: diretos porque visam de uma forma direta a cura do doente, nomeadamente, o diagnóstico, tratamento e recuperação; e ainda, atos corporais indiretos, que ao invés de procurar alcançar a cura visam preservar a saúde, incluindo-se neste catálogo, a realização correta de autópsias e

⁷³ Ac. do STA, datado de 13-02-2012, Proc. n.º 0477/11; Ac. do TRL, datado de 16/12/2015, Proc. n.º 1490/09.1TAPTM.LI-3, todos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt.

⁷⁴ *Apud, ibidem*, p. 98.

ecografias, etc. No que concerne aos atos médicos extracorporais, traduzem-se estes, por sua vez, em pesquisas científicas, ensaios clínicos, entre outros cujo ato não implique uma intervenção direta no corpo, como melhor ensina ISA ANTÓNIO⁷⁵.

5. Modalidades de responsabilidade médica e seus pressupostos: análise da LRCEE⁷⁶

Responsabilidade em sentido lato significa “obrigação de responder pelas ações próprias, pelas dos outros ou pelas coisas confiadas”⁷⁷.

A responsabilidade extracontratual por atos de gestão pública nasce de dois fundamentos⁷⁸, designadamente, um subjetivo e um objetivo. O primeiro prende-se com a administração que, na sua atuação, está vinculada e adstrita ao respeito pelos direitos fundamentais dos particulares, conforme prevê o artigo 18.º, n.º1 da CRP, bem como o respeito pelas posições jurídicas subjetivas de cada cidadão, conforme consta no artigo 266.º, n.º1 da CRP. Por outro lado, o segundo, que concerne ao aspeto objetivo, prende-se com o parâmetro supremo que é o princípio da legalidade.

No âmbito da medicina, o ato médico pode acarretar a responsabilização do agente por diversas vias. No entanto, e sem desprimor da aplicação da responsabilidade penal e disciplinar do médico, quer a título individual, quer a título coletivo da equipa médica, no âmbito da dissertação presente, teceremos considerações apenas sobre a responsabilidade civil, mormente, responsabilidade civil extracontratual, não obstante o regime da responsabilidade civil em hospitais públicos ou em clínicas e/ou consultórios privados ser diverso, pelo que merece o nosso escrutínio.

Nesta senda, no que concerne às instituições de saúde públicas e ainda as privadas que hajam celebrado uma relação jurídica de prestação de cuidados de saúde com o doente, aplicar-se-á o regime de responsabilidade civil. Assim, uma parte da doutrina entende enquanto instituto jurídico mais adequado a dar resposta aos litígios emergentes de erros médicos o da responsabilidade civil extracontratual. Não obstante, existem outras posições doutrinárias, como a

⁷⁵ ANTÓNIO, Isa – A responsabilidade do Estado por actos médicos: entre a "présomption de faute" francesa e a "objectivização" espanhola – breve resenha comparativa: uma convergência de regimes?. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*. Porto. ISSN 2182-6994. Vol. 02, n.º 02 (2013), disponível para consulta em <http://hdl.handle.net/10437/3473>.

⁷⁶ Lei de Responsabilidade Civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

⁷⁷ Porto Editora – Responsabilidade no Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, disponível para consulta em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/responsabilidade> (consultado em 14/07/2023).

⁷⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado – Direito Administrativo Geral - Atividade Administrativa, Tomo III. 2.Ed. Portugal: D. Quixote, 2009, ISBN: 9789722036290, p. 484.

de Sinde Monteiro, que preconizam a responsabilidade civil contratual como sendo o instituto mais apropriado, quer se trate de uma instituição pública ou privada⁷⁹.

O escopo do presente trabalho versa sobre a Responsabilidade no Âmbito Hospitalar Público – como o próprio título indica -, razão pela qual cumpre-nos referir que são os tribunais administrativos competentes para julgar os litígios relativos a hospitais públicos e o diploma aplicável para o efeito é a Lei n.º 67/2007, de 31/12, que aprovou o novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas.

Neste ensejo, cumpre-nos indagar as modalidades de responsabilidade médica, nomeadamente, a responsabilidade subjetiva ou por factos ilícitos e a responsabilidade objetiva.

Note-se, porém, antes de passarmos à análise detalhada de ambas as responsabilidades, que na responsabilidade médica, quer a responsabilidade subjetiva, quer a responsabilidade objetiva, coexistem pacificamente.

Todavia, contrariamente a outros países⁸⁰, no nosso sistema a conduta ilícito cometida no seio hospitalar público poderá, como veremos, ser imputada a título, quer objetivo, quer subjetivo.

5.1 Responsabilidade subjetiva ou por factos ilícitos

É pacífico de entender que a presente dissertação pretende circunscrever o nosso estudo à responsabilidade civil dos hospitais e médicos quando o exercício das suas funções se desenvolve no âmbito da função administrativa do Estado, razão pela qual a Lei 67/2007 revela especial interesse para a presente dissertação.

Neste ensejo, a Lei 67/2007 prevê requisitos de responsabilidade civil idênticos aos do direito privado, mais especificamente os que estão plasmados no CC, que se consubstanciam em pressupostos cumulativos⁸¹, merecedores de análise para uma conveniente compreensão daquilo que singularmente os caracteriza ou distingue, são estes designadamente: facto, dano, nexo de causalidade, ilicitude e culpa.

Note-se que estamos no âmbito da responsabilidade subjetiva, tanto do hospital, como do médico, que se caracteriza pelo facto de o lesante apenas responder pelos danos emergentes da

⁷⁹ *Apud* ANTÓNIO, Isa – Os cuidados de saúde transfronteiriços: problemática em torno do “erro médico”, *op. cit.*, p. 179. Disponível para consulta em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/305> (consultado em 14/07/2023).

⁸⁰ Como é o caso da Suécia e Nova Zelândia, por exemplo, cujo modelo de responsabilidade é No Fault.

⁸¹ Deste modo, basta que não se preencha um deles para cair a responsabilidade extracontratual. Não obstante, a falta de um dos pressupostos não afeta o preenchimento de outros tipos de responsabilidade civil, uma vez que a falta de ilicitude não prejudica que possa haver responsabilidade pelo risco ou por factos lícitos.

sua conduta culposa, pelo que é uma responsabilidade necessariamente baseada na culpa. Deste modo, para que este tipo de responsabilidade seja acionado, teremos de estar, forçosamente, perante um facto, ilícito, culposo, danoso e adequado à produção do respetivo dano, ou seja, haver nexo de causalidade.

Por essa razão vejamos singularmente cada pressuposto previsto na Lei 67/2007.

O primeiro pressuposto inerente ao instituto da responsabilidade por factos ilícitos é o facto, que deve ser voluntário, advindo da vontade humana, e que se encontra presente em todas as experiências atinentes à responsabilização da Administração, quer seja facto comissivo ou omissivo. Para efeitos de responsabilidade, deverá ser um ato em sentido próprio⁸².

No caso de um facto que decorra de uma ação poderemos estar perante qualquer tipo de atuação da Administração, mais especificamente do hospital. Por outro lado, no que concerne ao facto que decorre de uma omissão a mesma pode “representar uma situação de inércia ou pura inactividade, como também a falta de acção devida, e, neste sentido, pode falar-se de uma responsabilidade «in omittendo» ou numa responsabilidade «in vigilando»” ou, então, poderá ainda advir como consequência “da ausência de uma actividade jurídica (a omissão da prática de um acto administrativo ou da emissão de uma norma) ou da ausência de uma actividade material (seja ela positiva, ou de fiscalização)”⁸³.

O segundo pressuposto diz respeito ao dano, que se trata da perda ou diminuição de uma vantagem, ou seja, um prejuízo que alguém sofre na sua esfera jurídica por mão de outrem e que é objeto de tutela jurídicas. Ou seja, nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, dano consubstancia uma “diminuição ou extinção de uma vantagem que é objecto de tutela jurídica”⁸⁴. No que concerne ao tema desta dissertação, este pressuposto é crucial, pois é necessário que este se produza para que o erro médico gere responsabilidade e consequente e eventualmente indemnização⁸⁵. Neste pressuposto, importa ter-se em conta a distinção feita pelo direito civil entre danos patrimoniais e não patrimoniais⁸⁶, sendo certo que a própria Lei 67/2007 contém uma cláusula geral de indemnização pelo sacrifício, para danos anormais e especiais⁸⁷.

⁸² FONSECA, Gonçalo Correia – Responsabilidade Administrativa à luz do paradigma da boa administração, com orientação de Juliana Ferraz Coutinho. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, p. 32, (dissertação de Mestrado).

⁸³ CADILHA, Carlos - Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas – Anotado. 2.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 146-147.

⁸⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de - *op. cit.*, p. 29.

⁸⁵ Neste caso, existem, porém, sistemas cujo ressarcimento é superior a outros, nomeadamente a Alemanha, que contempla os danos patrimoniais e não patrimoniais, os emergentes aos meramente cessantes e até danos mediatos. Por outro lado, Espanha, inclui também os danos patrimoniais e não patrimoniais, sendo em contrapartida excluídos os danos futuros.

⁸⁶ Artigo 3.º, n.º3 da Lei 67/2007, que remete para o artigo 496, n.º1 do Código Civil, cujo diploma aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas.

⁸⁷ Artigo 2.º da Lei 67/2007.

Deste modo, no que concerne à obrigação de indemnizar, seja qual for o qualquer tipo de dano em questão, diz a lei a este respeito que a reparação a ser decretada pelo tribunal deverá privilegiar a reconstituição in natura, cabendo ao juiz indagar sobre a possibilidade – ou não – de reconstituição da situação em que o lesado se encontraria caso não tivesse existido o facto ilícito⁸⁸. Todavia, inexistindo tal possibilidade, a indemnização devida será fixada em dinheiro, almejando reparar parcialmente os danos excessivamente onerosos.

Outro pressuposto a analisar é a ilicitude, que se prende com a ofensa material de certos bens jurídicos protegidos em cada Estado ou, por outras palavras, traduz-se num desvalor jurídico (um juízo de valor negativo) associado a uma dada conduta. Pressuposto este que se encontra legalmente previsto no artigo 9.º, n.º1 da Lei 67/2007. Na lei suprarreferida, encontram-se previstas três modalidades de ilicitude⁸⁹, designadamente, por ilegalidade (violação das *legis artis*), por inobservância dos deveres objetivos de cuidado⁹⁰ e por funcionamento anormal do serviço. Neste sentido, no entender de MARCELO REBELO DE SOUSA⁹¹, estamos perante um bloco de legalidade, em que o primeiro se prende com a violação de normas de diferentes hierarquias⁹²; o segundo atinente à violação de regras técnicas; e o terceiro, a violação de deveres objetivos de cuidado. Neste caso, provando-se a ilicitude, presume-se também a negligência médica, sendo certo que a prova da ilicitude, segundo a jurisprudência e doutrina maioritária, caberá ao doente. Certo é que, a modalidade designada por ilegalidade, que se prende, essencialmente, na violação das normas, no escopo tema que nos propusemos tratar, o respeito pelas regras de ordem técnica e deveres objetivos de cuidado “assume importância decisiva (...), pelo que a prova do pressuposto da ilicitude implica a prova da violação das «leges artis», enquanto conjunto de regras técnicas de tratamento e intervenção, assim como de conveniência e idoneidade dos meios, que, segundo a comunidade científica e académica, devem ser adoptadas num caso concreto para o exercício da «arte de curar»”.⁹³ Veremos, porém, mais detalhadamente, que, de acordo com a STA, as *leges artis* “são regras a seguir pelo corpo médico no exercício da medicina. Umas são normas «escritas», contidas em lei do Estado (...) e/ou em instrumentos de auto-regulação (...). Outras na

⁸⁸ Conforme evidencia o artigo 3, nos seus números 1 e 2 RRCEEEP.

⁸⁹ ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE - Artigo 9.º - Ilicitude. *In* Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 240 e ss.

⁹⁰ Trata-se de um conceito definido por JOAQUIM OLIVEIRA, que se traduz num dever de cuidado com a ação necessária e adequada para evitar a produção do resultado típico. Cfr. OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de - O erro médico nas instituições públicas de saúde, com orientação de Filipa Urbano Calvão. Porto: Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2013, (dissertação de Mestrado).

⁹¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado – Direito Administrativo Geral, *op. cit.*, pp. 21 e 22.

⁹² ADNRAGE, Vieira de considera que neste campo se devem incluir as normas internacionais e comunitárias, cfr. ANDRADADE, José Carlos Vieira de – A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra, n.º 3.951, Julho/Agosto 2008, p. 365.

⁹³ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves - Algumas questões sobre responsabilidade civil médica da Administração, CJA, n.º 50, Março/Abril 2005, p. 15.

sua maioria, são «regras não escritas», são métodos e procedimentos, comprovados pela ciência médica, que dão corpo a «standards» contextualizados de actuação, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica, como os mais adequados e eficazes”⁹⁴.

Cumpre-nos, agora, elencar a causalidade, ou nexo de causalidade, enquanto pressuposto de responsabilidade. Ou seja, além da ocorrência de um facto ilícito e culposo e da verificação de danos, terá de ser estabelecida uma ligação entre o primeiro e o segundo. Pelo que, encontra-se subjacente na doutrina e jurisprudência de qualquer Estado, bem como a imputação que, paralelamente ao modo de produção, à ilicitude e culpa, aos danos indemnização e ao nexo de causalidade, os vários ordenamentos jurídicos diferem ainda sobre a imputação dos factos verificados, podendo recair diretamente sobre a própria Administração – com ou sem direito de regresso – ou sobre o concreto titular da função. Certo é que o nexo de causalidade pretende, desta forma, atribuir os danos verificados a um dado facto, e simultaneamente medir e avaliar, os danos a reparar. E neste sentido, a exigência do preenchimento deste pressuposto da responsabilidade civil em apreço resulta do n.º 1 do artigo 7.º e do artigo 8.º do RRCEEEP, na medida em que se referem à imputação dos factos ilícitos aos titulares de órgãos, funcionários e agentes. Para este efeito, a jurisprudência administrativa tem analisado este requisito à luz da teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa. Segundo esta teoria, “o facto que actuou como «condição» do dano só deixará de ser considerado como causa adequada se, dada a sua natureza geral, se mostrar de «todo em todo indiferente» (...) para a verificação do dano, tendo provocado só por virtude das circunstâncias «excepcionais, anormais, extraordinárias» ou «anómalas», que intercederam no caso concreto”⁹⁵

Por fim, enquanto último pressuposto da responsabilidade subjetiva, teremos de abordar a culpa. Nas palavras de RUI MEDEIROS culpa “postula, nos termos gerais, um nexo entre o facto ilícito e a vontade do autor, que permit[e] afirmar que o comportamento adotado merece a reprovação ou censura do direito”⁹⁶. Traduz-se, por isso, na preterição, pelo agente, do padrão de ação exigido pela lei no desempenho da sua conduta. Apraz, no entanto, referir que a RRCEEEP consagra um regime próprio e autónomo de apreciação de culpa, diverso do constante no CC, que altera o critério utilizado em termos práticos para aferição do pressuposto da responsabilidade em

⁹⁴ Ac. do STA, datado de 13-03-2012, Proc. n.º 0477/11, Relator Políbio Henriques, disponível para consulta em: <https://www.dgsi.pt/ista.nsf/35fbfbf22e1bb1e680256f8e003ea931/41626a3d9173b651802579d1002ca983> (consultado em 24/06/2023).

⁹⁵ VARELA, Antunes - Das Obrigações em Geral, 10.ª Ed, Vol. I. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 890- 891

⁹⁶ MEDEIROS, Rui - Artigo 10.º - Culpa. // Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 266.

apreço, designadamente previsto no n.º 1 do artigo 10.º do referido regime⁹⁷.

Assim, trata-se de um juízo de censura, havendo culpa sempre que um funcionário não atue com o dever de cuidado a que se encontra adstrito ou, por outro lado, se omita do dever de diligência ou de zelo que integra o conceito de negligência ou de mera culpa. Neste último caso, o agente não adotou as precauções necessárias para evitar o resultado danoso (culpa consenciente) ou não previu por descuido a possibilidade de o facto ilícito ocorrer (culpa inconsciente).

A culpa, em sentido amplo, abrange quer o dolo quer a negligência (que por sua vez se poderá subdividir em negligência grave ou leve). Em súmula, pode revestir a forma de dolo, que, no fundo, é a conformação do agente com os danos que vai causar (quer dolo direto⁹⁸, dolo necessário ⁹⁹e dolo eventual¹⁰⁰) ou negligência, em que existe violação, consciente ou não, de deveres de cuidado. No caso da negligência, em que existe violação, consciente, ou não, de deveres de cuidado, a mesma pode ser leve ou grosseira, termos devidamente consagrados nos artigos 8.º, n.º 1 e 10.º, n.º 2 da Lei 67/2007, respetivamente, sendo certo que a verificação de qualquer tipo de negligência, leve ou grave, empreendido por um médico (assim como por qualquer outro trabalhador do hospital), será suficiente para fazer despoletar a responsabilidade civil do hospital público. Como tal, bastará que qualquer médico, consciente ou inconscientemente, viole os deveres de cuidado a que se encontra adstrito, para que o utente possa ter direito a ser ressarcido pelos danos que dessa violação advenham.

Para aferir e apreciar a culpa, isto é, aferir atuação do médico e o grau de diligência que lhe é exigível, não se lançará mão do critério civilista do *bonus patter familias*, previsto nos termos do artigo 487.º, n.º 2 do Código Civil. o RRCEEP consagra um critério de apreciação diferente na medida em que este critério civilista será representado pela “diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”, que acabou também por ser acolhido no artigo 10.º, n.º 1 da Lei 67/2007 de 31/12, pelo que “o comportamento do médico será analisado em função da atuação que seria esperada de um médico zeloso e cumpridor”. Nos nossos tribunais, este critério surge da seguinte forma: “Fazer o que razoavelmente é exigível, em termos de padrão médio de comportamento profissional responsável, de forma que outros profissionais colocados

⁹⁷ Segundo o artigo 10.º, n.º 1 do RRCEEP “[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”

⁹⁸ O autor do facto danoso pretende lesar outrem, nos termos do art.º 14.º, n.º 1 do Código Penal.

⁹⁹ O lesante, neste caso, não tem como intenção provocar o resultado danoso, mas com a sua conduta fê-lo, nomeadamente nos casos em que o fez para atingir outro resultado e que para isso tivesse necessariamente de causar aquele dano. Conceito este plasmado nos termos do artigo 14.º, n.º 2 do Código Penal.

¹⁰⁰ Neste caso, o agente não produz o resultado danoso que era da sua vontade, mas conforma-se com o que acabou por ocorrer, conforme prevê o n.º 3 do artigo 14.º do Código Penal.

perante a mesma situação, não fariam (ou não deixariam de fazer) diferentemente”¹⁰¹. Neste sentido, o afastamento do padrão do médico médio traduz a culpa na responsabilidade médica. No caso da prática de atos ilícitos, não será necessário provar a culpa do seu autor, bastando-se provar, para que o hospital seja responsabilizado, a culpa leve do médico¹⁰², podendo este agir negligentemente, independentemente da modalidade. Todavia, o médico para ser responsável em conjunto com o hospital, terá de ter agido com dolo ou negligência grave¹⁰³. Não obstante, a culpa poderá consubstanciar-se na “culpa de serviço”, que representa uma responsabilidade subjetiva mais objetivada, que será uma matéria escrutinada posteriormente no âmbito da presente dissertação, mas que em traços gerais, poder-se-á dizer que existe nos casos em que a culpa se verifica, mas se encontra diluída no seio da organização, como no capítulo terceiro se terá oportunidade de perceber. Por conseguinte, as situações mais frequentes de responsabilidade subjetiva, inclusive com culpa grave, são aquelas que partem de um facto fortuito, ou seja, nos casos em que um dos aparelhos do hospital se avaria por motivos não imputáveis ao médico, que se não for prontamente substituído por inércia do agente, acarretará responsabilidade da sua parte. É, por isso, a culpa um pressuposto crucial, uma vez que neste campo é necessário comprovar a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa do agente, uma vez que o causador do dano só deverá indemnizar se ficar provada a culpa.

Assim, concretamente, a responsabilidade subjetiva ou por factos ilícitos, caracteriza-se na atuação do médico quando age de modo culposos, o que significa ter agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada, uma vez que o médico devia e podia ter atuado de modo diverso¹⁰⁴.

É, outrossim, igualmente importante neste âmbito aludir ao artigo 5.º do RRCEEP, na medida em que determina que o direito de indemnização por responsabilidade civil extracontratual do hospital e do próprio médico prescreve no prazo de três anos, por remissão ao artigo 498.º do CC¹⁰⁵, sendo que, nos termos do n.º 1 do artigo supra referido, o prazo para a propositura da ação terá início a partir da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora possa desconhecer a pessoa responsável pelos danos causados e, ainda, a extensão integral dos

¹⁰¹ Ac. do STJ, datado 22-05-2003, Proc. n.º 03P912, Relator: Neves Ribeiro, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/isti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7aa8c2208c52660080256d420037cef6> (consultado em 24/06/2023).

¹⁰² Artigo 7.º, n.º 1 da Lei 67/2007.

¹⁰³ Artigo 8.º, n.º 2 da Lei 67/2007.

¹⁰⁴ Ac. do STJ, datado de 07-10-2010, Proc. n.º 1364/05.5TBCL.G1, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/isti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2028519f107ac8ae802577b5003a8527?OpenDocument> (consultado em 24/06/2023).

¹⁰⁵ Note-se, neste ensejo, que a prescrição consubstancia um facto que impede o exercício do seu direito pelo utente, pelo que se o mesmo não exercer o direito de que é titular no prazo de três anos, não o poderá fazer posteriormente.

mesmos.

5.2 Responsabilidade objetiva

Como vimos, a aplicação da responsabilidade civil implica em regra um juízo de desvalor da conduta do agente, a verificação de culpa. Contudo, podem verificar-se situações de responsabilidade objetiva, pelo risco ou pelo sacrifício, o que significa não ser necessário comprovar-se a culpa do agente, que é requisito da responsabilidade subjetiva, como já tivemos oportunidade de ver.

Deste modo, se a responsabilidade fosse aceite no domínio da medicina o médico responderia pelos riscos inerentes à sua atividade, uma vez que, conforme vimos, na responsabilidade objetiva não se responsabiliza com base no pressuposto da culpa e, mais do que isso, inclusivamente prescinde-se também da ilicitude da sua conduta.

Concretamente no exercício da medicina, responsabilizar-se um médico atento a modalidade de responsabilidade objetiva poderia originar que os médicos se abstivessem de atuar num sentido ou noutro para não serem condenados.

Não obstante, em certos casos o legislador não cominou em absoluto a responsabilidade objetiva. Caso paradigmático é a responsabilidade pelo risco, consagrada no artigo 11.º da Lei 67/2007, cuja doutrina diverge relativamente aos fundamentos deste tipo de responsabilidade¹⁰⁶.

Nestes casos, e como o próprio preceito refere, a responsabilidade surge quando os danos são resultantes de atividades, coisas ou serviços administrativos perigosos, sendo, por isso, responsáveis pelos seus prejuízos o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público.

Assim, os pressupostos inerentes ao artigo 11.º da Lei 67/2007, são: (1) o caráter de especial perigosidade da atividade, coisa ou serviço¹⁰⁷; (2) a verificação de um dano na esfera jurídica de terceiro; (3) a existência de um nexo de causalidade entre a atuação da entidade pública e o dano¹⁰⁸; (4) a circunstância de o dano se não tornar imputável a um facto de força maior.

Estes são casos excecionais e cuja aplicação só existe nos casos especialmente previstos

¹⁰⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado – Direito Administrativo Geral - Atividade Administrativa, *op. cit.*, pp. 12 e 13.

¹⁰⁷ No que concerne a este pressuposto, existe doutrina que considera que o período deve ser analisado em concreto, tendo em conta o específico funcionamento do serviço, coisa ou atividade em causa, cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de - Direito Administrativo Geral, *op. cit.*, p. 38. Todavia, há doutrina que considera que a análise do risco deve ser feita em abstrato, uma vez que, nestes casos, basta que se prove o nexo de causalidade, dado que aqui não atuam a ilicitude, nem a culpa, cfr. GOMES, Carla Amado – Textos diversos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas. Lisboa: AAFDL, 2010, p. 92.

¹⁰⁸ Vinda do Direito Civil, adotamos, aqui, a teoria da causalidade adequada, segundo a qual o dano é imputável ao facto quando, pela prática deste, fosse de prever, em condições normais, que aquela se verificasse. A doutrina adota a versão negativa desta teoria, valendo a mesma também para as omissões, exigindo-se, neste caso, um juízo de prognose, feito pelo Tribunal, mais concretamente pelo julgador, que se coloca na pele do agente.

na lei, conforme refere o artigo 483.º, n.º 2 do C.C.

Neste sentido, a lei prevê as seguintes situações específicas de responsabilidade objetiva aplicáveis à atividade médica: casos de realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano, nos termos do artigo 15.º, n.º 1 da Lei n.º 46/2004¹⁰⁹, nos casos de doação de órgãos entre vivos, nos termos do artigo 9.º, n.º 2 da Lei n.º 22/2007¹¹⁰; nos casos de responsabilização de um médico, sem culpa, por atos praticados pelos seus auxiliares ou representantes, desde que estes tenham atuado com culpa, quer no âmbito puramente delitual, por força do artigo 500.º do C.C., quer no âmbito de um contrato, por via do artigo 800.º do C.C.¹¹¹; os casos de responsabilidade do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público, nos termos do artigo 11.º da Lei n.º 67/2007.

Assim, na responsabilidade pelo risco estamos perante um funcionamento normal de serviço, pautado por condutas lícitas e diligentes, mas que a atividade em causa faz incorrer em perigos especiais. Pelo que, contrariamente ao que se sucede na responsabilidade subjetiva, nestes casos, os lesados devem ser ressarcidos pelos danos que passarão a suportar na sua esfera jurídica, ainda que não haja lugar a ilicitude ou culpa de quem atuou ou deveria ter atuado¹¹². Outro exemplo em que o médico responde independentemente da culpa refere-se aos casos do artigo 500.º do Código Civil.

Para MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS¹¹³, o artigo em apreço contém a chamada teoria do risco de autoridade e, indiretamente, as teorias da criação do risco (a responsabilidade pelo risco é afastada sempre que existir culpa do lesado ou de terceiro) e do risco-proveito (isto é, o risco é da pessoa coletiva e não dos seus agentes, pois é criado para a prossecução do interesse público, como atribuição daquela).

Por outro lado, há três causas de exclusão da responsabilidade pelo risco, nomeadamente, o caso furtivo, a culpa do lesado e a responsabilidade de terceiro, previstas no artigo 11.º da referida Lei.

No que concerne aos danos ressarcíveis na responsabilidade pelo risco, aplica-se um princípio de ressarcimento total dos danos, quer sejam estes patrimoniais ou não patrimoniais¹¹⁴.

¹⁰⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - Direito das Obrigações, 11.ª Edição, Vol. I. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 375.

¹¹⁰ O n.º 3 deste artigo alude ainda à presunção do nexo de causalidade entre os danos sofridos na saúde do paciente e o ensaio clínico.

¹¹¹ RAPOSO, Vera Lúcia - Do ato médico ao problema jurídico, 1.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2013, ISBN: 9789894000655, p. 31; e PEREIRA, André Gonçalo Dias - Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, *op. cit.*, p. 692.

¹¹² AMORIM, Ana - A Responsabilidade do Médico Enquanto Perito, *op. cit.*, p. 151; RAPOSO, Vera Lúcia - Do Ato Médico ao Problema Jurídico, *op. cit.*, p. 206.

¹¹³ SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado Matos - Direito Administrativo Geral - Atividade Administrativa, *op. cit.*, p. 504.

¹¹⁴ CADILHA, Carlos - O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa. *Revista do Centro Estudos Judiciários*. Lisboa. ISSN 1414-008. 1.º Semestre, n.º 11 (2009), p. 10, disponível para consulta em:

A lei 67/2007 prevê a chamada indemnização pelo sacrifício¹¹⁵.

Como vimos até aqui, o que a responsabilidade objetiva faz é prescindir da averiguação da culpa, pelo que a responsabilidade no decurso de atividade médica somente se relaciona a responsabilidade objetiva em casos excecionais.

Contudo, vimos também que nos casos analisados nem sempre o responsável praticou a atividade suscetível de lesar os sujeitos envolvidos. Neste sentido, e de modo a garantir o pagamento aos lesados pelos danos sofridos, a solução proposta pela lei prende-se com a adoção de um seguro obrigatório.

Concretamente nos casos acima referidos de responsabilidade objetiva, por exemplo, nos ensaios clínicos, a Lei 46/2004, atribuiu ao promotor do ensaio o ônus de arcar com o seguro obrigatório. Já no âmbito das doações de órgãos e tecidos em vida, a Lei n.º 12/93 impôs aos estabelecimentos hospitalares públicos ou privados, consoante o local da colheita, a obrigação de suportar o seguro obrigatório do doador. Deste modo, os profissionais de saúde que atuam nesta área não fazem pesar sobre eles o encargo de suportar o seguro.

Em suma, no que concerne ao seguro obrigatório, este vislumbra ser um mecanismo de proteção que proporciona tranquilidade aos médicos e aos pacientes, uma vez que traz garantias aos pacientes na sua saúde, como também proporciona ao médico uma forma mais tranquila e segura do exercício da sua profissão.

Assim, no âmbito da responsabilidade objetiva, a atuação o médico já não será culposos quando, consideradas as circunstâncias em concreto de cada caso, ele não pode ser reprovado ou censurado por ter atuado como atuou. Neste campo, o médico poderá ser chamado a responder mesmo que se trate de um facto natural, de terceiros ou inclusivamente do próprio lesado¹¹⁶.

A Medicina vai sempre trabalhar com determinadas incertezas que atingem todos os níveis da profissão, desde o início da relação médico-paciente até à escolha do tratamento adequado, não podendo olvidar, porém, que a solução da responsabilidade objetiva, contrariamente à pretérita abordagem de responsabilidade subjetiva, se caracteriza pelo facto de se prescindir da culpa do lesante e, ainda, da ilicitude da sua conduta, motivo pelo qual só aparece em situações de caráter excecional, tendo em conta a específica e peculiar natureza de determinadas atividade.

https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/encontroscsm/06eacsm/6encontroscsm_carloscadilha2.pdf (consultado em 14/04/2023).

¹¹⁵ Artigo 16.º da Lei 67/2007.

¹¹⁶ VARELA, João Antunes - Das Obrigações em Geral, 9.ª edição, Vol. I. Coimbra: Almedina, 1996, ISBN: 9789724009506, pp. 653-739

CAPÍTULO II – A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SAÚDE

1. A revolução tecnológica da Inteligência Artificial na saúde

O mundo atual vive um período de transformação informacional, caracterizado por uma produção e armazenamento em massa de dados gerados continuamente, surgindo, por isso, novos ambientes de informação e comunicação que proporcionam novas formas de interação social.

Neste ensejo, a transposição das características da inteligência humana para processos automatizados desafia inevitavelmente os quadros jurídicos clássicos nas mais diversas áreas, visto que há mais do que suficientes evidências da mudança de paradigma na existência humana, pelo que carecem de ser acompanhadas pelos humanos.

Desde logo, na área da saúde, é flagrante a manifestação da IA, através da existência de robôs médicos e aplicações digitais na área da saúde, especialmente a nível do exercício da prática médica.

A título de contextualização, LEMOS entende que poder-se-á dividir a história do desenvolvimento em três grandes fases, nomeadamente: a fase da indiferença, que se prolonga até à idade média, em que a técnica e a ciência não gozavam de um estatuto privilegiado. A segunda fase para este autor trata a fase do conforto, que corresponde à modernidade, onde a ciência substitui a religião no monopólio da verdade, que até então era o epicentro da vida social. E, por último, a fase da ubiquidade, que compreende a época pós-moderna e a própria cibercultura e que se prende com a fase da comunicação e informação digital¹¹⁷.

Indiscutível é, por isso, que nos dias de hoje a tecnologia faz parte integrante da vida do homem e da sociedade e, nesse sentido. Nesse sentido, SAMIR CHOPRA e LAURENCE F. WHITE¹¹⁸ “*The artificial agent is here to stay; our task is to accommodate it in a manner that does justice to our interests and its abilities*”.

Ora, paulatinamente, a intervenção da IA vem-se imiscuindo no quotidiano do ser humano e, perante esta evolução, assiste-se a uma verdadeira corrida pela supremacia e evolução da IA, assente na premissa de que quem se tornar o líder desta área pode vir a tornar-se o líder do

¹¹⁷ LEMOS, André - Cibercultura: Tecnologia e vida social na cultura contemporânea. Ucrânia: Editora Sulina, 2023. ISBN: 9786557591048, 6557591045.

¹¹⁸ CHOPRA, Samir e WHITE, Laurence F. - A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents. Reino Unido, University of Michigan Press, 2011. ISBN: 9780472051458.

mundo¹¹⁹ e ainda no qual os robôs podem realizar atividades e adotar comportamentos, tais como, conduzir veículos, desativar bombas, oferecer próteses de membros, fabricar, etc, através de uma inteligência que diminui a margem de erro.

Segundo MAFALDA MIRANDA BARBOSA, a realidade encaminha-nos para a existência de máquinas que perante a evolução vivida e indubitavelmente imparável, que desempenham funções que até então eram levadas a cabo pelos seres humanos, aliadas aos avanços da engenharia do cérebro são capazes de originar o surgimento de supercomputadores através dos quais a pessoa poderá manter-se viva para além da própria vida¹²⁰.

No âmbito do Direito Administrativo, nas palavras de ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA¹²¹, são inúmeras as vantagens reconhecidas na utilização de sistemas de IA, nomeadamente, na Administração. Bem assim, destacando-se, logo num primeiro momento, pela relação manifesta com o princípio da boa administração, a importância da aplicação na atividade administrativa de “critérios de eficiência, economicidade e celeridade”¹²².

Outrossim, MIGUEL PRATA ROQUE, chegou à conclusão de que o recurso a meios tecnológicos provocou uma profunda descaracterização da administração pública tradicional, desde logo por força da substituição de um corpo imenso de funcionários de apoio burocrático, bastando-se, atualmente, com um número reduzido de colaboradores encarregues da supervisão da tecnologia colocada ao serviço do procedimento administrativo. Todavia, desta conclusão, não se poderá extrair imediatamente e sem prévia retrospeção que conduza, necessariamente, à redução do número de funcionários indispensáveis à boa garantia do interesse público, mas, sim, extrair-se desta conclusão uma reorientação dos meios humanos para outras tarefas¹²³.

Assim, a tecnologia que, há uns anos, se limitava a uma mera bracelete que permitia contabilizar os passos diários dados por uma pessoa para uma melhor noção e conhecimento do exercício praticado e o do seu – ou não – sedentarismo, atualmente, o *software* utilizado nos *smartwatches*, permite monitorizar continuamente os batimentos cardíacos notificando o utilizador caso haja uma irregularidade preocupante no batimento cardíaco do utilizador do *smartwatch*, através da emissão de um barulho sonoro e/ou acompanhado de uma

¹¹⁹Disponível para consulta em <https://www.linkedin.com/pulse/corrida-pela-supremacia-da-ia-e-auditoria-de-algoritmos-diogo-ramos/?originalSubdomain=pt> (consultado em 28/07/2023).

¹²⁰ BARBOSA, Mafalda Miranda – Inteligência artificial, entre a utopia e a distopia, alguns problemas jurídicos, 1.ª ed. Coimbra: GestIgal, 2021. ISBN 978-989-8951-82-3, p. 14.

¹²¹ SILVA, Artur Flaminio da – Inteligência Artificial e Direito Administrativo, in Direito Administrativo e Tecnologia. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2023. ISBN 9789894014683, pp. 9-16.

¹²² Vide o artigo 5.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

¹²³ ROQUE, Miguel Prata - O Nascimento da Administração Eletrónica num Espaço Transnacional (Breves notas a propósito do projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo). e-Pública. Lisboa. ISSN 2183-184X. N.º 1 (2014), pp. 310 e ss.

vibração persistente. Além dos batimentos cardíacos, o *software* permite ainda controlar o ciclo menstrual, período fértil e analisar a qualidade do sono, emitindo um alerta para o utilizar acordar quando o software considere oportuno.

Porquanto, aqui chegados, cumpre-nos tecer considerações sobre a Inteligência Artificial numa área que nos apraz interesse no âmbito da presente dissertação: a saúde e, mais concretamente, o futuro da responsabilidade na saúde com a utilização de Inteligência Artificial.

A saúde é, desde logo, configurada como um direito humano e como um direito fundamental¹²⁴, pelo que se trata de uma área que encerra em si valores e bens jurídicos fundamentais, bem como uma situação de vulnerabilidade, razão pela qual a saúde é um dos domínios privilegiados para o uso da inteligência artificial e para a sua expansão.

A crescente necessidade de apoiar a tomada de decisões e melhorar o desempenho de diagnósticos e prognósticos têm contribuído para o crescimento e desenvolvimento da IA na área da saúde¹²⁵.

A pandemia devido ao COVID-19 veio acelerar o processo de digitalização de dados e consequente uso de Inteligência Artificial na área da saúde, sendo certo que a medicina foi identificada desde cedo como uma das áreas mais promissoras para a aplicação de sistemas de IA¹²⁶. Desde meados do século vinte os investigadores têm vindo a desenvolver sistemas de suporte para facilitar a decisão clínica através de ferramentas que auxiliam no diagnóstico de doenças e na escolha do tratamento adequado.

Nos últimos anos, a integração da IA e outras tecnologias inovadoras têm desempenhado um papel crucial na melhoria dos serviços de saúde prestados, na precisão dos diagnósticos e promoção de um atendimento mais eficiente, uma vez que se direciona o tratamento em função das características de cada utente. Dessa forma, a visão da medicina de precisão passa por melhorar a rapidez e eficácia dos diagnósticos, evitando a prescrição de terapêuticas desnecessárias, ineficazes e dispendiosas¹²⁷. A nível económico, isso significará uma utilização

¹²⁴ O direito à saúde é proclamado em vários instrumentos universais e regionais de direitos humanos, designadamente, o art.º 25.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o art.º 12.º do Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais, o art.º 35.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Em Portugal, o direito à saúde é consagrado constitucionalmente como direito fundamental, ao abrigo do art. 64.º da Constituição da República Portuguesa, ao qual está inerente a finalidade de equidade no acesso à saúde, dado o carácter universal do direito à saúde.

¹²⁵ GERKE, Sara [et. al.] - Ethical and legal challenges of artificial intelligence - driven healthcare, in BOHR, Adam e MEMARZADEH, Kaveh - Artificial Intelligence in Healthcare. Denmark: Elsevier Inc, 2020. ISBN 978-0-12-818438-7, pp. 295-336. Disponível para consulta em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7332220/pdf/main.pdf> (consultado em 12/10/2023).

¹²⁶ BOHR, Adam e MEMARZADEH, Kaveh -The rise of artificial intelligence in healthcare applications. In Artificial Intelligence in Healthcare. Denmark: Elsevier, 2020. ISBN 978-0-12-818438-7 pp. 25-60. Disponível para consulta em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7325854/pdf/main.pdf> (consultado em 12/10/2023).

¹²⁷ FILIPP, Fabian - Opportunities for Artificial Intelligence in Advancing Precision Medicine. Current Genetic Medicine Reports. ISSN 2167-4876. Vol. 11 (2019), pp. 208-213. Disponível para consulta em <https://link.springer.com/article/10.1007/s40142-019-00177-4#citeas> (consultado em 12/10/2023).

racional e eficiente dos recursos disponíveis, diminuindo o desperdício e custos associados com tratamentos ineficazes e respetivos efeitos secundários¹²⁸.

Por essa razão, os profissionais e gestores de saúde portugueses perspetivam a implementação de ferramentas de IA, como aliados ao exercício da profissão, sendo certo, porém, que se importam em compreender quais as principais motivações e preocupações, que é fulcral para perceber de que forma se deve atuar para potenciar a implementação desses sistemas ao longo dos próximos anos¹²⁹.

E neste sentido, concretamente, no que concerne à área da saúde, são inúmeros os exemplos do uso de IA na área, quer a nível virtual, quer a nível físico, nomeadamente, o virtual, na medida em que corresponde à abordagem informática do *deep learning* para gestão de informação e controlo dos sistemas de saúde, que auxilia nos registos de saúde eletrónicos e permite uma orientação ativa para a tomada de decisões dos médicos nos tratamentos, no sentido de prescreverem com mais eficiência o que melhor se adequam a cada paciente e, por outro lado, o físico que é melhor representado por robôs, que podem assistir o paciente mais idoso ou, no caso mais paradigmático, auxiliar o médico em cirurgias. Há também os nanorobots¹³⁰, que correspondem a um novo sistema de transporte de medicamentos.

Neste ensejo, cumpre-nos enumerar alguns campos onde a IA veio efetivamente revolucionar a área da Saúde: primeiramente, no que concerne aos diagnósticos precisos e rápidos, visto que a IA se tem destacado na interpretação de imagens médicas, como raios-X, ressonâncias magnéticas e tomografias computadorizadas, dado que os algoritmos avançados permitem a deteção precoce de condições médicas e patológicas, promovendo, consequentemente, tratamentos mais eficazes; Em seguida, a IA na prática da saúde permite uma medicina mais personalizada, uma vez que a análise de grandes conjuntos de dados dos pacientes – isto é, big data, como mais tarde teremos oportunidade de estudar – aliada à IA permite a criação de tratamentos personalizados, uma vez que reunirá informações cruciais como informações genéticas e histórico médico que permitiram prescrever um tratamento adaptado às específicas necessidades de cada paciente; A gestão de dados e informações permitirá um acesso mais rápido e eficiente às informações dos pacientes, facilitando a comunicação entre os

¹²⁸ BOHR, Adam e MEMARZADEH, Kaveh -The rise of artificial intelligence in healthcare applications, *op. cit.*

¹²⁹ ASAN, Onur [el. al.] - Artificial Intelligence and Human Trust in Healthcare: Focus on Clinicians. In Journal of Medical Internet Research. Vol. 22, Issue 6 (19 de Junho de 2020). JMIR Publications Inc. Disponível para consulta em <https://www.jmir.org/2020/6/e15154/> (consultado em 12/10/2023).

¹³⁰ Mertz L. Tiny conveyance: Micro- and nanorobots prepare to advance medicine. IEEE Pulse. 2018, disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=8267517> (consultado em 12/10/2023).

profissionais de saúde; A IA veio revolucionar a área da saúde no que diz respeito à prevenção de doenças, na medida em que a IA identifica padrões e tendências em grandes conjuntos de dados, o que facilitará a previsão de surtos de doenças; No que concerne a cirurgias assistidas por robôs é também inegável a revolução trazida à área da saúde, uma vez que a robótica proporciona procedimento mais precisos e menos invasivos, que serão benéficos quer no âmbito da cirurgia, quer no pós-operatório; As aplicações de saúde são também outro fator em que a IA veio revolucionar a medicina, na medida em que existem aplicações cujas funcionalidades são diversas, permitindo o rastreamento de sintomas, bem como lembretes para a medicação não ser esquecida; Por último, cumpre elencar também a impressão 3D trazida pela IA, que em medicina é usada para criar próteses, órgãos artificiais e modelos anatômicos e cuja sua importância é notória quer para fins educacionais, quer cirúrgicos.

Porquanto, perante a panóplia de usos benéficos de IA na área da saúde, o maior impacto da IA na saúde será sempre através da personalização, isto é, deixar de ter um diagnóstico ou um tratamento que é feito com base no que resulta com a generalidade, visto que se o foco consistir em personalizar cada solução a cada pessoa, melhor vai ser o impacto do diagnóstico e do tratamento. Noutros campos, a IA veio revelar-se crucial na área da saúde no que concerne ao ensino¹³¹, investigação mediante simulações que permitem a testagem de medicamentos e tratamentos sem necessidade de experimentação em animais¹³², diagnóstico¹³³, análise de *big data*¹³⁴.

No entanto, impõe-se questionar como se tratará a questão da responsabilidade que eventualmente advier de um erro médico através do uso de Inteligência Artificial, sobretudo no que à identidade dos agentes responsáveis diz respeito. Trata-se de uma realidade que reclama e necessariamente obrigará a revisão dos pressupostos da responsabilidade civil, concretamente a culpa, visto que a imputação do dever de indemnizar a um comportamento censurável é matriz da responsabilidade civil, visto que se o agente que praticar o erro médico se tratar de um agente de Inteligência Artificial, questionar-se-á sobre quem recai a culpa, de modo a não existir uma

¹³¹ Há poucas décadas apenas era possível que os estudantes reconhecessem um sopro clínico através da auscultação, ou seja, somente com a prática clínica. Atualmente não se concebe, uma vez que através de uma mera pesquisa na Internet, concretamente no Youtube, qualquer pessoa com interesse pode ouvir – quantas vezes for necessário – um sopro cardíaco.

¹³² PAPPALARDO, Francesco et al. - "In silico clinical trials: concepts and early adoptions", in Briefings in Bioinformatics, vol. 20, n.º5, 2019, pp. 1699-1708, disponível para consulta em: https://www.watermark.silverchair.com/bby043.pdf?token=AQECaHi208BE490oan9kKhW_Ercy7Dm3ZL_9Cf3qfKAc485ysgAAA0wwgNIBgkqhkiG9w0BBwagggM5MIIDNOIBADCCAv4GCSqGSIb3DQEHATAeBgIghkGZOMEAS4wEQOM8oncBsup1fKZhle_AgEOgILC_yP1CVdz3MC-AnHpaqW02LcWm622-Z3AQe92Cymaug2uV9Js (consultado em 25/09/2023).

¹³³ Nomeadamente, no que concerne ao campo da imaologia, pois a IA permite a análise e interpretação de imagens recolhidas por diversos meios, permitindo avanços no diagnóstico.

¹³⁴ Note-se o destaque de inovação da IA no setor da saúde durante a pandemia COVID-19, utilizando algoritmos para interpretar dados médicos, permitindo uma vigilância epidemiológica.

desresponsabilização dos agentes.

Do mesmo modo, há outro requisito imperativo de ser abordado no contexto da responsabilidade e que acarreta curiosidade no que toca à responsabilidade que recai sobre um erro fruto do uso de IA: o nexo de causalidade, dado que o anonimato que as novas tecnológicas comportam exigirão, convenientemente, a alteração dos critérios tradicionais, que se prendem na identificação do autor da lesão.

Evidentemente, este tema encerra questões cuja pertinência começou já a ser tratada pela Comissão Europeia que publicou no dia 25 de Abril de 2019 um documento de trabalho sobre o tema (Liability for emerging digital technologies – SWD(2018) 137 final). Sinteticamente, e no que importa para a presente dissertação, o documento visou encontrar os desafios que as novas tecnologias colocam à responsabilidade civil, do qual resultaram desafios como: a indagação sobre a bondade da aplicação do conceito de responsabilidade de um vigilante, ou similar, às novas tecnologias, designadamente à inteligência artificial; a decisão sobre se, e em que medida, a possibilidade ou a impossibilidade de evitar o dano interfere com a definição da responsabilidade, considerando, em especial, a autonomia associada às novas tecnologias; a determinação do ónus da prova a respeito da culpa, do defeito ou de outras condições de responsabilidade; a reflexão sobre o alargamento dos danos indemnizáveis aos danos económicos puros e aos danos não patrimoniais; a escolha dos critérios para o exercício do direito de regresso entre os responsáveis; a eventual contratação de um seguro obrigatório de responsabilidade civil, em paralelismo com o regime da utilização de automóveis¹³⁵.

Assim, a IA encerra em si o potencial para produzir benefícios, bem como malefícios, como mais à frente veremos, pelo que se revela crucial que a IA realize efetivamente o seu imenso potencial benéfico e, simultaneamente, não culmine numa distopia aniquiladora dos nossos valores, em que as potencialidades dessa inteligência se sobreponham ao ser humano.

2. Inteligência artificial: concetualização e tipologias

É notória a progressiva incorporação da IA nas mais variadas atividades que o ser humano realiza no seu quotidiano, deixando, assim, de ser uma realidade longínqua. Indiscutivelmente, os

¹³⁵ ANTUNES, Henrique Sousa – “Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: Enquadramento”, *in* Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra. ISSN 2184-4542. Número 1 (2019). Disponível para consulta em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/inteligencia-artificial-e-responsabilidade-civil-enquadramento/> (consultado em 25/07/2023).

vestígios destes sistemas inteligentes são cada vez mais vastos e atuam numa panóplia de áreas, não se cingindo apenas a uma ou outra área, e, assim, a IA não é hoje a mera ficção científica que se perspectivava no passado. Por essa razão, cumpre-nos, primeiramente, proceder à análise sobre a evolução da IA, desde o seu nascimento até aos dias de hoje e abordar as tipologias inerentes à mesma.

Neste sentido, retrocedamos até ao ano de 1666, visto que foi o ano em que os estudos de inteligência artificial tiveram a sua origem, concretamente quando Gottfried Wilhelm Leibniz publicou a sua Tese de Doutoramento intitulada de “*Dissertação sobre a arte combinatória*”, na Universidade de Altdorf, em que defendeu que a humanidade um dia iria criar um instrumento capaz de aumentar o sentido de razão numa amplitude muito superior a qualquer instrumento ótico que auxilie a visão dos seres humanos. Argumentando também Leibniz que futuramente seria possível a criação de uma máquina que auxiliasse o Homem nas suas decisões inerentes ao quotidiano.¹³⁶

Mais tarde, em 1942, Isac Asimov propõe as Três Leis da Robótica, apresentadas pela primeira vez no conto “*Runaround*”, que passam por um *robot* não poder ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano sofra algum dano. Um *robot* deve obedecer às ordens dadas por seres humanos, exceto quando tais ordens entrem em conflito com a Primeira Lei. Isac Asimov, escritor de ficção científica, visou, assim, estabelecer princípios norteadores para a convivência entre os seres humanos e as máquinas inteligentes.

Em 1950 há um importante marco, nomeadamente quando Alan Turing, pioneiro na exploração científica das possibilidades matemáticas da inteligência artificial por meio de um ensaio intitulado “Máquinas Inteligentes”, sugeriu que se conjugassem as informações disponíveis com a razão lógica, promovendo a solução de problemas e colaborando na tomada de decisões.

A expressão Inteligência Artificial remonta aos anos 50 do século XX. O termo foi formalmente criado e desenvolvido por JOHN MCCARTHY em 1956¹³⁷, na conferência de Dartmouth, que sinaliza o nascimento da Inteligência Artificial, tendo concebido uma linguagem computacional específica para desenvolver aplicações de inteligência artificial o LISP, ou seja, apresentou um projeto sobre a forma de abordar através de máquinas as faculdades cognitivas humanas. Na conferência de Dartmouth de 1956, MCCARTHY juntou um conjunto de cientistas, com o propósito

¹³⁶ LEIBNIZ, G. W., “Principi ed esempi della scienza generale”, Scritti di logica, Milano, Mondadori, 2009, p. 121.

¹³⁷ ALAKSHMINATH and DR. MUKUNDSARDA - Digital Revolution and Artificial Intelligence - Challenges do Legal Education and Legal Research, CNLU LJ (2) (2011-2012) *apud* GIRASA, Rosario - Artificial Intelligence and Intellectual Property. Springes International Publishing, 2020. ISBN: 9783030359751.

de resolver o problema da IA, tendo, mais tarde, em 1963 sido publicado um influente livro dedicado a IA.

Mais tarde, entre 1957 e 1974, a Inteligência Artificial dá os primeiros passos, permitindo e originando que distintas agências governamentais custeassem a pesquisa sobre IA, nomeadamente agências do governo dos Estados Unidos.

Numa escala a nível Mundial, entre 1990 e 2000, a IA foi consideravelmente notada, especialmente quando em 1997 o atual campeão mundial de xadrez Gary Kasparov foi derrotado pelo Deep Blue da IBM, que mais não é do que um programa de computador para jogar xadrez¹³⁸.

Mais recentemente não podemos deixar de aludir ao ano de 2005 quando a Boston Dynamics apresentou o robot “*BigDog*” com uma capacidade de deslocação e mobilidade superiores, capaz de se deslocar a locais que os humanos têm bastante dificuldade. Em 2011 a Apple lançou a sua assistente virtual, a Siri, que responde às mais diversificadas questões colocadas pelos humanos. E, ainda, em 2018, ano que marcou o uso da IA em importantes setores da nossa sociedade mais moderna, nomeadamente, no setor automóvel, através da condução autónoma, desenvolvida por empresas como a TESLA.

Neste sentido, dada a introdução progressiva desta forma de inteligência na sociedade, em 2018, a Comissão Europeia, na Comunicação sobre a Inteligência Artificial para a Europa, avançou com a primeira definição de IA: O conceito de inteligência artificial (IA) aplica-se a sistemas que apresentam um comportamento inteligente, analisando o seu ambiente e tomando medidas - com um determinado nível de autonomia - para atingir objetivos específicos. Os sistemas baseados em inteligência artificial podem ser puramente confinados ao software, atuando no mundo virtual (por exemplo, assistentes de voz, programas de análise de imagens, motores de busca, sistemas de reconhecimento facial e de discurso), ou podem ser integrados em dispositivos físicos (por exemplo, robôs avançados, automóveis autónomos, veículos aéreos não tripulados ou aplicações da Internet das coisas).¹³⁹

Mais recentemente, em abril de 2021, o Parlamento Europeu e o Conselho apresentaram uma Proposta de Regulamento de Inteligência Artificial, tendo em vista a harmonização das regras relativas à utilização da IA no mercado interno e nos diversos setores industriais e sociais, e a atenuação dos perigos inerentes a esta nova forma de inteligência.

¹³⁸ ANYOHA, Rockwell - “Can Machines Think?” SITN, Harvard University, 2017 *apud* CUNHA, Gonçalo Batista Ribeiro da - A inteligência Artificial no exercício da função judicial: de juiz humano a juiz robô, *op. cit.*

¹³⁹ COM (2018), 237 final. Disponível para consulta em [https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvke1fm2yd1u0_j9vwik7mlc3gyxp/vknuq8ls10yp/v=s7z/f=/com\(2018\)237_en.pdf](https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvke1fm2yd1u0_j9vwik7mlc3gyxp/vknuq8ls10yp/v=s7z/f=/com(2018)237_en.pdf) (consultado em 26/07/2023).

Analisando a evolução das definições propostas pela União Europeia verifica-se que há uma procura de modo a adaptar-se às novas abordagens e técnicas utilizadas para apresentar o resultado pretendido e atender aos diversos graus de autonomia tecnológica apresentados.

Por outro lado, alguns autores têm vindo também, ao longo dos tempos, a definir IA.

Neste sentido, JOHN MCCARTHY concretiza que IA corresponde à noção de um programa que processa e atua em informação, de tal modo que o resultado é semelhante ao resultado a que uma pessoa inteligente chegaria em resposta a uma entrada de informação semelhante à que foi realizada na IA¹⁴⁰. É, então, a ciência e engenharia de fazer máquinas inteligentes¹⁴¹ e encontra-se diretamente relacionada com a tarefa de utilizar algoritmos para compreender a inteligência humana. E ainda GABRIEL HALLEV¹⁴², que subsume a inteligência artificial em cinco características: capacidade comunicativa, conhecimento interno (de si mesma), conhecimento externo (acerca do mundo), comportamento determinado por objetivos e criatividade (no sentido de explorar vias alternativas de solução quando as vias anteriormente ensaiadas falharem)¹⁴³.

À medida que a IA tem vindo a desenvolver a tomada de decisões e um processo de pensamento próprio, tem também vindo a desenvolver e multiplicar a habilidade de criar. Como tal, atualmente, a IA é capaz de gerar arte, música e trabalhos literários de forma independente dos programadores humanos e dos seus utilizadores¹⁴⁴.

Atendendo a estes exemplos referidos, bem como a inegável evolução, percebe-se a necessidade de regulamentação sobre esta matéria. Neste ensejo, somente a partir de 2018 surgiram os primeiros diplomas e declarações ao nível internacional. Em Agosto de 2018, o Grupo Europeu de Ética na Ciência e Novas Tecnologias da Comissão Europeia publicou a “*Declaração sobre Inteligência Artificial, Robótica e Sistemas Autónomos*”, que visou incentivar o início de um quadro ético e legal¹⁴⁵.

No entanto, os princípios norteadores destes sistemas de IA careciam de ser estabelecidos e, neste sentido, em 4 de dezembro de 2018, aprovada pela Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça, surge a primeira Carta Ética Europeia sobre o uso de Inteligência Artificial nos Sistemas

¹⁴⁰ MCCARTHY, John – “What Is Artificial Intelligence?”. Stanford University, Computer Science Department.

¹⁴¹ MANNING, Christopher - Artificial Intelligence Definition, Stanford University human-centered artificial intelligence. Setembro, 2020, disponível para consulta em: <https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf> (consultado em 28/07/2023).

¹⁴² HALLEV, Gabriel - The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – From Science Fiction to Legal Social Control. Akron Intellectual Property Journal, 2010, pp. 175-176.

¹⁴³ SILVA, Nuno Sousa e - Direito e robótica: uma primeira aproximação. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. ISSN 0873-4860 27. Ano 77, (Jan./Jun. 2017), p. 500.

¹⁴⁴ ACEVEDO, Veronica - Original Works of "Authorship: Artificial Intelligence as Authors of Copyright.

¹⁴⁵ “Declaração sobre Inteligência Artificial, Robótica e Sistemas Autónomos, disponível para consulta em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/dfebe62e-4ce9-11e8-be1d-01aa75ed71a1>.

Judiciários¹⁴⁶, que estabeleceu, pela primeira vez, a nível europeu e global, os princípios substantivos e metodológicos que se aplicam ao tratamento automatizado de decisões judiciais e dados com base na Inteligência Artificial.

Recentemente, em Fevereiro de 2020, surge a publicação do “Livro Branco sobre a Inteligência Artificial: uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança”¹⁴⁷, composto por composta por medidas de desenvolvimento comum e de regulação da IA na União Europeia (UE), apelando aos contributos dos Estados-Membros e sociedade civil, assinalando a necessidade de uma abordagem comum e progressiva da IA no setor publico. No fundo, o Livro Branco propôs a adoção de medidas que se destinam a melhorar a pesquisa e promover a colaboração entre os demais Estados-Membros, com vista à implementação de IA, alertando, no entanto, também para riscos inerentes ao uso das tecnologias dotadas de IA.

Perante toda a evolução vivida, apesar da ausência de regulamentação de Inteligência Artificial, a Comissão Europeia, durante o ano de 2021, propôs um Regulamento da IA, o “*Artificial Intelligence Act*” (AIA) que procurou ser um primeiro quadro jurídico sobre o uso da IA ao nível europeu, que visa categorizar o risco dos sistemas de IA, através de quatro níveis de risco.

Assim, desde a primeira revolução industrial que a utilização de máquinas tem vindo a mudar, mormente, a partir da quarta revolução industrial. A partir dessa data, vivemos numa “Age of Algorithms”, em que as tecnologias como IA, *internet das coisas*, *robots*, realidade virtual e aumentada, *big data*, etc, provocam uma inédita mudança de paradigma.

Porém, não desconsiderando os estudos desempenhados e as conclusões dos mesmos, a questão primordial subsiste: a partir de quando é que podemos considerar um mecanismo como inteligente? O que é que faz uma máquina suficientemente ou artificialmente inteligente para podermos considerar que esta detém de um "sinal de inteligência humana", na medida em que executa tarefas complexas e associadas a seres inteligentes?

De um modo geral, a IA veio alterar notoriamente o paradigma até aqui vivenciado, pois, de um homem dinâmico passamos a um homem passivo, atento as decisões tomadas pelas máquinas através de processos auto suficientes e que, conseqüentemente, acarreta uma substituição das tarefas desempenhadas manualmente; de uma vontade esclarecida passamos a uma vontade adormecida, atendendo às informações partilhadas nas redes sociais, pois, se há uns anos atrás podia ser apontado como problema humanístico a falta de leitura, atualmente,

¹⁴⁶Disponível para consulta em: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

¹⁴⁷ Disponível para consulta em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf

através das redes sociais lê-se particularmente mais, mas com uma informação parca, que, de uma maneira geral, não permite colher o verdadeiro alcance das notícias; a privacidade transforma-se, agora, na publicidade, e neste plano destacou-se o Direito Europeu, com a aprovação do Regime Geral da Proteção de Dados, que se revela crucial uma vez que atualmente a partilha de informação sobre traços pessoais é facilmente e modo deliberado partilhada; o mundo que até aqui era corpóreo reveste-se num mundo praticamente virtual e como exemplo paradigmático podemos apontar as moedas virtuais, bem como a elaboração e execução de contratos inteligentes (*smart contracts*); originando, por sua vez, a que um lesante identificado, seja atualmente um lesante anónimo, atento à fácil manipulação de um conteúdo digital, à falsidade e difusão de informações falsas, a reprodução fraudulenta de imagem ou de voz alheias¹⁴⁸.

Assim, cumpre-nos, neste momento, aludir à tipologia da Inteligência Artificial e, neste domínio, são conhecidas várias qualificações, sendo, porém, a mais comum distinção entre a IA Fraca ou *Artificial Narrow Intelligence* (ANI) e a IA Forte ou *Artificial General Intelligence* (AGI), existindo autores que também falam numa terceira tipologia, a Superinteligência (ASI)¹⁴⁹.

Deste modo, a *Artificial Narrow Intelligence* (ANI) ou “IA Fraca” refere-se a sistemas de IA que só podem realizar uma tarefa específica de forma autónoma, usando recursos semelhantes aos humanos. Ou seja, é um software informático que se foca na realização de uma única tarefa, relacionando uma enorme quantidade de dados com um único propósito ou tarefa. Estes softwares, por estarem ainda distantes das capacidades da inteligência humana são apelidados de “IA Fraca”, pois não podem fazer nada além do que foram programados para fazer. Porém, a ANI foi uma evolução significativa em termos de inovação tecnológica e de IA, permitindo o processamento de dados a um ritmo muito superior a qualquer humano, aumentando a nossa produtividade, eficiência e capacidade de tomada de decisões.¹⁵⁰

Por outro lado, a *Artificial General Intelligence* (AGI), também conhecida por “IA Forte”, refere-se a um software informático que pode pensar e agir por si próprio, e até superar os humanos nas tarefas de inteligência, construindo de forma independentemente várias competências. Este tipo de IA tornará os sistemas de IA tão capazes quanto os humanos, uma vez que detém uma capacidade intelectual semelhante a estes, sendo inclusivamente capaz de passar

¹⁴⁸ ANTUNES, Henrique Sousa – Direito e Inteligência Artificial. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, ISBN 9789725407233.

¹⁴⁹ JAJAL, Tannya D. – “Distinguishing between Narrow AI, General AI and Super AI”, disponível para consulta em <https://medium.com/@tjajal/distinguishing-between-narrow-ai-general-ai-and-super-ai-a4bc44172e22> (consultado em 21.09.2023).

¹⁵⁰ CUNHA, Gonçalo Baptista Ribeiro da - A inteligência artificial no exercício da função judicial: de juiz humano a juiz robot?. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2022, (dissertação de mestrado).

o Teste de Turing.

Além destas classificações, há também autores como NICK BOSTROM que propõem um terceiro nível de IA, ainda superior à AGI, denominado por Artificial Superintelligence (ASI) ou “Superinteligência”¹⁵¹, que, por sua vez, atento o poder intelectual inerente pode representar uma ameaça para a humanidade. A ASI além de replicar a inteligência multifacetadas característica dos seres humanos, detém uma capacidade de memória incomparável, bem como uma capacidade de processamento e análise de dados mais rápidos, aprimorando a capacidade de decisão, razão pela qual, o seu desenvolvimento, pode ameaçar o nosso modo de vida e por isso carece de um controlo rigoroso.

A era atual é vivenciada por dados, por essa razão, o termo IA surge frequentemente acompanhado de termos específicos, que carecem de ser decifrados, uma vez que não são termos familiares aos juristas, mas que se revestem de muita importância, nomeadamente, *big data*, algoritmos, aprendizagem automática, entre outros.

Big Data

Com o *machine-learning*, os computadores, entes inteligentes, IAs, e máquinas não estão mais à mercê da execução e realização de instruções pré-escritas, pois são capazes de chegar a soluções inovadoras e dinâmicas para problemas baseados em padrões de dados que humanos não são capazes de perceber - *black box*, *big data*, etc.¹⁵²

A inteligência artificial está associada não apenas a uma ideia de inteligência “não-humana”, mas também a uma inteligência “sobre-humana”, tendo em conta a sua capacidade de computação, de análise e de celeridade na resolução de problemas¹⁵³.

Um dos conceitos primordiais e indissociáveis ao tema da inteligência artificial é *big data*, que se prende, genericamente, com o conjunto de dados numa escala massiva derivado de múltiplas fontes, bem como compreende as tecnologias e processos envolvidos numa “técnica de

¹⁵¹ De acordo com NICK BOSTROM em “Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies.”, Oxford University Press, 2014, o poder intelectual da IA supera as qualidades humanas, o que inevitavelmente originará uma ameaça.

¹⁵² Black Boxes & Big Datas devem ser entendidas como estruturas internas desconhecidas que estão limitadas às relações de entrada e saída (de dados ou informações), sendo que se apresentam como sistemas fechados de complexidade potencialmente alta.

¹⁵³ Hoje falamos em big data precisamente porque existe a possibilidade de processar grandes volumes de dados, de diferentes tipos e/ou a grande velocidade, o que se deve em boa medida ao uso de inteligência artificial — vd. D. E. O’Leary - “Artificial Intelligence and Big Data”, IEEE Intelligent Systems, vol. 28, n.º 2, 2013, pp. 96-99, disponível em [www.doi.org/10.1109/MIS.2013.39](https://doi.org/10.1109/MIS.2013.39) (consultado em 28/09/2023).

conversão de fluxos de dados num conhecimento altamente específico”¹⁵⁴, nomeadamente, a recolha, o armazenamento e a análise dos dados.

Justamente, *big data*, é, assim, a área do conhecimento, a partir da qual se estuda como tratar, analisar e obter informações, a partir de conjuntos de dados incapazes de ser analisados por sistemas tradicionais, ou, por outras palavras, a partir de algoritmos que extraem padrões, descobrem regularidades e relações.

Internet das coisas (IoT)

O termo *Internet of Things* (ou, em português, Internet das Coisas), doravante IoT, criado por Kevin Ashton em 1999 através de uma palestra para a Procter & Gamble¹⁵⁵ emerge como uma combinação de múltiplas tecnologias com diferentes aplicações.

O primeiro dispositivo considerado como IoT foi criado por JOHN ROMKEY, responsável pela criação de uma torradeira ligada à internet (rede TCP-IP) e controlável através de um computador¹⁵⁶.

Uma vez que a internet pode integrar todos os dispositivos, máquinas, objetos, cidades e/ou infraestruturas surge, consequentemente, a necessidade de os interconectar.

Não há, porém, no âmbito europeu uma definição legal para Internet das Coisas, mas há na literatura especializada diversos conceitos propostos¹⁵⁷, sempre mencionando a conectividade entre objetos, por meio de protocolos de comunicação.¹⁵⁸

O cenário das casas inteligentes é um ótimo exemplo de como a Internet das Coisas permite simplificar as tarefas do dia-a-dia, como por exemplo, a possibilidade de programar o horário de abertura de persianas, controlar remotamente o sistema de aquecimento ou, através de uma aplicação, definir quando é que o aspirador deve iniciar o seu trabalho. O cenário das casas inteligentes é um ótimo exemplo de como a Internet das Coisas permite simplificar as tarefas

¹⁵⁴ LEAL, Ana Alves - Aspectos jurídicos da análise de dados na Internet (big data analytics) nos setores bancário e financeiro: proteção de dados pessoais e deveres de informação, in CORDEIRO, António Menezes; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; DUARTE, Diogo Pereira (coord.), FinTech: Desafios da Tecnologia Financeira. Coimbra: Almedina, 2017, p. 81.

¹⁵⁵ ASHTON, Kevin – “That ‘Internet of Things’ Thing” RFID Journal, disponível para consulta em: <https://www.rfidjournal.com/that-internet-of-things-thing> (consultado em 28/09/2023).

¹⁵⁶ O dispositivo, depois melhorado para incorporar um robô responsável por introduzir o pão, foi apresentado na Interop 89’ Conference com a inovação de ser 100% automatizado por funcionar sem qualquer interação humana.

¹⁵⁷ “IoT is the concept for connecting a device to the Internet and other connected devices.” GOLDSTEIN, Ken - Cyber Beware: IoT Technology Growing Explosively. International Journal for the Data Protection Officer, Privacy Officer and Privacy Counsel, 2019, Vol. 3, N° 6. p. 8.

¹⁵⁸ CAPISIZU, Larisa Antonia - Legal Perspectives on the Internet of Things. Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale. Maio de 2018, p. 524, disponível para consulta em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/cidstue2018&div=55&start_page=523&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (consultado em 07/08/2023).

do dia-a-dia, como por exemplo, a possibilidade de programar o horário de abertura de persianas, controlar remotamente o sistema de aquecimento ou, através de uma aplicação, definir quando é que o aspirador deve iniciar o seu trabalho.

Porquanto, a internet das coisas é um termo utilizado hoje para referenciar dispositivos com a característica de serem interconectáveis de modo a tornar possível a criação de uma rede formada por “coisas” de naturezas diversas, almejando uma interação que simplifique algumas tarefas, permitindo um maior conforto ao utilizador, redirecionando o seu tempo livre para outras atividades e a possibilite a monitorização de todos os sistemas, antecipando assim possíveis problemas.

Algoritmos

A recolha, armazenamento e análise de dados dos conjuntos de dados designados de *big data*, passam, posteriormente, por um processo de aprimoramento, que é levado a cabo por algoritmos, que analisam e interpretam.

A palavra algoritmo é antiga, sendo a sua origem frequentemente associada ao matemático persa Al-Khwarizmi, do século IX. Porém, a noção de algoritmo¹⁵⁹ tem vindo a sofrer transformações, nomeadamente por influência jurisprudencial, destacando-se a decisão da terceira seção do Conselho de Estado italiano - que concebeu a noção de algoritmo tecnológico - no Acórdão n.º 7891, de 25 de novembro de 2021¹⁶⁰.

Na maioria das vezes, os algoritmos utilizados na análise de big data são sistemas de aprendizagem automática (*machine learning*), um vasto subcampo da Inteligência Artificial (doravante, IA).

*Machine learning*¹⁶¹ é, simultaneamente, uma tecnologia e uma ciência que permite ao algoritmo aprender autonomamente, através do método de tentativa e erro, com base na experiência acumulada e nos dados que se encontram no seu sistema,¹⁶² objetivando-se através da identificação de padrões. É um termo descrito por ARTHUR SAMUEL como um “*campo de*

¹⁵⁹ Para uma noção de algoritmo, ver HOFFMANN-RIEM, W. - “Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht”, Archiv des öffentl. Rechts, 142, 2017, p. 2 e ss. Sobre os diversos tipos de algoritmos usados na IA, ver P. Domingos - “The Master Algorithm”, Basic Books, 2015

¹⁶⁰ Ac. n.º 7891 da terceira seção do Conselho de Estado italiano, de 25/11/2021, disponível para consulta em https://www.giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202104698&nomeFile=202107891_11.htm.l&subDir=Provvedimenti (consultado em 30/09/2023).

¹⁶¹ SOUZA, Paulo Vítor - Artificial intelligence and copyright, De Legibus. Lisboa : Universidade Lusófona, N.º 1 (2021) , p. 125-136.

¹⁶² NETO, Nuno Eduardo Freitas Devesa - A inteligência Artificial no seio do Corporate Governance: O impacto da inteligência artificial no órgão de administração das sociedades anónimas. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2021, (dissertação de Mestrado).

*estudo que dá aos computadores a habilidade de aprender sem terem sido programados para tal*¹⁶³.

O *deep learning*, por outro lado, é uma evolução do *machine learning*, uma vez que se utiliza uma rede neural programável que permite que o software tome decisões autónomas. Ou seja, enquanto o *machine learning* usa algoritmos para analisar os dados e tomar decisões com base no que aprendeu, o *deep learning* através da sua estrutura em rede neural consegue aprender e tomar decisões de modo autónomo, sem qualquer auxílio do ser humano.

Os algoritmos de *machine-learning* em que as IAs modernas são comumente produzidas e desenvolvidas, são capazes de aprender através de um volumoso conjunto de dados, sendo que, uma vez que esses dados estão enraizados no sistema da IA, que é autónoma no sentido em que pode tomar decisões individuais sem a direta intervenção do homem, atuando ou operando através dos seus equipamentos automáticos e aprende pelos seus próprios dados e experiência.

Robots humanoides (autonomizados; os “*robots* cirurgiões”)

A ideia de criar máquinas automáticas cuja aparência e atuação se assemelhe a um corpo e ato de um humano e auxilie a atuação destes tem vindo a fascinar a humanidade.

Neste sentido, estamos cada vez mais familiarizados com termos como *robots* humanoides e “*robots* cirurgiões”, que consistem em máquinas autónomas que se assemelham à forma humana, normalmente constituído por um tronco com duas pernas, dois braços e uma cabeça.

Em 1973, na Universidade de Waseda, em Tóquio, Japão, foi desenvolvido o primeiro robô antropomórfico em grande escala, apelidado de WABOT-1, que era capaz de comunicar com uma pessoa em japonês e medir distâncias e direções para os objetos usando recetores externos, ouvidos e olhos artificiais e uma boca artificial. O WABOT-1 andava com os membros inferiores e era capaz de segurar e transportar objetos com as mãos, que usavam sensores táteis.

A partir desta data, muitos outros robôs humanoides foram desenvolvidos e, nos últimos anos, o número de robôs humanoides comerciais cresceu significativamente.

Os robôs humanoides são usados em muitas áreas, uma vez que a aparência física destes provoca mais conforto às pessoas para que possa existir interação entre ambos. Ademais, o facto

¹⁶³ LOCATELLI, Natália – Machine Learning e seu impacto no crescimento de empresas. UNIFOR: 2021. Disponível para consulta em: <https://unifor.br/web/empreender/machine-learning-e-seu-impacto-no-crescimento-de-empresas> (consultado em 30-09-2023).

de os robôs serem constituídos por cabeça, tronco e membros, superiores e inferiores, torna-se igualmente adequado para executar tarefas em ambientes projetados para humanos.

Desta forma, os robôs atuais são autênticas máquinas com propósitos especiais, nomeadamente criados para trabalhar em ambientes específicos e resolver tarefas específicas, tendo vindo a ser desenvolvidos para trabalhar com segurança com humanos, através do corpo humanoide, em qualquer ambiente, nas mais diversas áreas, como, pesquisa científica, entretenimento, direito, saúde, fábricas, etc¹⁶⁴.

Exemplo prático da utilidade dos robôs humanóides na área da saúde é o robô que está a ser usado no Hospital de Santo António do Porto, que nas palavras de AVELINO FRAGA, diretor do serviço de urologia e responsável pelo programa de cirurgia robótica do Centro Hospital Universitário de Santo António¹⁶⁵, ao contrário dos humanos, o robô consegue rodar o pulso em 360 graus, aumentando o nível de segurança e concentração, pois o tremor da mão diminui, aumentando, assim, a precisão do cirurgião.

Softwares (v.g. de gestão clínica; cirúrgicos)

Apesar de só recentemente a computação ter avançado mais no desenvolvimento de softwares de inteligência artificial, o conceito de IA é bastante antigo. Atualmente, diversas aplicações que usam IA foram desenvolvidos.

Neste sentido, CHRIS HOWARD¹⁶⁶, vice-presidente de pesquisa de uma consultadoria norte-americana de nome Gartner, após uma pesquisa, aponta que o número de empresas que implementaram IA nos seus processos cresceu 270% desde 2016. Segundo HOWARD, em 2012 a implementação de IA era rara, “apenas 10% dos participantes da pesquisa relataram que suas empresas haviam implantado a IA ou o fariam em breve”. Em 2019, esse número aumentou para 37%.

Assim, nos dias de hoje, e perante a inegável (re)evolução tecnológica a IA pode ser útil para a criação de um negócio, bem como orientar e auxiliar um negócio já existente, usando, para

¹⁶⁴ ASADA, Minoru; MACDORMAN, Karl F.; ISHIGURO, Hiroshi and KUNIYOSHI, Yasuo – “Cognitive developmental robotics as a new paradigm for the design of humanoid robots”, in *Robotics and Autonomous Systems*, ISSN 0921-8890, Volume 37, 2001, pp. 185–193, disponível para consulta em [https://doi.org/10.1016/S0921-8890\(01\)00157-9](https://doi.org/10.1016/S0921-8890(01)00157-9) (consultado em 01/10/2023).

¹⁶⁵ SILVA, Estela – Cirurgias com robot no Hospital de Santo António reduzem infeções e complicações. *Diário de Notícias/Lusa*. Lisboa. Março de 2023, disponível para consulta em: <https://www.dn.pt/sociedade/cirurgias-com-robot-no-hospital-de-santo-antonio-reduzem-infecoes-e-complicacoes-15952807.html> (consultado em 03/10/2023).

¹⁶⁶ “Gartner Survey Shows 37 Percent of Organizations Have Implemented AI in Some Form”. Disponível para consulta em <https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2019-01-21-gartner-survey-shows-37-percent-of-organizations-have> (consultado em 09/10/2023).

o efeito, diversas tecnologias e ferramentas, nomeadamente, softwares.

Um software de IA nada mais é do que um programa utilizado dentro do campo de estudo de Inteligência Artificial, que se prende, resumidamente, numa aplicação que pode ser um sistema que replica a inteligência humana para a resolução de problemas complexos.

Existem, assim, softwares de IA relacionados com as mais diversas áreas, nomeadamente, com a área do áudio, que transcrevem ligações telefónicas e áudios de vídeos; com a área da gestão, que entre muitas funções, existem softwares capazes de gerar relatório de dados complexos com maior praticidade para as empresas, bem como outros que autonomizam a revisão de documentos legais, tornando-os mais compreensíveis e úteis aos funcionários; no que concerne à segurança digital, existem vários softwares que visam investigar e identificar facilmente as ameaças digitais, evitando ataques cibernéticos, existindo ainda muitos mais softwares do que os elencados para as mais diversas áreas.

3. A experiência comparada da utilização da IA na saúde: benefícios e problemas detetados

Como vimos, é incontornável a progressiva incorporação da IA. De facto, a área da saúde não ficou indiferente a este fenómeno, procurando conciliar o melhor dos dois mundos, promovendo, com a utilização da IA, uma melhor qualidade na prestação de cuidados de saúde a custos mais reduzidos.

Por essa razão, na medicina, o impacto da inteligência artificial gera muita esperança e entusiasmo devido aos seus potenciais benefícios. Um fluxo de trabalho melhor e mais organizado permitiria que médicos com a auxílio das aplicações com IA compensassem as suas diferentes e complementares deficiências de forma a aumentarem a segurança do doente e a eficiência clínica.

INÊS MARGARIDO refere que “o impacto da IA na área da saúde pode verificar-se em três níveis: para os profissionais de saúde, predominantemente por potenciar uma interpretação de imagens mais rápida e precisa; para o sistema de saúde, melhorando o fluxo de trabalho e reduzir o erro médico; e para o paciente, permitindo-lhes o processamento da sua própria informação para promover saúde”¹⁶⁷.

Assim, e uma vez que a procura e o uso da robótica nas plataformas médicas e cirúrgicas crescem vertiginosamente, também o aumento da utilização de robôs em cirurgias assistidas

¹⁶⁷ MARGARIDO, Inês Tomás Marques Martins – A medicina do futuro nos dias de hoje: Aplicação da Inteligência Artificial. Lisboa: Universidade de Lisboa. Março de 2020. Disponível para consulta em <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/46808/1/InesTMargarido.pdf> (consultado em 03/10/2023), (Trabalho Final Mestrado Integrado em Medicina).

permitiu uma maior integração da tecnologia moderna com a medicina. Exemplo paradigmático é a laparoscopia, que tem vindo a tornar-se cada vez menos invasiva devido aos procedimentos robóticos, que permitem uma diminuição das cicatrizes, e o tempo de hospitalização dos doentes¹⁶⁸. Outro exemplo interessante é o uso de robôs helicoidais que eliminam um coágulo sanguíneo, através de uma fricção mecânica, guiados por ultrassom¹⁶⁹.

De todo o modo, pesa embora estes exemplos consigam persuadir-nos sobre o potencial e excelente desempenho dos robôs nestas cirurgias, urge não esquecer que outros trabalhos são melhor exercidos por humanos. Neste ensejo, cumpre-nos referir que a IA comporta também algumas limitações e desafios na área da saúde, mormente em matéria de desigualdade e não discriminação.

Neste sentido, a Organização Mundial de Saúde elenca como uma das prioridades urgentes para esta década, precisamente, “tornar os cuidados de saúde mais justos”¹⁷⁰. Ademais, a aplicação robusta de IA pode reduzir a eficácia clínica e causar erros médicos adicionais, atento a ausência de clareza e transparência acerca da forma como estes algoritmos chegam às suas conclusões e, perante tais erros, questionar-se-á sobre quem recai a responsabilidade.¹⁷¹

Concretamente, para que se percebam algumas limitações inerentes à utilização de sistemas dotados de IA, ANDREW NG¹⁷² enumera alguns problemas detetados, nomeadamente, um gerador de respostas automáticas a *e-mails* criou a resposta “amo-te” a um colega de trabalho; um *robot* de recolha de peças automóveis agarrou e matou um homem; um programa de *software* de identificação de imagens classificou pessoas negras como gorilas; uma aplicação médica classificou doentes com asma como tendo um menor risco de morrerem de pneumonia; um *software* de filtragem de conteúdos para adultos não conseguiu remover totalmente o conteúdo inapropriado, expondo crianças a conteúdos sexuais e violentos, entre muitos outros exemplos.

E ainda no que concerne às fragilidades dos sistemas, designadamente na área da saúde, ALVIN RAJKOMAR [et al.] ilustram disparidades causadas por sistemas de *machine learning* com um algoritmo construído para a monitorização de risco de necessidade de cuidados intensivos, ou

¹⁶⁸ PETERS, B.S., ARMIJO, P.R., KRAUSE, C. [et al.] - Review of emerging surgical robotic technology. Surg Endosc 32, 1636–1655 (2018), disponível para consulta em: <https://doi.org/10.1007/s00464-018-6079-2> (consultado em 12/10/2023).

¹⁶⁹ KHALIL, Islam [et al.] - Mechanical rubbing of blood clots using helical robots under ultrasound guidance. IEEE Robot Autom Lett. 2018, disponível para consulta em: <https://research.utwente.nl/en/publications/mechanical-rubbing-of-blood-clots-using-helical-robots-under-ultr> (consultado em 12/10/2023).

¹⁷⁰ Urgent health challenges for the next decade, 13 de janeiro de 2020, disponível para consulta em www.who.int/news-room/photo-story/photo-story-detail/urgent-health-challenges-for-the-next-decade (consultado em 12/10/2023).

¹⁷¹ GILVARY, Coryandar [et al.] - The Missing Pieces of Artificial Intelligence in Medicine. Trends in pharmacological sciences, 40(8), 555–564. 2019, disponível para consulta em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31277839/> (consultado em 11/10/2023).

¹⁷² Inteligência Artificial, Harvard Business Review – Visões Fundamentais. Lisboa: Actual Editora, 2020, ISBN: 9789896944889, p.91.

seja, sistemas de inteligência artificial que alertam para a necessidade de transferir os pacientes para uma unidade de cuidados intensivos nas seis horas subsequentes. Contudo, o algoritmo nem sempre terá razão, uma vez que pode apresentar falsos negativos e, por outro lado, falsos positivos.

Outrossim, aponta-se como exemplo um caso concreto num hospital norte americano em que um robô foi usado no âmbito da medicina, isto é, foi um robô através de um vídeo que comunicou a um paciente de idade avançada – que se encontrava na unidade de cuidados intensivos, acompanhado pela família – que inexistiam probabilidades de sobreviver. Todavia, não tardaram a existir defeitos inerentes àquela comunicação, dado que o sistema de vídeo padecia de falhas técnicas inerentes à tecnologia que, associado à má condição de audição da qual padecia o idoso em apreço, resultaram numa má percepção pelo mesmo do que lhe havia sido transmitido, manifestando, neste caso, uma clara substituição do médico humano pelo médico robô e uma impessoalidade que DIANA COUTINHO, MARISA BARROS e SOFIA RODRIGUES caracterizaram – e bem, no nosso entendimento – um desrespeito pelo princípio da beneficência e pela dignidade humana¹⁷³.

Por essa razão, não poderá haver lugar a uma autonomia total e plena dos sistemas de IA, pois a decisão será sempre do profissional de saúde. Podendo, em determinados casos, que suceder eventualmente um risco de discriminação resultante da interação entre as pessoas e os próprios sistemas de IA, por exemplo, se um sistema apresentar uma quantidade superior de falsos positivos para um determinado grupo de pessoas (por exemplo, de uma certa etnia), tal facto poderá levar os profissionais de saúde a desvalorizarem os alertas relativos a pessoas dessa etnia, com prejuízo para a qualidade da assistência que lhes é prestada¹⁷⁴.

Pelo que, como vimos, a utilização de IA na área da saúde poderá tornar os cuidados de saúde mais eficientes, acelerar e reduzir erros no diagnóstico, ajudar os pacientes a gerir a sua própria doença e contribuir para a diminuição do preconceito e erro humano, mas, por outro lado, erros e vieses enigmáticos podem prejudicar numerosos doentes ao mesmo tempo e, com isso, piorar as disparidades de saúde em grande escala, pelo que urge reconhecer a fragilidade destes sistemas, a importância de definir as estruturas corretas para a sua utilização e a necessidade de garantir um rigoroso controlo de qualidade, incluindo a supervisão humana, para evitar que se caminhe na direção de resultados inesperados, indesejados e prejudiciais.

¹⁷³ COUTINHO, Diana, BARROS, Marisa, RODRIGUES, Sofia – Direito e Medicina: Novos e velhos desafios na comunicação de más-notícias: uma perspectiva médico-legal. // *E.Tec Yearbook- Health Law and Technology*. 2019, p. 128.

¹⁷⁴ ALVIN RAJKOMAR [et al.] – “Ensuring Fairness in Machine Learning to Advance Health Equity”. // *Annals of Internal Medicine*, Vol. 169, n.º 12, 2018, pp. 866-872, disponível para consulta em: [www.doi.org/10.7326/M18-1990](https://doi.org/10.7326/M18-1990) (consultado em 11/10/2023).

4. Principais riscos e perigos para o utente do Serviço Nacional de Saúde (SNS) resultante da IA.

O direito à saúde é um direito civilizacional, que sempre existiu e cujo objetivo sempre foi restituir ao Homem um equilíbrio perdido, almejando, por consequência, equilibrar a própria sociedade¹⁷⁵.

Assim, com vista a assegurar a efetivação do direito fundamental dos cidadãos à proteção da saúde, a nossa Lei Fundamental, a Constituição da República Portuguesa prevê a criação de um sistema de saúde universal, geral e tendencialmente gratuito¹⁷⁶ e, por essa razão, o médico inserido nesse sistema terá um papel social público.

Em Portugal foi criado, no ano de 1979, o Serviço Nacional de Saúde¹⁷⁷, para dar resposta a tal exigência constitucional. Faz parte integrante, segundo a Lei de Bases da Saúde, do Sistema de Saúde Português, e é totalmente financiado pelo Estado, cuja única contrapartida para quem usufrui desses cuidados são as taxas moderadoras.

Neste sentido, o SNS, enquanto maior prestador de cuidados de saúde no nosso país¹⁷⁸ carece de ser cuidadosamente modernizado para um correto acompanhamento das tecnologias.

Certo é que as tecnologias podem promover também uma proximidade entre o doente os prestadores de cuidados de saúde na justa medida da implementação de plataformas, aplicações, e até linhas de contacto diretas (SNS24) e, consequentemente, uma melhor facilidade no diagnóstico.¹⁷⁹

Em sentido convergente, MANUEL PIZZARO, Ministro da Saúde De Portugal, considera que “a tecnologia ao serviço das pessoas” deve ser o tema central da reforma digital em curso no SNS”. O Ministro da Saúde enumerou algumas ferramentas que “têm aproximado o SNS dos cidadãos”, como o sistema automático de prescrição de receitas, a linha SNS 24, a digitalização

¹⁷⁵ ARAÚJO, Joana [el.al.] – A problemática da responsabilidade individual da saúde pública em Portugal. *Revista Brasileira de Pesquisa em Saúde*. Abril-Junho 2019, p. 170. Disponível para consulta em https://www.researchgate.net/publication/340157760_A_problematica_da_responsabilidade_individual_na_saude_publica_em_Portugal/link/5f89686b299bf1b53e2c0af8/download?tp=evJib250ZXh0lip7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIn19 (consultado em 11/10/2023).

¹⁷⁶ Artigo 64º, n.º 2, al. a) da CRP: «O direito à proteção da saúde é realizado através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito»

¹⁷⁷ Foi criado pela Lei 56/79, que no âmbito do Ministério dos Assuntos Sociais, criou o Serviço Nacional de Saúde (SNS)

¹⁷⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – Responsabilidade Civil em Saúde e Violação do Consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente. Almedina. Revista JULGAR, n.º 42, 2020. Disponível para consulta em: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/09/JULGAR42-04-ADP.pdf> (consultado em 12/10/2023).

¹⁷⁹ ANTÓNIO, Isa - O impacto da tecnologia no setor da saúde e nos direitos fundamentais do doente. //n E.Tec Yearbook- Health Law and Technology. 2019, p. 140.

e consulta de exames, o atendimento automático de chamadas nos centros de saúde, ou a marcação e realização de teleconsultas. “Esta é a inovação que interessa acolher”, salientou Manuel Pizarro.¹⁸⁰

O estudo sobre a evolução e o impacto da IA na atualidade nas mais diversas áreas, mormente na área da medicina, revela-se inequívoco no que concerne aos vários argumentos favoráveis à evolução da Inteligência Artificial, tais como, superar o envelhecimento das sociedades, auxiliar os clínicos na formulação de um diagnóstico viável e célere, maior grau de precisão nas intervenções cirúrgicas.

Por outro lado, não restam dúvidas que a evolução da IA compreende também o risco sério da criação de desigualdades, nomeadamente por força da automação e digitalização, entre outros ricos e perigos para os utentes.

Todavia, e não obstante os benefícios associados à utilização de IA *supra* elencados, existem algumas questões prementes a ser consideradas: quem é responsável pelas decisões tomadas pelos sistemas de IA? Qual o potencial da IA para tomar decisões erradas, como validar os resultados da aplicação de IA? O uso crescente da IA levará a uma perda de contato humano nos cuidados? Sentir-se-á a população mais envelhecida discriminada ou serão criados meios de aprendizagem para esta faixa etária acerca da IA? O que acontece se os sistemas de IA forem invadidos, ou seja, como se garante a segurança e a privacidade de dados potencialmente sensíveis? Como garantir a confiança dos utentes no desenvolvimento e uso da tecnologia associada a IA? Quais os efeitos da IA no sentido de dignidade e isolamento social das pessoas em situações de cuidado? Qual o papel e as competências exigidas aos médicos e como isso impacta a relação médico doente e o exercício profissional? Qual o potencial da IA para ser usada para fins maliciosos?

Neste ensejo, face a estas questões, cumpre-nos apontar como potenciais desvantagens e riscos para o utente do SNS o aumento da desumanização dos cuidados de saúde, a potenciação do ressentimento dos profissionais de saúde pelo facto de temerem a sua substituição e consequente destabilização emocional dos mesmos, a intensificação do distanciamento dos pacientes devido aos baixos níveis de literacia em saúde e de literacia digital, especialmente na faixa etária mais envelhecida, incerteza quanto aos riscos que este tipo de tecnologia pode comportar, bem como quanto aos benefícios que pode este tipo de tecnologia acarretar, aumento

¹⁸⁰ SNS - Transição Digital na Saúde. Notícias de Saúde. Serviço Nacional de Saúde. 2023, disponível para consulta em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2023/04/19/transicao-digital-na-saude-2/> (consultado em 12/10/2023).

do risco de invasão da privacidade dos utentes e violações da segurança da informação de saúde e, por último, mas não menos importante, a ameaça à sustentabilidade dos sistemas de saúde devido ao elevado investimento necessário para implementar este tipo de tecnologia.

Assim, enquanto houver memorização, percepção exata e serviço para outros, as pessoas tendem a estar confortáveis com um robô a atuar. Por outro lado, quando for o caso de criação artística, avaliação, julgamento e diplomacia, o ser humano é mais aconselhável a realizar o trabalho¹⁸¹.

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE MÉDICA DOS HOSPITAIS DO SNS POR DANOS CAUSADOS PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

1. A natureza jurídica da prestação de cuidados de saúde no seio hospitalar público (relação jurídica) vs. a natureza jurídica dos cuidados médicos prestados no setor privado (contrato).

O estabelecimento de saúde, independentemente de se tratar de um privado ou de um público, tem como propósito a prestação de cuidados de saúde. Para o efeito, promove a contratação de meios humanos e materiais com vista ao objetivo pretendido.

Neste sentido, no estabelecimento de saúde, o médico obriga-se, face ao paciente, a uma série de deveres específicos dotados de natureza legal e contratual, não se tratando de meros deveres gerais de respeito, pelo que o âmago da prestação principal do médico é fornecer, enquanto profissional qualificado e dotado de competências adequadas, ao paciente a assistência médica para a cura, diminuição de sofrimento ou prolongamento de vida, empregando, para o efeito, os conhecimentos que advêm das suas habilitações.

A prestação de cuidados de saúde no âmbito hospitalar assume diferentes naturezas jurídicas consoante estejamos perante um estabelecimento de saúde público ou no âmbito dos cuidados prestados no setor privado, não obstante, em termos práticos, os deveres de conduta adstritos aos médicos serem os mesmos¹⁸².

Do ponto de vista jusprivatístico, em Portugal, a opinião dominante entre a doutrina e a

¹⁸¹ DESTEPHE, Matthieu [et al.] - Walking in the uncanny valley: importance of the attractiveness on the acceptance of a robot as a working partner. *Front Psychol.* 2015 Feb 25;6:1–11, disponível para consulta em <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2015.00204/full> (consultado em 12/10/2023).

¹⁸² Ac. do TRL, datado de 22/03/2007, Proc. n.º 5177/2006-2, Relator Neto Neves, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/itrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2bbeaf47251e3fc18025737c00475f2c?OpenDocument&Highlight=0,processo.n.ºC2%BA.5177%2F2006-2> (consultado em 13/10/2023).

jurisprudência é que a relação jurídica que se cria entre o médico e o seu paciente sob a perspetiva da sua inserção num hospital público é uma relação de serviço público, uma vez que inexistente qualquer contrato, isto é, entre as partes, paciente e médico, bem como com a instituição pública, e os atos praticados são atos de gestão pública¹⁸³, sendo uma função do Estado Social prestador, que através dos seus agentes serve o interesse público, através da prestação de cuidados à população, garantindo, assim, a promoção, efetivação e defesa do direito à saúde.

Neste sentido, cumpre-nos, desde já, apurar qual a relação que se estabelece na prestação de cuidados de saúde no âmbito hospitalar, entre o médico, o doente e o hospital público. FREITAS DO AMARAL defende que se tratará de uma relação jurídica plurilateral entre o utente, a Administração – enquanto hospital – e os profissionais de saúde e, por isso, esta relação reger-se-á por princípios, normas e regras de direito público¹⁸⁴. E ainda, SÉRVULO CORREIA¹⁸⁵, concretiza esta relação como uma relação administrativa poligonal, que abrange o particular, na qualidade de utente, o hospital e o médico propriamente dito.

Neste contexto, GUILHERME DE OLIVEIRA afasta a figura do contrato destas relações jurídicas, com base no pressuposto de que a prestação de cuidados médicos nos estabelecimentos do SNS constitui a realização de um serviço público¹⁸⁶. Em sentido convergente, entende também o Juiz Conselheiro HENRIQUES GASPAR, concluindo que “esta função se consome numa atividade de gestão pública, a qual deixa os intervenientes unidos por uma verdadeira e própria relação de serviço público, e não por uma qualquer relação de direito privado”¹⁸⁷.

Pelo que, conforme se pode constatar é esta a posição maioritária uma vez que a doutrina refere não existir liberdade de escolha, nomeadamente, SÉRVULO CORREIA defende, neste ensejo, que a relação que se cria não é bilateral, não advém de um acordo de vontades e, por isso, não é enquadrável no âmbito do contrato de prestação de serviços médicos nos termos dos artigos 1154.º e ss. do Código Civil¹⁸⁸.

Neste ensejo, DIAS PEREIRA¹⁸⁹ e DIAS SIMÕES¹⁹⁰, defendem igualmente a tese que a relação

¹⁸³ AMARAL, Diogo Freitas do - Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde, *op. cit.*, pp. 120-121.

¹⁸⁴ AMARAL, Diogo Freitas do - Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde, *op. cit.*, p. 129.

¹⁸⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo – As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*. ISBN 1982-1921. Vol. 3, n.º7, (2009), p. 19.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Guilherme – Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado. *In* Temas de Direito da Medicina. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, ISBN: 9789723213164, p.61.

¹⁸⁷ GASPAR, António Silva Henriques – A Responsabilidade Civil do Médico. *In* Coletânea de Jurisprudência, Ano III, 1978, pág. 339.

¹⁸⁸ VOUGA, Rui Torres – A responsabilidade Civil médica (decorrente de atos médicos praticados em hospitais públicos), *in* Coleção de Formação Continua, Centro de Estudos Judiciários Junho de 2018, p. 12.

¹⁸⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias - O consentimento informado na relação médico-paciente – Estudo de Direito Civil, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003, p. 19 (dissertação de mestrado).

¹⁹⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo – As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde, *op. cit.*

existente entre um médico e um paciente num hospital público assenta numa relação de serviço público e, por isso, não assenta num contrato, uma vez que o médico, que faz parte do SNS, encontra-se a cumprir a função do Estado Social¹⁹¹.

Em suma, e como vimos, a responsabilidade civil administrativa será uma obrigação jurídica, a cargo de uma pessoa coletiva pública, de ressarcir os danos por si causados aos particulares, no exercício da função administrativa ou de gestão privada.

Neste ensejo, COLAÇO ANTUNES esclarece que a responsabilidade administrativa começou a ser tratada a partir do *Ácórdão Blanco* (de 08 de Fevereiro de 1873), do tribunal de conflitos francès.

Assim sendo, a inexistência de um qualquer contrato na relação entre médico e paciente no âmbito hospitalar público faz com que em termos processuais a responsabilidade daí proveniente seja extracontratual, uma vez que se trata de atos de gestão pública, praticados no exercício do chamado *ius imperium* do Estado para a prossecução de fins específicos e atribuições deste.

A partir da responsabilidade extracontratual por atos de gestão pública decorrem dois fundamentos cruciais: um subjetivo, que nos termos do artigo 18.º, n.º 1 da CRP se prende com a Administração, na sua atuação, estar vinculada e adstrita ao respeito pelos direitos fundamentais dos particulares, e o outro que se prende com um fundamento objetivo, designadamente, o princípio da legalidade, enquanto princípio basilar. Decorre também destes dois fundamentos a proibição de a Administração lesar contra *legem* a esfera jurídica dos cidadãos, provocando-lhes prejuízos quando age. Portanto, quando haja responsabilidade administrativa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes das pessoas coletivas públicas os atos devem ser praticados no âmbito do exercício das suas funções, para - e somente desta forma, enquanto critério funcional – responderem pelos seus atos.

No mais, e como referem autores como GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁹² a responsabilidade civil do Estado é um “pilar” do Estado de Direito. Neste sentido, quando nos deslocamos a um estabelecimento do SNS é decidido a nível administrativo qual o serviço e qual o médico competente para atender determinado paciente, não recaindo a escolha sobre este último, como acontece no âmbito das instituições de saúde privadas.

Por outro lado, no que concerne à natureza jurídica dos cuidados médicos prestados no

¹⁹¹ A prestação de cuidados de saúde aos cidadãos é uma atribuição do Estado, segundo o artigo 64.º da CRP.

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada, 4.ª ed., Vol. 1.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 425.

setor privado, VERA LÚCIA RAPOSO afirma que “durante muito tempo, os tribunais tiveram algum pudor em classificar a responsabilidade médica praticada no âmbito da medicina privada como responsabilidade contratual”¹⁹³.

Neste ensejo, no acórdão de 1 de julho de 2010, o Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito do Processo n.º 398/1999.E1.S1, vem expor os termos em que atualmente é admitido o estabelecimento de uma relação obrigacional entre médico e doente. Explicita o Tribunal Superior, invocando o contributo de RUTE TEIXEIRA PEDRO que: “durante muito tempo foi rejeitada a ideia de que entre o médico e o doente se celebrava um contrato e de que o incumprimento das obrigações assumidas por aquele profissional podia originar responsabilidade contratual, fundando-se o ressarcimento dos danos causados, aquando da prestação da assistência médica, apenas no regime delitual. Encontrando tal forma de pensar as suas raízes profundas no direito romano e na concepção que nele imperava de que o labor médico, como manifestação da inteligência humana, não era passível de ser objecto de uma transacção, o que seria acentuado pelo valor superior dos bens (como a vida e a saúde humana) com que a actividade médica contende. O advento da Revolução Industrial e a consagração, nos códigos oitocentistas, da figura contratual de prestação de trabalho autónomo e subordinado, contribuiu para a aceitação da concepção contratual da actividade médica”¹⁹⁴.

Ainda neste sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA refere, no que concerne à relação jurídica que se cria entre o médico e o seu paciente sob a perspetiva da sua inserção num hospital público, que surge um contrato sinalagmático entre as duas partes, com direitos subjetivos para ambas as partes. Corroborar também esta posição FERNANDO DIAS SIMÕES¹⁹⁵, referindo que por força do contrato entre o médico e o doente a responsabilidade civil daí proveniente será, portanto, contratual.

Neste âmbito da medicina praticada no setor privado, para alegarmos estar perante um incidente cuja tutela a aplicar é a contratual é necessário aferir e qualificar o contrato em causa. Neste sentido, como refere ESPARANÇA PINA o contrato médico traduz-se numa “convenção estabelecida entre o médico e o doente ou um ser representante, pelo qual o médico aceita a pedido do doente ministrar-lhe os seus serviços, para os quais a sua profissão, legalmente, o

¹⁹³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – Os contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico. *In* Direito da Saúde e Bioética, *op. cit.*, p.85.

¹⁹⁴ PEDRO, Rute Teixeira - A Responsabilidade Cível do Médico, Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra Editora, 2008. ISBN: 978-972-32-1636-3, p. 56.

¹⁹⁵ SIMÕES, Fernando Dias – A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade cível. *Dereito*. Espanha. ISSN 132-9947. Vol. 2, n.º1 (Janeiro a Junho de 2013), p. 13.

habilita”¹⁹⁶.

Perante esta definição, podemos afirmar que o contrato celebrado entre o paciente e o médico se traduz num contrato de prestação de serviços consagrado no artigo 1145.º do Código Civil, justamente pelo facto de se tratar de um contrato em que o médico é livremente escolhido pelo doente, contrariamente ao que sucede no seio hospitalar público, em que não se verifica qualquer liberdade de escolha, pois é uma escolha determinada e limitada pelas classificações geográficas-administrativas, e por isso, pode a relação entre o médico e o paciente ser regida quer pelo Direito Público, como pelo Direito Privado; e ainda, trata-se de um contrato de prestação de serviços, pois, conforme o preceituado no artigo referido, o prestador obriga-se autonomamente a prestar um determinado resultado. No âmbito da prestação médica efetuada numa clínica privada, a doutrina propõe uma tipologia referente ao contrato em apreço, designadamente, contrato total, contrato total com escolha de médico ou contrato dividido. Todavia, não é nosso objeto de estudo indagar estes conceitos, pelo que convenientemente fica apenas a constar a sua enumeração.

Neste sentido, os serviços médicos prestados no setor privado traduzem-se numa atitude voluntária do paciente que contrata com o estabelecimento de saúde o fornecimento de serviços médicos, bem com de outros serviços complementares, pelo que assiste sempre ao paciente, no âmbito da sua autonomia contratual, escolher a que serviço se dirigir ou o médico que pretende que o atende, contrariamente ao que sucede no âmbito dos serviços médicos prestados no setor público. Pelo que, a natureza dos serviços médicos prestados no setor privado é necessariamente contratual e, por isso, nestes casos, é a instituição que responde pelos atos de todo o pessoal que utilizar no cumprimento das suas obrigações, ao abrigo do artigo 800 n.º 1 do CC.

FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO referem que “No plano contratual, a clínica responde pelos atos de todo o pessoal que utilizar no cumprimento das suas obrigações. Assim, se a clínica tem ao seu serviço médicos para o tratamento dos clientes que a ela se dirijam diretamente, responderá contratualmente pelos atos destes”¹⁹⁵.

Para um melhor entendimento desta questão, esta distinção surge tratada num acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães¹⁹⁷, em que há lugar à distinção entre um médico que prestava serviços numa clínica privada, que o Tribunal considerou, por isso, como contratual a relação existente, ao passo que considerou uma relação extracontratual a relação existente entre a

¹⁹⁶ PINA, Esperança José António Rebocho - A Responsabilidade dos Médicos, *op. cit.*, p.114.

¹⁹⁷ Ac. do TRG, datado de 18-03-2010, Proc. n.º 1364/05.5TBCL.G1, Relatora: Conceição Bucho, disponível para consulta em http://www.dgsi.pt/itrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/8cde947f2f2daf9d8025776004f3603?OpenDocument&Highlight=0,Proc_n.1364%2F05.5TBCL.G1 (consultado em 13/10/2023).

paciente e uma outra médica, bem assim, num Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte¹⁹⁸ que refere expressamente que a responsabilidade decorrente da prática dos atos médicos em estabelecimento de Serviço Nacional de Saúde assume natureza extracontratual ou aquiliana, uma vez que, como refere este Tribunal, os hospitais públicos, sejam os que estão enquadrados no setor público administrativo, como os que apenas fazem parte do setor empresarial do Estado e as Parcerias Público-Privadas, atuam no exercício de prerrogativas de poder público, razão pela qual os atos médicos aí praticados correspondem ao exercício da função administrativa.

Por último, mas não menos importante, cumpre-nos referir que a natureza jurídica da prestação de cuidados reveste-se de elevada importância, pois é através dela que apuramos a jurisdição competente para dirimir o litígio.

Neste campo, conclui-se que a responsabilidade contratual diz respeito a uma relação de direito privado e, por isso, os litígios terão de ser dirimidos no âmbito dos tribunais cíveis, aplicando-se as normas estabelecidas no Código Civil. Por outro lado, como vimos, a responsabilidade da Administração Pública cabe no âmbito de jurisdição dos TAF¹⁹⁹, afirmando-se que a atividade médica é um ato de gestão pública da Administração, pelo que se aplica o regime da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro (regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas), aos atos ou omissões praticadas no exercício dessa função pública que sejam lesivos dos direitos dos pacientes, sendo, portanto, a ação proposta contra a administração do hospital e não contra o concreto agente ao qual se imputa em juízo o dano, que terá de ser apreciada no seio dos tribunais administrativos, nos termos do artigo 4.º, nº 1 alíneas g) e h) do ETAF²⁰¹.

2. O erro médico provocado pela IA. Casos-exemplo.

Aqui chegados, teceram-se inúmeras vantagens relativamente à utilização de IA, no caso em concreto na área da medicina. Não obstante a existência de erros médicos preceder o uso de

¹⁹⁸ Ac. do TCAN, datado de 30-10-2020, Proc. n.º 02027/12.0BEPRT, Relatora: Helena Ribeiro, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/9fc8da4097fc39138025861d0043049a> (consultado em 13/10/2023).

¹⁹⁹ Artigo 4.º, n.º 1 do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

²⁰⁰ RODRIGUES, Álvaro da Cunha – Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos. *In* Direito e Justiça, Vol. XIV, Tomo III, 2000, pág.179; E PEREIRA, André Gonçalves Dias – Breves Notas Sobre a Responsabilidade Médica em Portugal. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*. Coimbra. ISSN 1697-8630. Número.º 17, Ano XVI (2007), pp.11-12.

²⁰¹ Ac. do TRC, datado de 28-01-2009, Proc. n.º 267/06.0TBCLB.C2, Relatora: Isabel Fonseca, disponível para consulta em: [http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/b50d06a12d9e0ff98025756d004edf63?OpenDocument&Highlight=](http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/b50d06a12d9e0ff98025756d004edf63?OpenDocument&Highlight=0,267%2F06.0TBCLB.C2http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/b50d06a12d9e0ff98025756d004edf63?OpenDocument&Highlight=) (consultado em 17/10/2023).

IA na área, a utilização de IA nesta área tão peculiar pode fomentar o aparecimento de novos desafios e, até mesmo, eventos lesivos que impõem necessidade de chamar à colação o tema da responsabilidade.

Neste ensejo, são conhecidos casos polémicos de algoritmos discriminatórios que se aplicam às mais diversas áreas, como o algoritmo COMPAS, usado no contexto da justiça, para prever a probabilidade de reincidência dos condenados²⁰² e o sistema de recrutamento com recurso à inteligência artificial desenvolvido pela Amazon²⁰³. Por outro lado, a crescente perda de perícia e competência (“*deskilling*”) dos profissionais que deixarão de exercitar a técnica e habilidade necessárias ao desempenho de certos atos que os *robots* passam vir a praticar é um problema que poderá originar erros médicos.²⁰⁴

Concretamente na área da medicina, ROBERT CHALLEN [et. al.], em 2019 detetaram novos potenciais problemas que podem ser causadores de erros, fundamentando a sua tese no potencial erro resultante de discrepâncias entre os dados inseridos no sistema de IA e o cenário clínico real, uma vez que os sistemas de IA não estão tão equipados como os humanos para reconhecer quando há uma mudança relevante no contexto suscetível de afetar a validade das suposições inseridas, originando erros crassos no tratamento da informação e análise pelos sistemas de IA e consequentemente erradas apreciações e prescrições. Outro exemplo apontado por estes autores prende-se com a insensibilidade inerente impacto dos sistemas de IA. Para estes autores, os sistemas de IA não podem ser treinados da mesma forma que os humanos para ser especialmente cuidados e cautelosos em vez de cometer um risco ou um erro²⁰⁵.

Similarmente, ANDREW ING²⁰⁶ aponta vários exemplos práticos ocorridos nos últimos anos respeitantes a alguns erros da IA em variadas áreas, nomeadamente, um gerador de respostas automáticas a e-mails criou a resposta “amo-te” a um colega de trabalho; um robot de recolha de

²⁰² O algoritmo COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), utilizado nos Estados Unidos da América, foi investigado por um grupo de jornalistas da organização ProPublica, que expuseram o seu carácter pouco preciso e discriminatório — vd. LARSON, Jeff et al. – “How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm”, ProPublica [online], 22 de maio de 2016, disponível em www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm (consultado em 17/10/2023). Com efeito, verificou-se um problema de discriminação visto que existiam falsos positivos e falsos negativos, desde logo porque o algoritmo foi construído com base em decisões anteriores, sem qualquer alusão a dados raciais e utilizava dados como o código postal do local da morada e, a partir desses dados, categorizava os indivíduos com base no contexto social das zonas de habitação. Assim, revelou-se tendencioso e altamente discriminatório.

²⁰³ A Amazon desenvolveu um algoritmo que selecionava os trabalhadores. No entanto, revelou-se discriminatório em relação às mulheres, o que resultou na não utilização de tal ferramenta de contratação pela empresa em apreço. Sobre a discriminação com base em algoritmos no recrutamento laboral, vd. ROUXINOL, Milena da Silva - “O agente algorítmico — licença para discriminar? (Um olhar sobre a seleção de candidatos através de técnicas de inteligência artificial)”, in BARBOSA, Mafalda Miranda et al. (coord.) - Direito Digital e Inteligência Artificial, São Paulo, Foco, 2021, pp. 1013-1032.

²⁰⁴ ANTONIO, Olivia [et al.] - Management of Medico-Legal Risks in Digital Health Era: A Scoping Review. Front Med (Lausanne). Janeiro de 2022, 11, p. 4, disponível para consulta em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/35087854/> (consultado em 17/10/2023).

²⁰⁵ CHALLEN, Robert [et al.] - Artificial intelligence, bias and clinical safety. BMJ Qual Saf. 28, 2019, pp. 231-237, disponível para consulta em https://psnet.ahrq.gov/perspective/artificial-intelligence-and-diagnostic-errors#_edn7 (consultado em 17/10/2023).

²⁰⁶ Inteligência Artificial, Harvard Business Review – Visões Fundamentais. Coimbra: Actual Editora, 2020, p. 91.

peças automóveis agarrou e matou um homem; um programa de software de identificação de imagens classificou pessoas negras como gorilas; uma aplicação médica classificou doentes com asma como tendo um menor risco de morrerem de pneumonia; um software de filtragem de conteúdos para adultos não conseguiu remover totalmente o conteúdo inapropriado, expondo crianças a conteúdos sexuais e violentos.

No que concerne à vantagem mais comumente apontada nos estudos sobre este tema na área da medicina, nomeadamente, a mesma prende-se com a fiabilidade dos resultados obtidos a partir de sistemas de IA através de algoritmos por força da personalização. Neste domínio, cumpre-nos refletir em primeiro lugar sobre os resultados que daí advêm, pois, os mesmos são e serão produto da quantidade e, sobretudo, da qualidade dos dados que o juízo conclusivo do dispositivo de IA se baseou²⁰⁷. Porquanto, os sistemas de IA utilizados para efeitos de diagnóstico podem ser maliciosamente sabotados, através da manipulação na introdução de algoritmos, e, consequentemente, esta manipulação pode originar efeitos devastadores na vida das pessoas, como discriminação e consequente aumento de desigualdades, bem como, no pior dos casos, diagnósticos errados, quer pelo risco de descuidos decorrentes da confiança excessiva (“*overfaith*”) depositada na IA e nos *robots*²⁰⁸, quer pela incorreta introdução de dados e algoritmos que inviabilizem uma transparente e correta análise de diagnóstico.

3. O caso especial do “funcionamento anormal do serviço público” ocasionado pela IA.

O poder público sofreu no decorrer dos anos algumas transformações. Durante muito tempo o poder público entendia-se como irresponsável pelos danos que pudesse provocar aos particulares. Nomeadamente, no início do século XIX, prevalecia o princípio da irresponsabilidade da administração. Contudo, a evolução do pensamento jurídico e com especial enfoque para a evolução do direito administrativo, enquanto ramo primígena do direito público, impôs a adoção

²⁰⁷ A sub-representação de certos grupos é uma das causas dos perigos do enviesamento das conclusões e da menor fiabilidade dos resultados a que chegam os dispositivos tecnológicos de saúde. Assim, Hussein Ibrahim, Xiaoxuan Liu, Nevine Zariffa, Andrew D. Morris e Alastair K. Denniston, «Health data poverty: an assailable barrier to equitable digital health care», *The Lancet Digital Health*, Vol. 3, n.º4, março de 2021, p. e260 (pp. e260-e265), disponível em www.thelancet.com/digital-health [consultado em 02/05/2022]. Pense-se no caso da utilização de um dispositivo a propósito de diagnóstico de um cancro de pele desenvolvido com dados de pessoas com uma determinada cor de pele, que será inadequado para pessoas com outra cor de pele. Este exemplo de “risque de biais” é apresentado por MARTI, CLUZEL-MÉTAYER e MERA - bet, «Droit et intelligence artificielle», op. cit., p. 2362. I. Glenn Cohen dá um exemplo semelhante relativo ao diagnóstico de cancro da mama, referindo-se à sub-representação das mulheres de origem africana que apresentam uma densidade diferente das caucasianas. I. Glenn Cohen, “Informed Consent and Medical Artificial Intelligence: What to Tell the Patient?”, *The Georgetown Law Journal*, Volume 108, 2020, pp. 1464 e ss. (pp. 1425-1469) *apud* SILVA, Eva Sónia Moreira da; FREITAS, Pedro Miguel – Inteligência Artificial e Robótica, Desafios para o Direito do Século XXI, in PEDRO, Rute Teixeira – Breves reflexões sobre a reparação de danos causados na prestação de cuidados de saúde com utilização de robots. 1.ª edição. Coimbra: GESTLEGAL, Novembro de 2022, ISBN 978-989-9136-09-0, p. 158.

²⁰⁸ *Idem*, *ibidem*.

de uma nova perspetiva permitindo ao lesado o direito a uma justa compensação, independente da entidade causadora do prejuízo.

É, por conseguinte, nestes moldes em que o Estado se assume como um Estado Social, uma vez que entre as ideias mais resistentes do constitucionalismo está a de que os órgãos do poder carecem de mecanismos que os tornem potencialmente responsáveis pelos seus atos.²⁰⁹

Por esta razão, a responsabilidade emergente de danos provocados ao abrigo da função administrativa começou a tratar-se como uma responsabilidade subjetiva, imputando a existência de um juízo de censura ao comportamento do causador do prejuízo por este não ter adotado uma outra conduta mais prudente e, consequentemente, não censurável, nem danosa.²¹⁰

O Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, ao fazer coincidir a responsabilidade objetiva da administração com a responsabilidade subjetiva do órgão ou agente, deixava de fora da sua consideração as situações de culpa do serviço.

Assim, e atento a dificuldade de apurar o individual autor do dano, aplicavam-se os pressupostos da responsabilidade civil, o que se revelava uma injustiça para o lesado, pois este, apesar de ter sofrido objetivamente um dano, não poderia ser ressarcido, uma vez que não se preencheria o requisito culpa por força da impossibilidade de formular um juízo de censura sobre o autor do dano. Deste modo, estar-se-ia perante a não efetivação prática da responsabilidade do Estado. Esta solução não só seria iníqua como contrária aos fundamentos da responsabilidade civil por facto ilícito²¹¹.

Com base nestas questões o nosso legislador apresentou uma resposta mitigada a esta situação, através da consagração de uma responsabilidade cada vez mais objetivada²¹².

Em Portugal, este modelo de imputação de responsabilidade começou por ser admitido apenas pela jurisprudência que baseava as suas decisões condenatórias em princípios gerais de direito, visando proteger efetivamente os particulares lesados pela atividade pública, ainda que não fosse possível apurar os agentes administrativos autores do dano em concreto²¹³. Assim, o

²⁰⁹ BARRA, Tiago – A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. ISSN 0873-4860 27. Volume I, Ano 71 (2011), p.132.

²¹⁰ *Ibidem*, p.139.

²¹¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado - Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral, Tomo III, 1.ª Ed., Reimpressão. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008, p. 27

²¹² GOMES, Carla Amado Gomes - Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas?. *Revista Ciências Empresarias e Jurídicas*, Lisboa, n.º 2, (2014), p. 205.

²¹³ Em 2008, o Tribunal da Relação do Porto, no Ac. de 2008, Proc. n.º 5439/07-5 prestou um contributo fundamental no que às modalidades do conceito de funcionamento anormal do serviço e à imputabilidade da Administração Pública, nas situações em que é responsabilizada no geral e, portanto, sem individualização de culpa nalgum dos seus agentes ou funcionários, diz respeito: "não é obrigatória a descoberta do agente, podendo tratar-se de danos anónimos imputáveis directamente à organização, porque funcionou mal (culpa in committing, ou por acção), porque não funcionou (culpa in omitting, omissão quando existe um dever de actuar), ou porque funcionou defeituosamente (falta de dever funcional ou de diligência média). (Consultado em 16/10/2023).

RRCEEEEP consagra, pela primeira vez, o conceito de “funcionamento anormal do serviço” e só apenas passados vários anos começou tal resposta a ser admitida pelos tribunais administrativos²¹⁴.

Neste ensejo, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e VIEIRA DE ANDRADE, consideraram ser este um caso inédito, uma vez que a jurisprudência extrapolou a letra da lei e admitiu a responsabilização de entidades pública.

Assim, no que se refere à responsabilidade civil da administração, uma das principais alterações introduzidas pela LRCEE foi a consagração legal da responsabilidade da administração pelo funcionamento anormal dos seus serviços, a qual há já muito tempo vinha sendo reclamada pela nossa doutrina²¹⁵, almejando colmatar a situação precedente.

Foi da jurisprudência francesa, mais concretamente dos acórdãos do Conselho de Estado, que o conceito de *faute du service* proliferou, tendo sido adotado em Portugal sob a veste de “funcionamento anormal do serviço”, sendo certo que, foi desde o ano 1966 que a jurisprudência administrativa acolheu a *faute du service*²¹⁶, embora a jurisprudência já dirimisse litígios com base na figura em apreço muito antes de o legislador a consagrar legalmente.

Por essa razão, a LRCEE forneceu um critério de funcionamento anormal. Há, assim, funcionamento anormal quando, segundo o nosso legislador, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos (art. 7.º, n.º 3). O direito positivo português contempla assim, pela primeira vez, a *faute du service* que, na prática, e de modo a contextualizar, prender-se-á com situações em que “doentes hospitalizados por afecção benigna ou para serem submetidos a operação banal [que] adquirem, após a sua estadia no hospital, sequelas graves”²¹⁷.

Neste ensejo, cumpre-nos, agora, expor as três modalidades possíveis de funcionamento anormal do serviço. A saber: falta de funcionamento, funcionamento mau e funcionamento tardio. Todas estas modalidades já foram aplicadas pela nossa jurisprudência.

Neste sentido, cumpre-nos, agora, indagar o significado do conceito compreendido no art.º 7, n.º 3 da referida lei, designadamente, “falta do serviço”. Para este efeito, o art.º 7, n.º 4 da

²¹⁴ Como são exemplo, os Acs. do STA de 16-05-1996, proc. 036075, de 07-12-1999, proc. 044836, e de 10-02-2000, proc. 045191, (consultados em 16/10/2023).

²¹⁵ Não seria justo excluir a responsabilidade do Estado nos casos em que não fosse possível determinar com precisão os órgãos e agentes responsáveis por ações ou omissões causadoras de danos, nesse sentido AMARAL, Diogo Freitas do — A Responsabilidade da Administração no Direito Português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, vol. XXV (1973), p.34

²¹⁶ Acórdão do STA de 28-11-1966, ADSTA 51 (1966), 321.

²¹⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de - Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: culpa do agente ou culpa da organização?, in “Direito da Saúde e Bioética”. Lisboa: AAFDL, 1996, p. 155- 156.

referida lei considera que há um funcionamento anormal do serviço quando, “atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos”. Neste sentido, quanto aos dois requisitos estabelecidos na letra da lei, nomeadamente, no que concerne às circunstâncias e padrões médios de resultado, tem-se em conta o que normalmente podia ter sido feito para evitar a produção do resultado danoso, em função dos meios ao dispor do serviço no momento da ocorrência do facto lesivo. Por outro lado, se os danos ocorrerem em consequência da falta de algum ou alguns destes recursos, não existe comportamento culposos e, consequentemente, funcionamento anormal do serviço, pois o serviço funcionou normalmente. O mesmo já não ocorrerá se esta falta resultar de uma deficiente previsão de um determinado titular de órgão ou dirigente de serviço quanto aos meios necessários para o correto funcionamento do serviço.

Assim, ao contrário do sucedido no passado, o nosso ordenamento jurídico consagra atualmente a possibilidade de imputação de responsabilidade ao Estado e demais entes públicas, ainda que seja difícil ou praticamente impossível individualizar o ente administrativo para lhe ser imputada a responsabilidade, desde que se evidencie que o serviço público funcionou de forma anormal.

Tratou-se de uma evolução normativa crucial que teve como escopo, essencialmente, a proteção do particular lesado, que atualmente, pode levar a cabo a sua pretensão indemnizatória, não sendo condição exclusiva para o efeito identificar o agente administrativo responsável pelo ato.

Não obstante, impõe-se a questão a saber se esta teoria deve enquadrar-se na responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas por facto ilícito e culposos (responsabilidade subjetiva) ou antes, deve ser analisada enquanto uma modalidade de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, mas não culposos (responsabilidade objetiva) se no nosso ordenamento jurídico. Esta questão é entendida, para a maioria da doutrina portuguesa, que tal regime se insere na responsabilidade civil subjetiva extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas. No entanto, e como não poderia deixar de ser, existe quem entenda diferente, designadamente MARCELO REBELO DE SOUSA que afirma que a responsabilidade por um funcionamento anormal do serviço não deverá ser enquadrada em qualquer uma das modalidades do conceito de culpa, visto que não envolve um juízo pessoal de censurabilidade, afirmando, nesse sentido, que o conceito em análise constitui um “ilícito do serviço e não (...) culpa do serviço (...), [consubstanciando um] ilícito da pessoa colectiva pública considerada e não de certo serviço não

personalizado dentr[o] dela”²¹⁸.

Ora, desta questão, entendemos, não estar perante uma modalidade de responsabilidade objetiva, desde logo porque o fundamento deste regime de responsabilidade prende-se com a “teoria do risco” e, salvo melhor opinião, a atividade de prestação de cuidados de saúde é uma atividade do Estado desenvolvida exclusivamente em prol do cidadão, razão pela qual, contraria em pleno, na nossa modesta opinião, a ideia inerente à “teoria do risco”, que “quem cria ou mantém um risco em proveito próprio, deve suportar as consequências prejudiciais do seu emprego, já que deles colhe o principal benefício”²¹⁹.

Ainda assim, ainda que não explicito taxativamente na lei, poder-se-á inferir do artigo 9.º, n.º e artigo 10.º, n.º 1 do RRCEEP um juízo de censura, que assume a forma de presunção de culpa, na medida em que o legislador censura a falta de organização e diligência que imputa à pessoa coletiva por não ter sido capaz de assegurar o funcionamento normal dos serviços devido a ações ou omissões ilícitas.

Desta forma, o legislador consagrou um juízo de censura objetivado que, sinteticamente, uma vez verificada a ilicitude, que resulta do não cumprimento, pelo serviço, de padrões médios de resultado, se conclua automaticamente pela culpa do serviço, ao qual era razoavelmente exigível a adoção de uma conduta diferente.

Portanto, poder-se-á concluir que a consagração deste regime é favorável à pretensão do utente, uma vez que terá apenas de provar a ilicitude da atuação do serviço, não carecendo de ser dado por provada a culpa do mesmo, e, por essa razão, a única forma de o hospital afastar a aplicação deste regime será mediante a prova de que a atuação ou omissão do serviço não é passível de ser considerada ilícita.

Sucede que a inteligência artificial tem vindo a desafiar os quadros jurídicos clássicos, por força da sofisticação técnica que assume um crescimento veloz nunca vivido. Por essa razão, o tempo presente e o futuro imediato urgem respostas que façam face à era tecnológica vivenciada e aos problemas e desafios inerentes nas mais diversas áreas e setores.

Deste modo, o uso de sistemas de inteligência artificial não pode ficar indiferente à teoria do funcionamento anormal do serviço, pois, destes sistemas podem resultar erros e, consequentemente, danos que, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, seja razoavelmente presumível que uma atuação do serviço fosse capaz de evitar os mesmos.

²¹⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de – *op. cit.*, p. 172.

²¹⁹ VARELA, Antunes - *Das Obrigações em Geral*, 10.ª Ed., Vol. I. Coimbra: Almedina, 2005, ISBN 9789724013893, p. 633.

Na área de medicina, todos os clínicos nas mais diversas especialidades vão usar este tipo de tecnologia, em particular aprendizagem profunda, uma vez que esta capacidade de reconhecimento de padrões através de redes neuronais profundas pode ajudar a interpretar exames médicos, imagens de anatomia patológica, lesões da pele, imagens da retina, eletrocardiogramas, endoscopias, faces, sinais vitais entre outros.

Assim, perante o paradigma atual, revela-se crucial ponderar e refletir se os erros ocasionados pela IA e os danos daí advindos devem ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço, por força das disposições estabelecidas no artigo 7.º, n.º 3 do anexo à Lei 67/2007, de 31 de Dezembro.

3.1 A relevância da dicotomia “*faute du service*” e “*faute de service*”

No âmbito da responsabilidade da administração é crucial abordar a dicotomia entre as modalidades do funcionamento anormal do serviço, designadamente, dois conceitos importantes que merecem cuidada análise.

A teoria da culpa do serviço, ou *faute du service* na terminologia original, foi um importante acrescento à doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública. Tendo como pressuposto a culpa, a culpa do serviço é, nas palavras da Professora Margarida Cortez²²⁰, “uma ficção a que se recorre nas hipóteses em que não é possível identificar o autor material do facto lesivo”.

Deste modo, inspirado no ordenamento jurídico francês, pioneiro neste domínio²²¹, o sistema português acolheu, primeiro na jurisprudência e só depois na doutrina, a figura da *faute du service*, como vimos anteriormente.

Neste sentido, é com o artigo 7.º, n.º 3 e 4 da Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro, que se admite, em definitivo, a teoria da culpa do serviço como fundamento do dever de indemnizar por parte da Administração Pública no ordenamento jurídico português. O n.º 3 do artigo 7.º da referida lei estatui, desde logo, uma inovação, quer a nível nacional, quer a nível internacional, uma vez que a regra na responsabilidade civil extracontratual administrativa na maioria dos países europeus era diversa da agora em apreço, pois, este preceito estatui uma responsabilidade direta, exclusiva e objetiva do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público em casos de culpa

²²⁰ CORTEZ, Margarida – Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado. Coimbra: Coimbra Editora, Abril de 2000. ISBN 9789723209839, p. 93.

²²¹ O princípio da responsabilização deu os seus primeiros passos com os Acs. Blanco e Pelletier (1873) que culminaram no ac. Anguet (1911).

do serviço.

Deste modo, o Estado é responsável e tem o dever de indemnizar o particular, ainda que não estejam observados outros critérios, bastando que o facto ilícito que originou o dano resulte de um funcionamento anormal do serviço.

Todavia, a respeito deste conceito, cumpre-nos abordar duas expressões cuja linha que as separa é muito ténue: “*Faute du service*”²²² e “*Faute de service*”.

Neste ensejo, MÁRIO AROSO DE ALEMIDA, refere-se a estas tuas teorias como a falta coletiva (“*faute du service*”) e a falta anónima (“*faute de service*”), respetivamente. No entendimento deste autor, a falta coletiva, corresponde, portanto, como já anteriormente referido, aos casos em que não é possível imputar o dano a um agente em concreto, sendo então imputado a um anormal funcionamento do serviço. Ao passo que a falta anónima, diversamente, é possível identificar a autoria pessoal do facto lesivo, mesmo que ainda nestes casos seja possível extrair um funcionamento deficitário do serviço.²²³

Segundo a definição destas expressões compreende-se que é necessário que a falha tenha de ser cometida no âmbito da relação entre o agente ou funcionário administrativo e o serviço público e das respetivas atribuições. Trata-se de um pressuposto material.

No entanto, se apenas existisse este pressuposto o resultado prendia-se no excesso de responsabilização do Estado, que teria de responder financeiramente por todas as falhas dos seus agentes ou funcionários. Por essa razão, foi necessária a criação de um critério que delimitasse a aplicação da figura em apreço. E, assim, surge o requisito de culpa anónima.

No entanto, com vista a garantir a continuidade dos princípios constitucionais da prossecução do interesse público e da eficácia administrativa, consagrados nos artigos 266.º, n.º1 e 267.º, n.º2 da Constituição da República Portuguesa, na nossa opinião, devem empregar-se todos os meios necessários para apurar a identidade do culpado, devendo somente o instituto da culpa do serviço por mau funcionamento ser acionado apenas quando está plenamente vedada essa possibilidade²²⁴, pois, a não ser assim, estar-se-ia a proporcionar a utilização de fundos

²²² Como ensinava CUNHA GONÇALVES na década de 50, a responsabilidade do Estado pode resultar, exclusivamente, duma culpa do serviço público. Não se trata de culpa de certos e determinados funcionários, mas sim de culpa anónima, consistindo num dos factos seguintes: a) má organização do serviço ou mau, tardio ou paralisado funcionamento dele; b) defeituosa instalação dum serviço ou mau estado dos locais administrativos; c) insuficiente conservação ou má qualidade do material utilizado pela administração. GONÇALVES, Luiz da Cunha — Tratado de Direito Civil, Tomo I, vol. XIII, 1956, pp. 516-517 e 524.

²²³ ALMEIDA, Mário Aroso de - Teoria Geral do Direito Administrativo. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN: 9789894009450, pp. 482-487.

²²⁴ SOUSA, Ana Pereira de – A Culpa do Serviço no exercício da função administrativa. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. ISSN 0873-4860 27. N.º1, Ano 27 (2012), disponível para consulta: <https://portal.oa.pt/upl/%7B54c06115-8834-4732-80bd-d5741cbae04d%7D.pdf>, pág. 349 (consultado em 22/10/2023).

públicos para o ressarcimento de particulares em situações de erro de um agente ou funcionário administrativo que só não é culpabilizado porque não é identificável, o que no nosso entendimento não se concebe.

Assim, a solução a esta questão, passa pela responsabilidade solidária do Estado, conforme estabelece a LRCEE, no artigo 6.º, que refere que o exercício do direito de regresso é obrigatório e uma verdadeira exigência constitucional, nos termos do artigo 22.º da CRP, pois se assim não fosse, seríamos nós todos, enquanto contribuintes, a suportar prejuízos dos agentes e funcionários administrativos.

Pelo que, logo que existe funcionamento anormal do serviço público, presume-se a ilicitude da conduta das entidades públicas e só estas são demandadas, pelo que fica satisfeito desde logo o lesado. Porém, e para que situações injustas não ocorram perante a comunidade, exige-se a responsabilidade solidária do agente administrativo faltoso com o Estado, procedendo com o direito de regresso contra o órgão, funcionário ou agente que atuou com dolo ou culpa grave.

Em suma, como até aqui se viu, a produção dos danos revela, em qualquer uma das circunstâncias, um funcionamento anormal do serviço, quer porque a lesão resulta de falhas imputáveis ao serviço globalmente considerado ou porque foi um dos seus funcionários ou agentes que incorreu na violação de regras técnicas ou de um dever geral de cuidado. Pelo que, a teoria da culpa do serviço assume-se como elementar ao regime constitucional relativo à responsabilidade pelo exercício da função administrativa.

4. A imputação de responsabilidade médica do Estado por ações e omissões da IA na prestação dos cuidados de saúde: a problemática

As questões atinentes à responsabilidade médica do Estado têm sido, desde há uns anos para cá, abordadas nos nossos Tribunais.

Autores como FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO realçavam a existência de um número de pequena dimensão em relação a ações judiciais que abordavam a problemática da responsabilidade civil e penal do médico.²²⁵ As pronúncias eram esporádicas e, regra geral, culminavam na absolvição do médico ou do hospital.

Diferentemente, nos dias de hoje o número de processos de responsabilidade médica tem

²²⁵ AMORIM, Ana - A responsabilidade do médico enquanto perito, *op. cit.*, p. 113.

vindo a aumentar acentuadamente, desde logo devido à consciencialização e preocupação dos cidadãos no que diz respeito aos seus direitos, procurando, assim, “mais informação ao nível da ressarcibilidade de danos e prejuízos enquanto resultado da prática de um ato médico”.²²⁶

Segundo MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS²²⁷ “o princípio vigente na ordem jurídica é o de que os prejuízos são suportados por quem os sofre, mas a situação pode inverter-se quando sejam causados por factos imputáveis a pessoas distintas daquela em cuja esfera jurídica ocorrem. Nestes casos impõe-se *prima facie* que os lesados sejam ressarcidos dos danos sofridos por aqueles que os provocarem”, sendo, portanto, o princípio mais certo que haverá.

No que concerne à área da medicina, o médico, perante o paciente, obriga-se a uma série de prestações, enquanto o paciente, por seu turno, tem o dever de cumprir o tratamento sem interrupções e conforme estipulado pelo médico, sob pena de isentar o médico de responsabilidade, como foi já afirmado pelo STJ.

Neste âmbito, a responsabilidade extracontratual era a única modalidade de responsabilidade aceite pela doutrina, uma vez que esta não aceitava a ideia de celebração de um contrato quando estivesse em causa uma relação entre médico e paciente.

Hoje, por sua vez, é aceite pela doutrina e jurisprudência nacionais a existência de um sistema dualista no âmbito da responsabilidade civil que permite que, atendendo a cada caso em concreto, o ato praticado ou omitido pelo médico seja elemento de suporte para uma responsabilização contratual ou extracontratual, consoante o tipo de relação existente, conforme pudemos analisar noutros pontos da presente dissertação.

Todavia, a Inteligência Artificial, paulatinamente, vem-se imiscuindo no quotidiano do ser humano, nas mais diversas práticas comuns e a revolução digital atingiu um novo patamar, dado que, atualmente, objetos com componente física e móvel da máquina dotados de IA agem de forma parcialmente autónoma ou até em alguns casos com plena autonomia, sem controlo direto do ser humano. Deste modo, a crescente substituição de relações interpessoais entre o homem e máquina repercutir-se-á na singularidade de cada um de nós, isto porque as novas tecnologias diluem as identidades dos agentes responsáveis, aproximando somente os utilizadores.

Ora, a multiplicidade de intervenientes provoca, assim, uma dificuldade acrescida no que concerne à imputação jurídica de responsabilidade, que pode originar a desproteção indevida do

²²⁶ *Idem.*, pág. 117.

²²⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral, *op. cit.*, p.11.

paciente, que é um resultado que deve ser combatido²²⁸.

Neste sentido, encontrar o agente responsável pelo dano causado por máquina dotada de IA é uma das questões mais pertinentes no âmbito deste tema, pois, conforme referido no Livro Branco “as pessoas que sofreram danos causados pela intervenção de sistemas de IA devem beneficiar do mesmo nível de proteção que as pessoas que sofreram danos causados por outras tecnologias, sem que tal impeça a inovação tecnológica de se continuar a desenvolver”²²⁹.

Neste ensejo, certas questões carecem de respostas para uma correta implementação e aplicação dos sistemas de IA, tais como: será possível responsabilizar-se um sistema de Inteligência Artificial, uma vez que não detém personalidade jurídica ou, paralelamente, se deverá ser criada uma personalidade jurídica própria conforme ocorreu com as pessoas coletivas? E ainda questões relativamente à culpa e a ilicitude, enquanto requisitos da responsabilidade, uma vez que dificultam a imputação da responsabilidade em termos subjetivos em relação ao sujeito que controla o sistema, pois, estes dispositivos são dotados de um grau de autonomia suscetíveis de adotar comportamentos imprevisíveis, que o utilizador não controla integralmente, surgindo dificuldades para demonstrar a omissão da diligência e a competência exigíveis ao prestador dos cuidados de saúde.

Assim, e atendendo em linha de conta as Leis de ASIMOV²³⁰, nomeadamente a primeira, em que uma máquina deverá ser sempre programada de modo a preservar a vida humana, o paradigma atual obrigará a revisão dos pressupostos clássicos da responsabilidade, uma vez que os critérios tradicionais se revelam insuficientes²³¹.

Neste tema, e como não podia deixar de ser, a União Europeia não ficou indeferimento à proeminência das questões relacionadas com a responsabilidade dos sistemas de IA, razão pela qual em 2017 surge a Resolução do Parlamento Europeu sobre o Direito Civil e a Robótica (ResPe), em que ficou clara a necessidade de ser resolvida a questão da responsabilidade civil pelos danos causados por estes “agentes” inteligentes, por forma a “garantir o mesmo nível de eficácia, de transparência e de coerência na execução da segurança jurídica em toda a União para benefício

²²⁸ MOREIRA, Sónia; FREITAS, Pedro Miguel - IA e Robótica: Desafios para o Direito do Século XXI. Coimbra: GestLegal, 2022. ISBN:978-989-9136-09-0, p. 177.

²²⁹ Comissão europeia, Livro Branco sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança, Bruxelas, 2020, p.17.

²³⁰ As leis de ASIMOV são três regras idealizadas pelo escritor Isaac Asimov, almejando permitir o controle e limitar os comportamentos dos robôs. São elas, designadamente, “First Law – A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being come to harm. Second Law – A robot must obey the orders given it by human beings except where such orders would conflict with the First Law. Third Law – A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Laws”, Cf. Isaac ASIMOV, Runaround, I, Robot, Gnome Press, 1950, p. 27.

²³¹ BARBOSA, Mafalda Mirada – Inteligência artificial, entre a utopia e a distopia, alguns problemas jurídicos. Coimbra: Gestegal, 2021. ISBN: 9789898951823.

dos cidadãos, dos consumidores e das empresas”²³².

Porém, perante o paradigma atual, de facto, não encontramos ainda uma previsão legal direta e estável que ponha termo às questões inerentes e aos desafios levantados, razão pela qual a doutrina tem procurado, direta ou analogicamente, uma solução legal dentro do regime já existente.

No entanto, e porque se impunha – e impõe - uma intervenção legislativa relativa à responsabilidade civil por danos causados por IA, procurando a fragmentariedade das soluções legislativas, em 28 de Setembro de 2022, a Comissão adotou uma Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adoção das regras da responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial, na sequência da Resolução 2020/2014 do Parlamento Europeu. A Comissão optou preferencialmente por um modelo de responsabilidade assente na culpa, aplicando-se a diretiva nas ações de indemnização de direito civil extracontratual por danos causados por um sistema de IA, sempre que tais ações sejam intentadas ao abrigo da responsabilidade culposa.

Trata-se, por isso, de uma diretiva de harmonização mínima, razão pela qual, atento o âmbito circunscrito, a diretiva implicará uma articulação necessária com o Regulamento Inteligência Artificial. Assim sendo, cumpre-nos referir os três grandes níveis sobre os quais assenta a abordagem baseada no risco da Proposta do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho em que nos termos do artigo 5.º são proibidas atividades cuja utilização de IA implique um risco considerado inaceitável, designadamente, sistemas de IA que desenvolvam técnicas que afetam a consciência e condicionem o comportamento das pessoas causando, eventualmente, um dano físico ou moral; bem como técnicas que explorem alguma vulnerabilidade de um grupo específico de pessoas devido à sua idade; entre outras neste artigo consagradas.

Paralelamente, no segundo nível configuram-se os chamados sistemas de alto risco, nos quais se impõe o cumprimento rigoroso de diversos deveres, orientados através da supervisão humana e disponibilização de informação, antes de colocados no mercado. Nestes sistemas de alto risco, impõem-se também o cumprimento cumulativo de dois requisitos, nomeadamente, o sistema de IA destinar-se a ser utilizado como componente de segurança de um produtor e o produto ser submetido a uma avaliação de conformidade de terceiros. Neste sentido, e almejando o cumprimento dos deveres e requisitos cumulativos explanados, nos termos artigo 9.º, a diretiva

²³² Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)), Considerado 49, p. 15

impõe a adoção de regras específicas para o funcionamento do serviço.

Por último, mas não menos importante, o terceiro nível prende-se com os sistemas de risco limitado e os sistemas de risco mínimo, em que são impostas obrigações específicas de transparência, bem como relativamente aos quais não se colocam especiais exigências, respetivamente.

Portanto, com a proposta de um Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho reforça-se, deste modo, a ideia de estabelecimento de regras harmonizadas para a colocação no mercado, a colocação em serviço e a utilização de sistemas de IA, combatendo os desafios e problemáticas inerentes à sua aplicação nas diversas áreas existentes²³³.

4.1 Propostas doutriniais de imputação de responsabilidade

Como vimos, os agentes autónomos são, agora, uma realidade nas mais diversas áreas que compreende inúmeros benefícios, bem como avultados perigos, para os quais não encontramos uma previsão legal direta capaz de solucionar os desafios inerentes.

Deste modo, como sabemos, quando surge uma nova realidade perante a qual o direito não consegue imediatamente obter respostas, o caminho a percorrer para obter uma solução será inevitavelmente socorrer-se à analogia. Portanto, e uma vez que inexistente um regime específico a doutrina tem procurado encontrar uma solução legal dentro do regime já existente, de modo a colmar a problemática da responsabilidade existente decorrente da utilização de sistemas dotados de IA.

Com vista a tutelar o lesado em caso de dano causado por agentes autónomos inteligentes, surgem diversas propostas no nosso ordenamento jurídico, ainda que padeçam de algumas fragilidades, compreendidas no domínio da responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. São estas: aplicação do regime de presunções, da responsabilidade pelo risco e da responsabilidade do produtor.

No que concerne à aplicação do regime das presunções, propor-se-á que associado a um ente dotado de IA exista um dever de vigilância, uma vez que é a máquina vista como um escravo²³⁴,

²³³ BARBOSA, Mafalda Miranda – Ainda o futuro da responsabilidade civil pelos danos causados por sistemas de IA. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra. ISSN 2184-4542. Ano 5, (2023), pp. 358, disponível para consulta em <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2023/ainda-o-futuro-da-responsabilidade-civil-pelos-danos-causados-por-sistemas-de-ia-mafalda-miranda-barbosa/> (consultado em 22/10/2023).

²³⁴ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de - *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. (reimpressão 2020). Coimbra: Almedina, 2018, ISBN: 9789724088310, p. 616.

algo desprovido de dignidade, detentora de uma incapacidade natural, pelo que a omissão de diligência origina o dever de responsabilizar, conforme dispõe o artigo 491.º do Código Civil²³⁵. Nesta linha, percebe-se que o referido preceito não elenca de modo taxativo os sujeitos abrangidos por esta presunção, razão pela qual PEDRO MANUEL PIMENTA MENDES²³⁶ entende, por isso, que existe a possibilidade de aplicação desta presunção aos sujeitos dotados de IA, pelo que sobre estes últimos penderia uma presunção de culpa.

Ainda nesta linha, equaciona-se também a aplicação da presunção estabelecida no artigo 493.º do CC, cuja aplicabilidade se prende com a existência de um detentor, quer de coisa móvel ou imóvel, quer do animal, que transpondo para o domínio da IA corresponderia ao proprietário ou utilizador da mesma, salvo se provasse que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam produzido independentemente da existência – ou não - de culpa. A responsabilidade consagrada neste artigo é a responsabilidade civil subjetiva com uma presunção de culpa. Uma vez que este artigo se refere às pessoas que assumem um encargo de vigilância dos animais, impõe-se, de modo comparativo, referir o artigo 502.º do CC, uma vez que também este preceito se destina às pessoas que utilizam os animais no seu próprio interesse e, que contrariamente ao artigo 493.º do CC, estabelece uma responsabilidade objetiva, prescindindo da presunção de culpa.

Assim, quanto às presunções aqui enumeradas, na nossa opinião, o método das presunções torna-se inviável, desde logo porque as presunções dos artigos referidos poderão ser facilmente ilididas sempre que se prove que não existe culpa ou que o resultado/dano se produziria independentemente da mesma, e ainda, a inviabilidade das mesmas impõe-se também por força da inexistência de personalidade jurídica adstrita a estes sujeitos dotados de IA²³⁷.

Cumpre-nos, agora, analisar o regime da responsabilidade civil objetiva, que nos termos do artigo 483.º, n.º1 do CC consagra o princípio geral da responsabilidade pelos factos ilícitos e que nos termos do n.º2 do mesmo artigo estão previstos os casos que excecionalmente prescindem do requisito culpa, contrariamente ao sucedido no regime das presunções, e por essa razão, parece ser, uma boa hipótese para resolver a questão da responsabilidade dos entes

²³⁵ Dispõe o artigo 491.º do Código Civil, cuja consagração neste artigo é uma forma de responsabilidade subjetiva, que as pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras são responsáveis pelos danos que causarem a terceiros, salvo se demonstrarem o cumprimento do seu dever de vigilância ou que, não obstante este dever, os danos se tivessem produzido.

²³⁶ MENDES, Pedro Manuel Pimenta – Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: As Possíveis Soluções do Ordenamento Jurídico Português. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra. ISSN 2184-4542. Ano 2 (2020) disponível para consulta em <https://flowpaper.com/online-pdf-viewer/?theme=dark&pdf=https://revistadireitoresponsabilidade.pt/wp-content/uploads/2020/12/2020.12.02-Pedro-Mendes.pdf&wp-hosted=1&title=&header=&singlepage=&thumbs=1&modified=201202141#page=1> (consultado em 22/10/2023).

²³⁷ Sobre a não atribuição de personalidade jurídica aos sistemas providos de IA *vd.* BARBOSA, Mafalda Miranda – “Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspetivas”, *in* *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n.º6, 2017.

dotados de IA.

Neste sentido, o artigo 502.º do Código Civil consagra a hipótese de responsabilidade civil objetiva, independentemente da culpa, em que impende a responsabilidade sobre aquele que utiliza o animal no seu próprio interesse, desde que os danos resultem do perigo especial que evolva a sua utilização.

Nesta linha de pensamento encontramos o fundamento para a imputação de responsabilidade sobre aqueles que beneficiem com a utilização do *software* ou algoritmo, bem como fundamento para responder pelos danos que resultem de especial perigosidade associada.

Similarmente, no artigo 500.º do referido código, encontramos uma outra possível solução para a questão em apreço, uma vez que neste artigo, tal como se sucederá no âmbito da IA, em que um robô dotado de IA é colocado ao serviço de qualquer área inserida na medicina, se responsabiliza o comitente pelos danos causados pelo sujeito (comissário) que encarregou de uma determinada tarefa, mediante o preenchimento de três pressupostos, nomeadamente, vínculo entre comitente e comissário; prática de um facto ilícito no exercício da função que lhe foi conferida; e, por último, quando haja responsabilidade do comissário, do qual resultou o dano, seja culposo²³⁸.

Perante o referido, este regime revela-se também inviável na nossa opinião, uma vez que responsabilidade pelo risco foi concebida para casos expressamente previstos pelo legislador, conforme estipula o artigo 483.º, n.º 2 do CC. Pelo que, o disposto no artigo suprarreferido, estatuiu expressamente que só existe obrigação de indemnizar independente da culpa nos casos específicos da lei, não soluciona a questão em apreço, pois, aplicando em concreto ao utilizador e ao robô, era necessário que este último houvesse agido com culpa, o que não se concebe atento a inexistente personalidade jurídica inerente aos entes dotados de IA.

Por último, mas não menos importante, cumpre-nos abordar a viabilidade de a responsabilidade ser imputada ao produtor, pelo que apraz mencionar a responsabilidade deste regulada no Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de Novembro e analisar os requisitos de aplicação.

Os referidos requisitos prendem-se, primeiramente, com a necessidade de estar perante um produtor nos termos do artigo 2.º, n.º 1 do referido diploma, que alargando esta definição para o domínio dos agentes inteligentes podemos afirmar que cabem nesta noção “(...) entre outros, o engenheiro robótico, o programador ou o produtor de software, o produtor de hardware ou aquele

²³⁸ VARELA, Antunes – Das obrigações em geral, 10.ª ed., Volume I, 12.ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN: 9789724013893.

que apenas tenha recebido o robô de um fornecedor com o objetivo de o vender, alugar ou qualquer outra forma de distribuição”.²³⁹

O segundo requisito prende-se em aferir se software ou algoritmo se subsume à definição de produto²⁴⁰. Neste caso, de acordo com o preceituado no n.º 3 do referido artigo, complementado com o artigo 202.º do CC cuja noção de coisa compreende, parece haver possibilidade de responder afirmativamente.

O último requisito prende-se com a necessidade de o produto, ao ser colocado em circulação, contenha em si um defeito, nos termos do artigo 4.º, n.º 1 do DL 383/89, de 06 de Novembro. No que diz respeito a este último requisito, apraz-nos referir que no âmbito da IA não é possível aferir o grau de segurança que legitimamente se pode exigir de um produto digital, atento a incompatibilidade existente entre o conceito de defeito e a autonomia destes. Assim, a responsabilização do produtor por danos causados pelos sistemas dotados de IA apresenta como obstáculo o estabelecimento da relação causal exigida pelo seu regime normativo entre o defeito e o dano, uma vez que atendendo à capacidade evolutiva do robô dotado de IA, muitos dos danos que possam advir dos sistemas podem não ser fundados num defeito, mas, tão-somente, numa má evolução do algoritmo.

De modo a responder a esta questão, apesar da seguinte proposta não se encontrar prevista no ordenamento jurídico interno, cumpre-nos abordar a mesma pois serve de base à nossa doutrina. Neste sentido, UGO PAGALLO, comparado com o que sucedia com a condição que os antigos escravos detinham, propõe a criação de um *peculium digital*²⁴¹, que permita responsabilizar o utilizador do software inteligente pelos danos que este venha a causar, limitando-o ao valor que lhe fosse atribuído. Com base nesta proposta, há doutrina que sugere que devemos encarar os sistemas dotados de IA como agentes ou meras ferramentas no quadro contratual, podendo, assim, celebrar negócios jurídicos²⁴².

Ora, como vimos, por forma a encontrar respostas para questões atinentes à imputação de responsabilidade proveniente de um dano provocado por um ente dotado de IA, analisaram-se

²³⁹ CAMPOS, Juliana – A responsabilidade civil do produtor pelos danos causados por robôs inteligentes à luz do regime do DL 383/89, de 06 de Novembro. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra. ISSN 2184-4542. Ano 1 (2019). pp. 708, disponível para consulta em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/a-responsabilidade-civil-do-produtor-pelos-danos-causados-por-robos-inteligentes-a-luz-do-regime-do-decreto-lei-n-o383-89-de-6-de-novembro-juliana-campos/#> (consultado em 22/10/2023).

²⁴⁰ Apesar das dificuldades inerentes ao preenchimento do conceito, Calvão da Silva considera o software como produto para efeitos de assimilação pelo âmbito da relevância da responsabilidade do produtor, Cf. SILVA, João Calvão da - Responsabilidade Civil do Produtor. Coimbra: Almedina, 1999, ISBN: 9789724004778, p. 612 e ss.

²⁴¹ PAGALLO, Ugo – The Laws of Robots: Crimes, Contracts and Torts, Springer, 2013.

²⁴² BARBOSA, Mafalda Miranda – Ainda o Futuro da Responsabilidade Civil desafiada pela Inteligência Artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra. ISSN 2184-4542. Ano 2 (2020) p. 325.

normas consagradas enquanto possíveis soluções no ordenamento jurídico português, nomeadamente a responsabilização através de um regime de responsabilidade civil subjetiva ou através de um regime de responsabilidade civil objetiva. Todavia, no que concerne à primeira, apresentaram-se dificuldades de prova da culpa do lesante, o que na nossa opinião desconsidera a adoção deste regime enquanto resposta. No que diz respeito à responsabilidade civil objetiva, apesar das potencialidades do regime, comparativamente à responsabilidade civil subjetiva, para o efeito concreto inexistem soluções no direito constituído capazes de tutelar o lesado quanto aos danos gerados por robôs dotados de IA.

5. Propostas de reflexão: Mudança de paradigma da responsabilidade médica estadual?

Perante o paradigma atual, impõe-se questionar a necessidade e consequente viabilidade de uma mudança sobre o mesmo, no que concerne, especificamente, à imputação de responsabilidade médica estadual atendendo à utilização de entes dotados de Inteligência Artificial, para que seja possível operar o instituto da responsabilidade civil no âmbito da IA, uma vez que, no direito constituído, as soluções preconizadas se revelam inoperantes.

Como vimos, se a utilização de IA na área da saúde apresenta vantagens inequívocas para os pacientes que carecem de cuidados promovendo uma eficiência no desempenho da atividade deste setor, também é certo que a sua utilização comporta um elevado grau de dificuldade no que diz respeito à imputação do facto lesivo ao seu respetivo autor, bem como suscita outras questões jurídicas que carecem de uma solução uniforme e concisa, atento a área em apreço, não podendo tratar-se de uma resposta mecanizada, como se vem a suceder com a utilização de IA, que é incompatível com a preservação da dignidade humana.

Não obstante ser até aqui pacífica a solução que nas relações que se estabelecem entre os hospitais públicos integrados no SNS e os respetivos utentes, apenas possa existir responsabilidade extracontratual da instituição hospitalar, não se descortinando nenhuma hipótese de o utente poder responsabilizar um hospital público a título (meramente) de responsabilidade contratual, perante o paradigma atual, e uma vez analisados ambos os regimes, ainda que subsistam questões atinentes ao regime que melhor se coaduna com os desafios jurídicos inerentes ao tema consideramos que a solução mais viável é a que respeita à análise da conduta praticada pelo médico e que envereda pela via contratual.

Neste ensejo, cumpre ao direito, numa relação simbiótica com o desenvolvimento

tecnológico, assegurar uma suficiente proteção dos utentes, impondo-se uma necessária revisão legislativa que seja capaz de enaltecer as vantagens comunitárias, minimize a produção de danos e dê resposta às questões referentes à responsabilidade originada pelos danos causados pela atuação da IA, cerne do presente trabalho, bem como, promover a literacia digital no âmbito da saúde.

CONCLUSÕES

Da exposição traçada pelo tema da responsabilidade estatal pela prestação de cuidados de saúde, cumpre-nos traçar uma reflexão.

Desde logo, cumpre-nos não olvidar que só recentemente este tema foi e é alvo de atenção pela doutrina e pela jurisprudência, pelo que se trata ainda de um tema que suscita inúmeras questões.

Certo é, no entanto, que este tipo de eventos foi e continuará a ser merecedor da nossa atenção atendendo à crescente litigiosidade ao nível da responsabilidade médica, que é suscetível de prejudicar tanto o paciente lesado – enquanto principal interessado em ver solucionado o quesito -, mas também o profissional médico.

Neste ensejo, e mediante o percurso até aqui percorrido, pôde estudar-se que a maioria dos casos de responsabilidade médica ocorre em hospitais públicos. Por esse facto, aplicar-se-á o Direito Administrativo e o caminho será feito para os tribunais administrativos, como vimos.

Paralelamente, sabemos que estamos no âmbito da responsabilidade civil, mais concretamente da responsabilidade civil administrativa, da qual nascerá uma obrigação de ressarcimento dos danos para aquele que os causou. No entanto, e como se sabe, dentro da responsabilidade civil poderão restar dúvidas acerca da modalidade a adotar, nomeadamente, contratual ou extracontratual, pelo que ponderar-se a criação de uma regulação unitária para os serviços públicos e privados permitiria um maior apoio às partes no que concerne às ações judiciais.

No percorrer deste trabalho, da nossa parte, cremos que inexistem dúvidas que o regime a aplicar à responsabilidade civil administrativa nos hospitais públicos será o da responsabilidade extracontratual, uma vez que entre as partes inexistem deveres contratuais, não podendo fazer-se alusão à violação dessas obrigações, mas sim à lesão de direitos de outrem.

Vimos, também, ao longo do presente estudo, que o maior problema reside na prova, que é uma tarefa complexa, a cargo do lesado, mormente no que concerne ao nexo de causalidade entre o facto e o dano, pelo que urge a necessidade de o cidadão comum, porque naturalmente não detém conhecimento técnico-científico, de socorrer-se de peritos, que acarreta despesas monetárias avultadas, muitas vezes um entreve para a propositura de ações.

Posto isto, o Direito pauta-se por relações jurídicas interpessoais, que se centram em conceitos como Moral e Ética que visam, naturalmente, o apuramento de comportamentos

conformes ou desconformes com a realidade jurídica. Pelo que, concluir-se-á que o sistema jurídico português dispõe das bases necessárias a uma boa proteção dos direitos do utente, desde logo porque tanto o RRCEE, como a legislação avulsa, estatuem regras que, quando adequadamente interpretadas, são capazes de satisfazer as pretensões indemnizatórias do utente lesado.

Outrossim, cumpre-nos, a título de conclusão, referir que, no nosso entender, não é, nem nunca foi, intenção do Legislador penalizar o Hospital ou o médico propriamente dito com o Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual, antes, devendo, como sempre o fizemos, interpretá-lo como o regime de efetiva responsabilização de hospitais e médicos enquanto incentivo a um melhor desempenho dos serviços de saúde e não obstinação em erros anteriormente praticados.

No entanto, tudo o que até aqui se tratou é um problema existente, que agora se capricha e sobre o qual surgem ainda mais dúvidas, uma vez que agora se colocam questões quanto ao instituto da responsabilidade civil por força do uso cada vez mais frequente de Inteligência Artificial nesta área.

Como vimos, as inovações tecnológicas têm permitido uma ascensão fugaz do uso da IA nas sociedades modernas e todas as áreas sem exceção têm sofrido uma grande inovação, por força da Inteligência Artificial, enquanto revolucionária dos nossos dias, razão pela qual interpreto o esforço patente na presente dissertação como um ponto de partida à descoberta de novas dimensões, enumerando vantagens e desafios concernentes ao uso da IA numa área tão crucial, como é a Saúde, mormente, como é nosso interesse primordial, no domínio público (administrativo), uma vez que o Direito confronta novas realidades, porém, ainda tateia, no escuro, procurando instrumentos adequados à sua boa regulação para uma eficiente aplicação.

Cabe ao Direito, porém, enquanto ciência, acompanhar os factos e a sociedade, não manietando o avanço tecnológico, pois, certo é que há ainda um longo caminho a percorrer, nomeadamente devido à dificuldade inerente à aplicação do instituto da responsabilidade civil com IA, bem como ver solucionadas questões como a atribuição de personalidade jurídica aos entes dotados de IA como meio para a responsabilização, entre outros desafios inerentes e melhor concretizados no âmbito da presente dissertação.

Como vimos, é indiscutível que a IA na área da medicina compreende inúmeras vantagens, nomeadamente, otimização nos tratamentos dos pacientes, reduzindo o tempo destes no internamento, superação do envelhecimento das sociedades, auxílio aos clínicos na formulação de um diagnóstico viável e célere através da capacidade destes sistemas para analisar avultados

dados, maior grau de precisão nas intervenções cirúrgicas, melhoria da gestão logística e financeira, na gestão de custos, entre outros convenientemente enumerados.

Em sùmula, concluiu-se que as aplicações de IA possam reduzir os custos associados aos cuidados de saúde, em virtude de apostar mais no processo de prevenção e previsão de doença, e, por consequência, os diagnósticos serem mais precoces, permitindo um acompanhamento mais personalizado, resultando, assim, na redução de hospitalizações e número reduzido de tratamentos.

Por outro lado, cumpre não olvidar que existem também desafios inerentes, e que nem tudo é um mar de rosas, como se dirá na gíria, visto que, de acordo com autores e dados estudados no âmbito da presente dissertação, há várias implicações por parte dos desafios associados à implementação desses sistemas, acabando por criar barreiras que não favorecem a intenção de utilizar este tipo de tecnologia para melhorar a prestação de cuidado, desde logo, identificando-se como principais desafios a complexidade dos algoritmos introduzidos de IA, bem como a integridade e qualidade dos dados armazenados que podem, por vezes, gerar diagnósticos errados ou até tratamentos tendenciosos.

Neste ensejo, perante o drástico e veloz crescente impacto da IA na nossa sociedade, no paradigma atual, de facto, não encontramos ainda uma previsão legal direta e estável que ponha termo às questões inerentes e aos desafios levantados, razão pela qual a doutrina tem procurado, direta ou analogicamente, uma solução legal dentro do regime já existente.

Posto isto, quanto à questão central, isto é, sobre como se processará a responsabilização no âmbito hospitalar público com o uso da IA, bem como se o médico humano pode ou deve ser substituído pelo médico *robot*, defendemos que os benefícios se sobrepõem aos desafios e que será difícil contrariar o impacto da IA na área da Saúde, sendo certo, porém, que o exercício da medicina por um médico humano tem inúmeras valências que escapam às capacidades dos sistemas à base de IA, não se devendo sobrepor uma robotização da medicina, desde logo porque existem um conjunto de requisitos específicos de responsabilidade, transparência, apreciação do processo clínico para posterior tratamento do utente, que são essenciais e que os médicos *robots* não se revelam mais eficientes que o médico humano.

A postura por nós adotada situa-se num posicionamento misto de implementação da IA, na medida em que não rejeitamos a hipótese de o profissional de saúde ser “auxiliado” por estes agentes autónomos dotados de IA em certas tarefas, como realização de diagnóstico e posteriormente na escolha do tratamento mais adequado, mas não podemos ponderar a

substituição de profissionais de saúde pelos robôs dotados de IA, uma vez que não podemos considerar que estes são infalíveis. Do mesmo modo, defendemos que o médico não poderá simplesmente desconsiderar os conhecimentos científicos que aprendeu durante o seu ciclo de estudo e prática no exercício da profissão, pelo que, se o médico desconsiderar tais conhecimentos em função dos resultados obtidos por sistemas de IA, deve ser, nestes casos concretos, responsabilizado.

Por isso, a utilização de IA na área da medicina, na nossa modesta opinião, servirá para operar enquanto ferramenta auxiliar dos médicos humanos, ajudando-os a desempenhar o seu trabalho, atento as vantagens já supra enumeradas, jamais substituindo a medicina tradicional, não sendo concebível, no nosso modesto entendimento, um medico *robot* substituir um médico humano.

Posto isto, daqui em diante, é premente e fundamental continuar a desenvolver estudos que correlacionem as duas áreas, e, como tal, o Governo criar condições promover a alfabetização e literacia dos cidadãos, almejando aprofundar o conhecimento – sobretudo ético -, desmistificar questões, alertando para os impactos desta tecnologia nesta área, concretamente, nos direitos, liberdades e garantias, acompanhando, neste ensejo, a visão da Comissão Europeia para a literacia digital e transformação digital da Europa até 2030 e, desse modo, compreender o caminho que é necessário trilhar para contornar os desafios que obstam à aplicação da IA na área da saúde, mas nunca com o objetivo de substituição da medicina tradicional, antes de auxílio e entreajuda com vista a melhorar os cuidados de saúde a prestar aos utentes.

Assim, somos da opinião que exista uma relação entre o profissional de saúde e os sistemas dotados de IA, potencializando o melhor de cada um, almejando o objetivo pretendido: a cura do doente. Sendo certo que, para efeito de responsabilização, não colhemos a ideia de que deve o médico eximir-se da sua responsabilidade apenas e só por ter o auxílio de um sistema dotado de IA, pois, claramente, nunca o profissional de saúde pode confiar cegamente num sistema dotado de IA, abdicando e desconsiderando os conhecimentos científicos e especializados que obteve, essencialmente, no decurso do seu percurso académico. Por esta razão, a médio e longo prazo, prezamos pela criação de instrumentos jurídicos capazes de promover um sistema de estudo e prevenção do erro médico, especialmente pelo uso de IA.

BIBLIOGRAFIA

- ABBOTT, Ryan, "I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law", Boston College Law Review Vol. 57, Issue 4, 2016.
- ALFONSECA, M., CEBRIAN, M., ANTA, A. F., COVIELLO, L., ABELIUK, A., & RAHWAN, I., "Superintelligence Cannot be Contained: Lessons from Computability Theory", Journal of Artificial Intelligence Research, 2021.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de - *Direito das Obrigações*. 12.^a ed. (reimpressão 2020). Coimbra: Almedina, 2018.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de – Os contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico. Lisboa: AAFDL, 1996.
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE - Artigo 9.º - Ilícitude, *in* Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.
- ALMEIDA, Mário Aroso de - *Teoria Geral do Direito Administrativo*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*. Volume II, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, 3.^a ed. Coimbra: Almedina.
- AMARAL, Diogo Freitas do – Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde. Lisboa: Lex, 1991.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO — A Responsabilidade da Administração no Direito Português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa. Vol. XXV (1973).
- AMORIM, Ana - *A responsabilidade do médico enquanto perito*. Coimbra: Petrony Editora, 2019.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra, n.º 3.951, (Julho/Agosto 2008).
- ANTÓNIO, Isa - A responsabilidade da Administração Pública por atos médicos. Porto: Universidade Católica do Porto, 2008, (dissertação de mestrado).
- ANTÓNIO, Isa – A responsabilidade do Estado por actos médicos: entre a "présomption de faute"

francesa e a "objectivização" espanhola – breve resenha comparativa: uma convergência de regimes? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Vol. 02, n.º 02. (2013).

ANTÓNIO, Isa – *Direito à Saúde: Dilemas Atuais*. 1ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

ANTÓNIO, Isa – Os cuidados de saúde transfronteiriços: problemática em torno do “erro médico”. *UNIO – EU Law Journal*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho. Vol. 2, n. º2 (Junho de 2016). Disponível para consulta em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/download/305/307/595>.

António, Isa; Borges, Patrícia Sousa (Organização) - *Colectânea de Legislação de Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: Quid Iuris, 2022.

ANTUNES VARELA, João de Matos - *Das obrigações em geral*, 10.ª edição, Vol. I. Coimbra: Almedina, 2000.

ANTUNES, Henrique Sousa – *Direito e Inteligência Artificial*. Universidade Católica Editora, Junho de 2020.

ANTUNES, Henrique Sousa – *Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: Enquadramento*. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra. Número 1 (2019). Disponível para consulta em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/inteligencia-artificial-e-responsabilidade-civil-enquadramento/>.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço – *A Ciência Jurídica Administrativa*, com a colaboração de Juliana Ferraz Coutinho. Coimbra: Edições Almedina, 2020.

ANYOHA, Rockwell, “Can Machines Think?” SITN, Harvard University, 2017.

ASAN, Onur [el. al.] - *Artificial Intelligence and Human Trust in Healthcare: Focus on Clinicians*. In Journal of Medical Internet Research. Vol. 22, Issue 6 (19 de Junho de 2020). JMIR Publications Inc. Disponível para consulta em <https://www.jmir.org/2020/6/e15154/> (consultado em 12/10/2023).

BARBOSA, Mafalda Miranda – *Inteligência artificial, entre a utopia e a distopia, alguns problemas jurídicos*, Coimbra: Gestlgal, 2021.

BARBOSA, Mafalda Miranda – Ainda o futuro da responsabilidade civil pelos danos causadas por sistemas de IA. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra. Número 5 (2023).

BARBOSA, Mafalda Miranda – *Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspetiva*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa. Ano 3, n. º6 (2017).

BARBOSA, Mafalda Miranda – O Futuro da Responsabilidade Civil desafiada pela Inteligência Artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra. Ano 2 (2020).

BARBOSA, Mafalda Miranda [et al.] - Direito Digital e Inteligência Artificial [em linha]. São Paulo: Editora Foco, 2021.

BARRA, Tiago Viana – A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. Volume I (2011).

BASTOS, Matilde de Freitas Barbosa Oliveira – A Responsabilidade Civil administrativa por atos médicos praticados em hospitais públicos do Serviço nacional de Saúde, com a orientação de Juliana Ferraz Coutinho e coorientação da Professora Doutora Rute Teixeira Pedro. Porto. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Setembro de 2021, (dissertação de Mestrado).

BOHR, Adam e MEMARZADEH, Kaveh -The rise of artificial intelligence in healthcare applications. In Artificial Intelligence in Healthcare. Denmark: Elsevier, 2020. Disponível para consulta em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7325854/pdf/main.pdf>.

CADILHA, Carlos - *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas - Anotado*, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CADILHA, Carlos – O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa. *Revista do CEJ*. Lisboa. 1.º Semestre, n.º 11 (2009).

CALVÃO DA SILVA, João - *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

CAMPOS, Juliana – A responsabilidade civil do produtor pelos danos causados por robôs inteligentes à luz do regime do DL 383/89, de 06 de Novembro. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra. Ano 1 (2019).

CHOPRA, Samir e WHITE, Laurence F. - *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*. Reino Unido, University of Michigan Press, 2011.

CORREIA, José Manuel Sérvulo – As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Volume 3, n.º7, (2009).

CORTEZ, Margarida – *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

COUTINHO, Diana, BARROS, Marisa, RODRIGUES, Sofia – Direito e Medicina: Novos e velhos desafios na comunicação de más-notícias: uma perspetiva médico-legal. In E.Tec Yearbook- Health Law and Technology. 2019.

CUNHA, Gonçalo Batista Ribeiro da – A inteligência Artificial no exercício da função judicial: de juiz humano a juiz *robô*. Braga: Universidade do Minho, Abril de 2022 (dissertação de Mestrado).

DESTEPHE, Matthieu [et al] – “Walking in the uncanny valley: importance of the attractiveness on the acceptance of a robot as a working partner”. *Front Psychol*.

DIAS, João Álvaro - *Procriação assistida e Responsabilidade Médica*, BFDUC. Coimbra: Coimbra Editora, Abril de 1996.

DIAS, João Álvaro – Culpa médica - algumas ideias. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º5, ano IV.

ESPERANÇA PINA, José António Rebocho - *A Responsabilidade dos Médicos*, 3ªed. Lisboa: Lidel, 2003.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos – Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico *in Direito da Saúde e da Bioética*. Lisboa: AAFDL, 1996.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Direito Penal Português (parte geral)*, Vol. I. Lisboa: Verbo, 1981.

FILIPP, Fabian - Opportunities for Artificial Intelligence in Advancing Precision Medicine. *Current Genetic Medicine Reports*. Vol. 11 (2019). Disponível para consulta em <https://link.springer.com/article/10.1007/s40142-019-00177-4#citeas>.

FONSECA, Gonçalo Correia – Responsabilidade Administrativa à luz do paradigma da boa administração, com orientação de Juliana Ferraz Coutinho. Porto. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017 (dissertação de Mestrado).

FRANCESCO PAPPALARDO [et al.], “*In silico clinical trials: concepts and early adoptions*”, *Briefings in Bioinformatics*, vol. 20, n.º5, 2019.

GASPAR, António Silva Henriques - A Responsabilidade Civil do Médico, *in Coletânea de Jurisprudência*, Ano III, 1978.

GERKE, Sara [et. al.] - Ethical and legal challenges of artificial intelligence - driven healthcare, *in* BOHR, Adam e MEMARZADEH, Kaveh - *Artificial Intelligence in Healthcare*. Denmark: Elsevier Inc, 2020. Disponível para consulta em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7332220/pdf/main.pdf>.

GIGENA, Júlio I. Altamira - *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1973.

GILVARY C, MADHUKAR N, ELKHADER J, ELEMENTO, Olivier. The Missing Pieces of Artificial Intelligence in Medicine. *Trends in pharmacological sciences*, 2019.

GOMES, Carla Amado – *Textos diversos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*. Lisboa: AAFDL, 2010.

GOMES, Carla Amado Gomes - Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas?. Revista CEJ, n.º 2, Lisboa, (2014).

GONÇAVES, Carla – *A responsabilidade médica objetiva in Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 2005.

HALLEV, Gabriel - “The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – From Science Fiction to Legal Social Control”, Akron Intellectual Property Journal, 2010.

Inteligência Artificial, Harvard Business Review – Visões Fundamentais. Lisboa: Actual Editora, Julho de 2020.

JAJAL, Tannya D - *Distinguishing between Narrow AI, General AI and Super AI*.

KHALIL, Islam [et al.] - *IEEE Robot Autom Lett*. Volume 3, n.º 2 (2018). Páginas 1112-1119.

LARSON, Jeff [et al.] - “How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm”, *ProPublica* [online], 22 de maio de 2016.

LEIBNIZ, G. W., “Principi ed esempi della scienza generale”, *Scritti di logica*, Milano, Mondadori, 2009.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das Obrigações*, 11.ª Edição, Vol. I. Coimbra: Almedina, 2014.

LEMOS, André - *Cibercultura: Tecnologia e vida social na cultura contemporânea. Ucrânia*. Editora Sulina, 2023.

MANNING, Christopher - *Artificial Intelligence Definition*, Stanford University human-centered artificial intelligence. Setembro, 2020.

MARQUES MARTINS MARGARIDO, Inês Tomás – A medicina do futuro nos dias de hoje: Aplicação da Inteligência Artificial. Lisboa: Universidade de Lisboa. Março de 2020 (trabalho Final Mestrado Integrado em Medicina).

MARTINEZ-CALCERRADA, Luiz, MONTERO, Rircardo de Lorenzo y, SUÁREZ, José María Álvarez-Cienfuegos - *Derecho médico – Tratado de Derecho Sanitário*, Tomo I. Madrid: Colex, 2001.

MEDEIROS, Rui - Artigo 10.º - Culpa, *in* Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

MENDES, Pedro Manuel Pimenta – Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: As Possíveis Soluções do Ordenamento Jurídico Português. *Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra*. Ano 2 (2020).

MENEZES CORDEIRO, António, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, PEREIRA DUARTE, Diogo, (coord.) - *FinTech. Desafios da Tecnologia Financeira*. Coimbra: Almedina, 2017.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves - Algumas questões sobre responsabilidade civil médica da Administração. CJA, n.º 50, Março/Abril 2005.

NETO, Nuno Eduardo Freitas Devesa - A inteligência Artificial no seio do Corporate Governance: O impacto da inteligência artificial no órgão de administração das sociedades anónimas. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021 (dissertação de Mestrado).

OLIVA, Antonio [*et al*] - Management of Medico-Legal Risks in Digital Health Era: A Scoping Review. *Front Med (Lausanne)*, Vol. 8 (2022).

OLIVEIRA, Guilherme – Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado, *in Temas de Direito da Medicina*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Joaquim Belchior Dias Vieira Monteiro de - O erro médico nas instituições públicas de saúde, com orientação de Filipa Urbano Calvão. Porto: Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2013 (dissertação de Mestrado).

PEDRO, Rute Teixeira - *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

Pereira, André Dias, O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil, Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

PEREIRA, André Gonçalo Dias - Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, (dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas).

PEREIRA, André Gonçalo Dias – As declarações de responsabilidade no setor da saúde. A independência das ordens profissionais (re)pensar o direito administrativo. Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 35, Maio-Setembro de 2022.

PEREIRA, André Gonçalo Dias – Breves Notas Sobre a Responsabilidade Médica em Portugal. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*. Número 17, Ano XVI (2007).

PEREIRA, André Gonçalo Dias – Responsabilidade Civil em Saúde e Violação do Consentimento

informado na jurisprudência portuguesa recente. *Revista JULGAR*, n.º 42. Almedina, (2020).

PINA, J.A. Esperança – *A responsabilidade dos Médicos*, 3.ª edição. Lisboa: LIDEL, 2003.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA - *Código Civil: Anotado*, vol. II, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

RAJKOMAR, Alvin [et al] - *Ensuring Fairness in Machine Learning to Advance Health Equity*, *Annals of Internal Medicine*. DOI: 0.7326/M18-1990. Volume 169, n.º 12 (2018).

RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico*, 1.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2013, p. 31.

RIBEIRO, Ricardo Lucas - *Obrigações de meios e obrigações de resultado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha - *Responsabilidade Médica em Direito Penal (Estudo dos Pressupostos Sistemáticos)*. Coimbra: Almedina, 2007.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha – Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos *Direito e Justiça*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XIV, Tomo III (2000).

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes - Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ / Consentimento do Doente. *Data Venia*. Ano 1, N.º01 (Julho-Dezembro de 2012), disponível para consulta em <https://www.datavenia.pt/ficheiros/pdf/datavenia01.pdf> .

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ Consentimento do Doente. *Data Venia*, Ano 1, n.º 01, Julho - Dezembro (2012).

ROQUE, Miguel Prata - O Nascimento da Administração Eletrónica num Espaço Transnacional (Breves notas a propósito do projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo). *e-Pública*. Lisboa. n.º 1 (2014).

SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE - “Transição Digital na Saúde”, in *Notícias de Saúde*, 19 de Abril de 2023, disponível para consulta em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2023/04/19/transicao-digital-na-saude-2/>.

SILVA, Artur Flaminio da – Inteligência Artificial e Direito Administrativo, in *Direito Administrativo e Tecnologia*. 3.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2023.

SILVA, Eva Sónia Moreira da e FREITAS, Pedro Miguel – *Inteligência Artificial e Robótica, Desafios para o Direito do Século XXI*. 1.ª edição. Coimbra: GESTLEGAL, 2022.

SILVA, Nuno Sousa e - *Direito e robótica: uma primeira aproximação*. Revista da Ordem dos

Advogados. Lisboa. Ano 77, Jan./Jun, (2017).

SIMÕES, Fernando Dias – *A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade civil*. Revista Dereito. Espanha. Vol. 2, n.º1, (Janeiro a Junho de 2013).

SOUSA, Ana Pereira de – A Culpa do Serviço no exercício da função administrativa. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. Volume I, Número 72 (2012).

SOUSA, Marcelo Rebelo de - Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: culpa do agente ou culpa da organização?, *in* Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: AAFDL, 1996.

SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado - *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.ª Ed., Reimpressão, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 2008.

SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado – *Direito Administrativo Geral - Atividade Administrativa*, Tomo III, 2.ª edição. Lisboa: D. Quixote, 2009.

SOUSA, Miguel Teixeira de – Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica, *in* *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: AAFDUL, 1996.

SOUZA, Paulo Vítor – Artificial intelligence and copyright, *in* *De Legibus*, Lisboa: Universidade Lusófona, N.º 1 (2021).

TAIPA DE CARVALHO, Américo - *Direito Penal, Parte Geral*, 2ª.ed. Coimbra Editora, 2008.

VARELA, Antunes - *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ªEd. Coimbra: Almedina, 2005.

VARELA, Antunes – *Das obrigações em geral*. 10.ª edição, 12.ª reimpressão, Vol. I, Coimbra: Edições Almedina, 2015.

VARELA, João Antunes - *Das Obrigações em Geral*, 9.ª edição, Vol. I. Coimbra: Almedina, 1996.

VOUGA, Rui Torres – A responsabilidade Civil médica (decorrente de atos médicos praticados em hospitais públicos). *Centro de Estudos Judiciários*. Lisboa, 2018.

Jurisprudência Citada:

Acórdão n.º 7891 da terceira seção do Conselho de Estado italiano, de 25/11/2021.

Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, datado de 4 de Março de 2008, Proc. n.º 08A183, Relator Fonseca Ramos.

Acórdão do STA de 28/11/1966, ADSTA 51 (1966), 321.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 16/05/1996, Proc. n.º 036075, Relator Vaz Serra Lima.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 07/12/1999, Proc. n.º 044836, Relator Vaz Serra Lima.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 10/02/2000, Proc. n.º 045191, Relator Vaz Serra Lima.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, datado de 21/11/2013, Proc. No 09361/12, Relator Paulo Pereira Gouveia.

Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, datado 22/05/2003, Proc. n.º 03P912, Relator Neves Ribeiro.

Acórdão do Tribunal Judicial de Viseu, datado de 05-02-2005, Proc. n.º 1148/98.5TAVIS, Relator António Cunha.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 22/03/2007, Proc. n.º 5177/2006-2, Relator Neto Neves.

Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, datado de 04/03/2008, Proc. n.º 08A183, Relator Fonseca Ramos.

Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, datado de 17/12/2009, Proc. n.º 3784/15.8T8CSC.L1.S1, Relator Pires da Rosa.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 18/03/2010, Proc. n.º 1364/05.5TBBCL.G1, Relatora Conceição Bucho.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 10/01/2012, Proc. No1585/06.3TCSNT.L1-1, Relator Rui Vouga.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 13-03-2012, Proc. n.º 0477/11, Relator Políbio Henriques.

Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, datado de 02/06/2015, Proc. n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, Relatora Maria Clara Sottomayor.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 16/12/2015, Proc. n.º 1490/09.1TAPTM.LI-3, Relator Rui Gonçalves.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 28-11-2018, Proc. n.º 558/11.9TBCBR.C1, Relator Luís Cravo.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 13/02/2012, Proc. n.º 0477/11,

Relatora Dulce Neto.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, datado de 10-03-2023, Proc. n.º 00029/15.4BEBRG, Relatora Helena Ribeiro.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, datado de 30-06-2023, Proc. n.º 01535/12.8BEPRT, Relatora Helena Ribeiro.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, datado de 30-10-2020, Proc. n.º 02027/12.0BEPRT, Relatora Helena Ribeiro.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, datado de 05-11-2021, Proc. n.º 00533/11.3BEPRT, Relator Ricardo de Oliveira e Sousa.