

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 1347/04.2TBPNF.P1

Relator: ANABELA DIAS DA SILVA
Sessão: 16 Novembro 2010
Número: RP201011161347/04.2TBPNF.P1
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: APELAÇÃO.
Decisão: CONFIRMADA.

ACTO MÉDICO **DIREITO REAL DE GARANTIA**

DIREITO DE SEQUELA

Sumário

I- Por acto médico entende-se o acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas adequadas, cfr. Almeida Costa, in “Direito das Obrigações”, pág.431.

II- Ao autor competia, pois, provar que o diagnóstico e tratamento feito pelo 2.º réu no Hospital, também réu, foi errado e, por isso, sofreu importante dano, pois se outro acto médico tivesse sido praticado poderia ter levado ao tratamento da patologia de que padecia.

III- A obrigação a que o 2.º réu/médico estava obrigado era uma obrigação de meios, pois como médico estava tão só adstrito a prestar ao doente os melhores cuidados, em conformidade com as *leges artis* e os conhecimentos científicos actualizados e comprovados à data dos factos, mas não a cura.

IV- Mas já se verificará incumprimento se é cometida uma falta técnica, por acção ou omissão, das *leges artis* e dos deveres de cuidado, decorrentes dos conhecimentos científicos disponíveis, implicando, por exemplo, a omissão do uso de meios humanos ou técnicos auxiliares necessários à obtenção do melhor tratamento.

V- Competia ao autor o ónus de prova de que o 2.º réu realizou um juízo de diagnóstico errado.

Texto Integral

Apelação

Processo n.º 1347/04.2 TBPNE.P1

Tribunal Judicial de Penafiel - 3.º juízo

Recorrente - B.....

Recorridos - Hospital Padre Américo - Vale do Sousa, (Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, E.P.E.)

C.....,

D..... Ld.ª. e

E..... S.A

Relator - Anabela Dias da Silva

Adjuntos - Desemb. Sílvia Pires

Desemb. Ana Lucinda Cabral

Acordam no Tribunal da Relação do Porto

I - B..... instaurou no Tribunal Judicial de Penafiel a presente acção declarativa, sob a forma de processo ordinário, contra Hospital Padre Américo - Vale do Sousa, (Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, E.P.E.), C..... e D..... Ld.ª, com sede em Vila Nova de Famalicão, pedindo que os réus fossem, solidariamente, condenados a pagar-lhe a quantia de 175.000,00€, acrescida dos juros legais, desde a citação até integral pagamento.

Para tanto alegou, em síntese, que em virtude de errado diagnóstico efectuado no dia 18.08.2002, no hospital 1.º réu, por parte do 2.º réu que aí prestava serviço como médico, e da consequente errada prescrição e tratamento, o autor sofreu vários danos irreparáveis e irreversíveis, no caso, a perda do testículo esquerdo. Tal situação causou ainda ao autor outros danos, sendo que por todos quer ser ressarcido, computando a indemnização a que se julga com direito em 1.700.000,00€.

Mais alegou o autor que a responsabilidade da 3.ª ré advém do facto de ter indicado e cedido ao 1.º réu, no âmbito de um contrato de fornecimento de pessoal médico que tinha com este celebrado, os serviços do 2.º réu.

*

Os réus foram, pessoal e regularmente citados e todos vieram pedir a improcedência da acção.

O 1.º réu, no essencial, alegou desconhecer os factos alegados pelo autor e impugnou que o autor apresente qualquer incapacidade para o normal desenvolvimento da actividade sexual e para viabilizar a reprodução humana.

Finalmente, alegou ainda que o 2.º réu - médico que assistiu o autor - gozava de absoluta liberdade de diagnóstico e de prescrição, tendo agido de acordo com os procedimentos comuns, ou seja, com as “legis artis” da medicina.

*

A 3.ª ré veio invocar a sua ilegitimidade, pois, não obstante aceitar que à data dos factos existir um contrato de prestação de serviços, por via do qual cedeu os serviços de médico prestados pelo co-réu C..... ao Hospital Padre Américo em Penafiel, não exercia qualquer autoridade, direcção ou fiscalização sobre os serviços prestados pelo referido médico.

Mas mesmo que assim se não entendesse, nunca seria a responsável pelo pagamento de qualquer indemnização ao autor, já que havia transferido a responsabilidade civil que lhe pudesse advir por actos praticados pelo referido médico para a Companhia E....., por contrato de seguro válido e vigente à data dos factos, com a apólice, n.º 882332.

Alegou ainda que em 1.07.2002 foi celebrado entre o Hospital Padre Américo e ela própria um contrato de prestação de serviços em que esta se comprometia a disponibilizar 336 horas de trabalho médico em benefício daquele Hospital, a prestar por médicos ao seu serviço, trabalho esse exercido “sob orientação hierárquica e direcção técnica” da co-ré Hospital Padre Américo.

Finalmente, impugnou, por desconhecimento, os demais factos invocados pelo autor e terminou pedindo a sua absolvição da instância, ou se assim se não entender a improcedência da acção absolvendo-a do pedido.

*

O 2.º réu veio também invocar a sua ilegitimidade, nos mesmos termos que o tinha feito a 3.ª ré e impugnou a versão dos factos apresentada pelo autor na petição inicial.

Terminou pedindo a sua absolvição da instância ou, caso assim não se entendesse, pediu que a acção fosse julgada improcedente por não provada e ele absolvido do pedido.

*

O autor requereu a intervenção principal provocada da E..... S.A., com sede em Lisboa, o que foi oportunamente deferido e por isso foi a interveniente citada para contestar o que fez, terminando pedindo a improcedência da acção e, em consequência a sua absolvição do pedido.

Para tanto, alegou, em síntese, que nunca foi emitida qualquer apólice que titulasse um qualquer contrato de seguro celebrado entre a contestante e a 3.ª ré.

Por outro lado defendeu que está prescrito em relação a si o direito que o autor pretende fazer valer por via da presente acção, já que entre a data da

sua citação e a data dos factos decorreram mais de três anos.

No mais, impugnou por remissão para as contestações dos demais réus os factos vertidos na petição inicial.

*

O autor veio replicar, designadamente veio pugnar pela legitimidade dos 2.º e 3.º réus, assim como pela não prescrição do seu direito contra a seguradora interveniente.

*

Dispensada audiência preliminar, foi proferido despacho saneador, no âmbito do qual se julgou improcedente a excepção dilatória arguida pelos réus D..... Ld.ª e C....., tendo sido relegado para sede de sentença final o conhecimento da excepção peremptória de prescrição.

Foi seleccionada a matéria de facto e elaborada a base instrutória de que se não reclamou.

*

Realizou-se o julgamento da matéria de facto, com gravação em sistema audio dos depoimentos prestados, após o que foi proferida a respectiva decisão, de que também se não reclamou.

*

Por fim, foi proferida sentença onde se julgou a acção totalmente improcedente, por não provada e, em consequência absolveram-se todos os réus do pedido formulado pelo autor nos autos.

*

Não se conformando com tal decisão, dela veio o autor recorrer, de apelação, pedindo a sua revogação e substituição por outra que, reapreciando a matéria de facto, julgue a acção procedente e condene os réus, solidariamente, no pedido formulado.

O apelante juntou aos autos as suas alegações que terminam com as seguintes conclusões:

.....

.....

.....

*

Os réus/apelados, Hospital Padre Américo – Vale do Sousa e E....., SA apresentaram contra-alegações pugnando pela confirmação da decisão recorrida.

II – Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

Da 1.ª instância chegam-nos provados os seguintes factos:

1. Entre o Hospital padre Américo e a D....., Lda. foi celebrado em 1 de

- Julho de 2002, o contrato denominado "prestação de serviços" junto a fls. 74 e 75. – alínea A) dos factos assentes.
2. O 2.º Réu é médico e no dia 18 de Agosto de 2002 exercia funções no Hospital Padre Américo. – alínea B) dos factos assentes.
3. Entre a D....., Lda. e o Dr. C..... foi celebrado, em 1 de Janeiro de 2002 um acordo nos termos do qual este prestaria serviços médicos por ordem daquela no Hospital Padre Américo. – alínea C) dos factos assentes.
4. A D....., Lda. indicou e cedeu os serviços do 2º Réu ao Hospital padre Américo, no âmbito do contrato referido em A). – alínea D) dos factos assentes.
5. A E..... SA foi citada para a presente acção em 21.11.2006. – alínea E) dos factos assentes.
6. No dia 18 de Agosto de 2002 o Autor dirigiu-se, por volta das 8,30 horas, ao Hospital Padre Américo, em Penafiel. – resp. uês. 1.º da b.i.
7. Após ter sentido durante a noite fortes dores e inchaço no testículo esquerdo e vómitos. – resp. uês. 2.º da b.i.
8. No Hospital, o A. Foi atendido, cerca das 9 horas. – resp. uês. 3.º da b.i.
9. Pelo médico Dr. C..... – resp. uês. 4.º da b.i.
10. O médico determinou a realização de uma análise à urina do Autor. – resp. uês. 5.º da b.i.
11. O autor esperou cerca de 4 horas pelos resultados da análise. – resp. uês. 6.º da b.i.
12. Face aos resultados das análises efectuadas o médico pôs em dúvida a correcção dos mesmos, porque não indicavam qualquer infecção. – resp. ques. 7.º da b.i.
13. O médico decidiu medicar o autor apenas com base no diagnóstico baseado na apalpação e na observação sumária, directa e presencial do doente. – resp. uês. 8.º da b.i.
14. Sem determinar a repetição das análises para melhor confirmar o diagnóstico. – resp. ques. 9.º da b.i.
15. O médico medicou o Autor com Spidifer 600 mg e Loxina. – resp. ques. 11.º da b.i.
16. E disse-lhe que caso não se verificassem melhoras, o Autor deveria consultar um urologista. – resp. ques. 12.º da b.i.
17. O autor nas primeiras 24 horas sentiu ligeiras melhoras. – resp. ques. 13.º da b.i.
18. O autor perante a persistência dos sintomas viu-se obrigado a consultar em Lisboa o Dr. F....., Urologista. – resp. ques. 14.º da b.i.
19. Facto que teve lugar em 22 de Agosto de 2002. – resp. ques. 15.º da b.i.
20. Este Urologista ordenou a realização imediata de exames, designadamente

um ecodoppler escrotal. – resp. ques. 16.º da b.i.

21. Deste exame resultou que: “O testículo esquerdo se apresentava aumentado de volume, hiporreflector, heterogéneo, com zonas de diferentes sensibilidades acústicas, predominantemente sólidas, embora sendo possível individualizar algumas Imagens lacunares traduzindo provável processo evolutivo isquémico”. – resp. ques. 17.º da b.i.

22. O Dr. C..... diagnosticou ao autor uma epididimite. – resp. ques. 19.º da b.i.

23. Situação que considerou de tratamento fácil e sem problemas de maior. – resp. ques. 20.º da b.i.

24. O autor veio a ser operado no Hospital Particular de Lisboa, no dia 26 de Agosto de 2002. – resp. ques. 21.º da b.i.

25. Tendo-lhe sido aplicado um implante testicular. – resp. ques. 22.º da b.i.

26. Perante o diagnóstico de torção testicular, é obrigatória uma intervenção médica cirúrgica nas 6 a 8 horas seguintes ao início dos sintomas da doença. – resp. ques. 29.º da b.i.

27. O autor sofreu perda irreversível do testículo esquerdo no que ao seu normal funcionamento respeita. – resp. ques. 30.º da b.i.

28. Facto que era evitável se a intervenção cirúrgica tivesse sido realizada nas 6 a 8 horas como referido em 29.º, e se o autor sofresse de torção testicular. – resp. ques. 31.º da b.i.

29. Devido à perda do testículo o autor receou durante algum tempo a intimidade com elementos do sexo oposto. – resp. ques. 35.º da b.i.

30. A perda do testículo fez o autor sofrer e angustiou e angustia o mesmo. – resp. ques. 38.º da b.i.

31. A perda do testículo esquerdo faz o autor duvidar da sua virilidade. – resp. ques. 39.º da b.i.

32. E fê-lo perder confiança em si próprio. – resp. ques. 40.º da b.i.

33. O que lhe causou durante algum tempo dificuldade na aproximação e contacto com o sexo oposto. – resp. ques. 41.º da b.i.

34. E fez o Autor perder durante algum tempo a alegria de viver. – resp. ques. 42.º da b.i.

35. O autor encontrava-se a preparar os exames das disciplinas de Língua Portuguesa e Matemática (2.ª fase) que tinham lugar nos dias 3 e 6 de Setembro. – resp. ques. 43.º da b.i.

36. A Situação vivida dificultou-lhe a concentração e o interesse pelo estudo. – resp. ques. 44.º da b.i.

37. O que contribuiu para a sua reprovação. – resp. ques. 45.º da b.i.

38. O autor até á data dos factos foi um aluno médio, cumpridor, aplicado, motivado e interessado. – resp. ques. 46.º da b.i.

39. Durante algum tempo próximo à perda do testículo tal perda causou um trauma ao autor. – resp. ques. 48.º da b.i.
40. As dores físicas e morais, o desalento pelo que estava a viver contribuíram para o insucesso do autor cujos resultados o impediram de ingressar, nesse ano, no ensino superior. – resp. ques. 49.º da b.i.
41. Durante algum tempo próximo da perda do testículo esquerdo, o autor andou apático. – resp. ques. 50.º da b.i.
42. Desiludido com a vida. – resp. ques. 51.º da b.i.
43. Desinteressado. – resp. ques. 52.º da b.i.
44. Triste. – resp. ques. 53.º da b.i.
45. Tal facto originou, além do atraso escolar, uma desmotivação do A. Pelo não acompanhamento dos seus antigos colegas, e ainda a frustração de ser “apanhado” pelo irmão mais novo. – resp. ques. 55.º da b.i.
46. O Autor não se sente à vontade para explicar a quem o questiona sobre a sua falta de aproveitamento escolar € que a mesma se deveu ao problema em questão. – resp. ques. 56.º da b.i.
47. O autor, por tudo o que lhe aconteceu, sentiu-se inibido, durante algum tempo próximo à perda do testículo, nos grupos de familiares e amigos. – resp. ques. 58.º da b.i.
48. O autor durante algum tempo próximo à perda do testículo sentiu-se inibido quando ia à piscina e à praia, com medo de que as pessoas se apercebessem da sua lesão. – resp. ques. 59.º da b.i.
49. O Autor não se sente à vontade em praticar desporto quando isso envolva expor-se nos balneários masculinos. – resp. ques. 60.º da b.i.
50. O dano que sofreu tem duração para toda a vida. – resp. ques. 63.º da b.i.
51. O 2.º Réu agia sob a orientação técnico-profissional do Hospital Padre Américo. – resp. ques. 64.º da b.i.
52. E este facultava àquele os recursos técnicos, económicos e organizacionais para o exercício da medicina. – resp. ques. 65.º da b.i.
53. A epididimite é uma possibilidade diagnóstica face aos sintomas referidos em 2.º. – resp. ques. 66.º da b.i.
54. A epididimite pode provocar trombose dos vasos espermáticos que degeneraram em necrose isquémica. – resp. ques. 67.º da b.i.
55. O Dr. C..... no dia 18.08.2002 disse ao autor que, a manter-se aquele quadro clínico, devia consultar um médico especialista em Urologia. – resp. ques. 68.º da b.i.
56. Ao tempo, 18.08.2002, o serviço de urgência do Hospital Padre Américo não possuía a especialidade de urologia. – resp. ques. 69.º da b.i.
57. A Ré D..... havia transferido a responsabilidade que lhe pudesse advir por actos médicos praticados pelo Dr. C..... para a E....., por acordo

constante de "contrato de seguro" com o n.º 882332 válido e em vigor em 18 de Agosto de 2002. – resp. ques. 70.º da b.i.

58. No dia 18 de Agosto de 2002 no Hospital Padre Américo não funcionava o serviço de ecografia. – resp. ques. 71.º da b.i.

III - Como é comumente sabido, é pelas conclusões das alegações do recorrente que se define e delimita o objecto dos recursos, pelo que o tribunal de recurso não poderá conhecer de matérias ou questões nelas não incluídas, a não ser que sejam de conhecimento oficioso, e sendo certo que os recursos não visam criar decisões sobre matéria nova, o seu objecto é delimitado pelo conteúdo da decisão recorrida, cfr. art.ºs 664.º, 684.º n.º 3 e 690.º n.ºs 1 e 4, todos do C.P.Civil, pelo que são questões a decidir no presente recurso:

1.ª - O depoimento prestado pelo médico Dr. H....., ouvido como testemunha arrolada pelo 2.º réu, Dr. C....., não pode ter nos autos a qualidade de testemunha?

2.ª - Saber se ocorreu erro manifesto e notório na apreciação da prova, relativamente à decisão dada aos quesitos 2.º, 13.º, 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, 28.º, 30.º, 31.º, 32.º, 33.º, 34.º, 47.º, 48.º e 68.º, pelo que deve ser alterada a respectiva decisão?

3.ª - Saber se o tribunal recorrido se pronunciou sobre matéria que não foi sequer alegada nem provada pelas partes, designadamente pelos réus, e nem sequer constava explicitamente da base instrutória dos autos?

4.ª - Da decisão de direito, designadamente da excepção da prescrição do direito invocado nos autos pelo autor?

*

Ao presente recurso não é aplicável o regime processual estabelecido pelo DL 303/2007, de 24.08, por respeitar a acção instaurada antes de 1 de Janeiro de 2008, cfr. n.º 1 do art.º 11.º e art.º 12.º do citado DL.

*

Vejam os a 1.ª questão colocada pelo apelante – da qualidade de testemunha do Dr. H.....

Diz o apelante que a testemunha arrolada pelo 2.º réu Dr. H....., médico de clínica geral do Hospital Padre Américo, em rigor e à luz do disposto no artigo 638.º do C.P.Civil, não pode possuir essa qualidade, e isto porque não é médico especialista em urologia, (o que era fundamental para a produção de juízos de conhecimento seguro e rigoroso sobre a matéria dos autos); jamais contactou o autor; nunca lhe prestou qualquer assistência; só tomou conhecimento do caso vários meses após a ocorrência da situação, pelo que o seu conhecimento é de natureza geral e abstracta, nada conhecendo do caso concreto, em

domínio que não é da sua especialidade. Termina o autor/apelante dizendo que o referido médico não pode ter a qualidade de testemunha, nem de perito, pelo que o seu depoimento não podia ser valorado, como foi, pelo tribunal recorrido.

Como escreve Lebre de Freitas in "Código de Processo Civil, Anotado", vol.2, pág. 609 "A prova testemunhal, tal como as restantes, incide sobre os factos, relevantes para o exame e a decisão da causa, que devem considerar-se controvertidos ou necessitados de prova (art. 513)."

Como é sabido a testemunha tem de possuir capacidade natural para depor, cfr. art.º 616.º; não pode estar afectada por qualquer impedimento, cfr. art.º 617.º; e não pode revelar, quanto a ela, uma recusa legítima a depor, cfr. art.º 618.º.

Como é óbvio e resulta do que ficou consignado em acta quanto à identificação e quanto às respostas aos chamados "costumes" relativos à testemunha em causa, esta não apresenta qualquer incapacidade ou inabilidade para depor. Na verdade a testemunha deve narrar em tribunal factos por ela própria praticados, em que teve intervenção ou por si directamente observados, incluindo narrações que lhe hajam sido feitas por quem directamente observou os factos a provar. Todavia não basta a simples narração ou relato dos factos, é necessária a indicação das circunstâncias em que tais factos ocorreram, e com especial relevância para a valoração positiva ou negativa do depoimento, é necessário que a testemunha indique a sua razão de ciência, ou seja, de como os factos relatados vieram ao seu conhecimento.

Efectivamente o que o apelante questiona por via do presente recurso, no que concerne à testemunha Dr. H....., é a sua razão de ciência (cfr. art.º 618.º n.º 1 do C.P.Civil), e consequentemente o facto do tribunal recorrido, depois de ter apreciado livremente toda a prova produzida, ter formado a sua convicção relativamente a factos relevantes para o desfecho da acção também, mas não só, depois da análise crítica do depoimento que ela produziu.

No caso concreto, é desde logo manifesto que a testemunha Dr. H..... teve conhecimento directo da situação em apreço nos autos, desde logo porque foi ele próprio quem se encarregou (ou foi encarregado) de responder à carta-exposição que a mãe do autor havia endereçado ao 2.º réu, Dr. C....., junta a fls. 16 e 17 dos autos, relativamente ao atendimento hospitalar que foi prestado ao seu filho no dia 18 de Agosto, na qualidade de director clínico do Hospital Padre Américo, como se pode ver pelo teor do documento junto pelo autor como doc. n.º4 (fls. 18).

Como resulta da fundamentação da decisão de facto proferida em 1.ª instância, o tribunal ao analisar e valorar o depoimento da testemunha em apreço teve sempre bem presente a sua razão de ciência, sendo elucidativo

desse facto o que se pode ler da referida fundamentação ou motivação da decisão do facto, ou seja: - “ (...) A resposta dada aos artigos 64.º e 65.º resultou directamente quer do contrato de prestação de serviços junto aos autos a fls, 74 e 75 quer do depoimento da testemunha., médico Dr. H..... na altura director clínico do Hospital Réu”.

Finalmente, e seguindo o raciocínio faccioso do apelante, também a testemunha, médico estomatologista, Dr. I....., que segundo o seu depoimento, não obstante ser primo da mãe do autor, apenas soube da situação do autor por via telefónica, poderia ter sido inquirido, como foi, como testemunha arrolada pelo próprio autor...

Pelo que e sem necessidade de outros considerandos nada impede que o Dr. H..... seja ouvido, como foi no tribunal recorrido, como testemunha e consequentemente o seu depoimento depois de devidamente analisado e criticado seja tido em conta, como foi, na decisão da matéria de facto controvertida.

Improcedem as respectivas conclusões do apelante.

*

2.ª questão – da impugnação da decisão de facto.

No que concerne à impugnação da decisão de facto proferida em 1.ª instância, importa atentar no que dispõe no art.º 712.º do C.P.Civil.

Como refere F. Amâncio Ferreira, in “Manual dos Recursos em Processo Civil”, 2.ª ed., 2001, pág. 127, resulta de tal preceito que «... o direito português segue o modelo de revisão ou reponderação ...», ainda que não em toda a sua pureza, porquanto comporta excepções, as quais se mostram referidas pelo mesmo autor na obra citada.

Os recursos de reponderação, segundo o ensinamento do Prof. Miguel Teixeira de Sousa, in “Estudo Sobre o Novo Processo Civil”, pág. 374, «...satisfazem-se com o controlo da decisão impugnada e em averiguar se, dentro dos condicionalismos da instância recorrida, essa decisão foi adequada, pelo que esses recursos controlam apenas - pode dizer-se - a “justiça relativa” dessa decisão». Por isso, havendo gravação dos depoimentos prestados em audiência de julgamento, como no presente caso se verifica, temos que, nos termos do disposto no art.º 712.º n.º 1 al. a) e n.º 2 do C.P.Civil, o tribunal da Relação pode alterar a decisão do tribunal de 1.ª instância sobre a matéria de facto, desde que, em função dos elementos constantes dos autos (incluindo, obviamente, a gravação), seja razoável concluir que aquela enferma de erro. Não esquecendo que ao reponderar a decisão da matéria de facto, não obstante a gravação da audiência de julgamento, esta continua a ser enformada pelo regime da oralidade (ainda que de forma mitigada face à gravação) a que se mostram adstritos, entre outros, o princípios da

concentração e da imediação, o que impede que o tribunal de recurso apreenda e possa dispor de todo o circunstancialismo que envolveu a produção e captação da prova, designadamente a testemunhal, quase sempre decisivo para a formação da convicção do juiz; pois que, como referem A. Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, in “Manual de Processo Civil”, 2.^a ed. pág. 657, a propósito do “Princípio da Imediação”, «...Esse contacto directo, imediato, principalmente entre o juiz e a testemunha, permite ao responsável pelo julgamento captar uma série valiosa de elementos (através do que pode perguntar, observar e depreender do depoimento, da pessoa e das reacções do inquirido) sobre a realidade dos factos que a mera leitura do relato escrito do depoimento não pode facultar. ...».

Decorre também do preâmbulo do DL 39/95, de 15 de Dezembro, que instituiu no nosso processo civil a possibilidade de documentação da prova, que a mesma se destina a correcção de erros grosseiros ou manifestos verificados na decisão da matéria de facto, quanto aos pontos concretos da mesma, ou seja, “a criação de um verdadeiro e efectivo 2.º grau de jurisdição na apreciação da matéria de facto, facultando às partes na causa uma maior e mais real possibilidade de reacção contra eventuais – e seguramente excepcionais – erros do julgador na livre apreciação das provas e na fixação da matéria de facto”.

Desse mesmo preâmbulo consta também que “a garantia do duplo grau de jurisdição em sede da matéria de facto, nunca poderá envolver, pela própria natureza das coisas, a reapreciação sistemática e global de toda a prova produzida em audiência – visando apenas a detecção e correcção de pontuais, concretos e seguramente excepcionais erros de julgamento, incidindo sobre pontos determinados da matéria de facto, que o recorrente sempre terá o ónus de apontar claramente e fundamentar na sua minuta de recurso”.

Dúvidas não restam de que está hoje legalmente consagrada a possibilidade deste tribunal de recurso alterar a decisão de facto proferida em 1.^a instância, devendo para tal reapreciar as provas em que assentou a parte impugnada da decisão, tendo ainda em consideração o teor das alegações das partes, para o que terá de ouvir os depoimentos chamados à colação pelas recorrentes. E assim, (re) ponderando livremente essas provas, podendo, ainda, por força do disposto no art.º 712.º n.º 2 do C.P.Civil, “oficiosamente atender a quaisquer outros elementos probatórios que hajam servido de fundamento à decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados”, formará a sua própria convicção relativamente a cada um dos factos em causa (não desconsiderando, principalmente, a ausência de imediação na produção dessa prova, e a consequente e natural limitação à formação desta convicção), o que em confronto com o decidido em 1.^a instância terá como consequência a alteração

ou a manutenção dessa decisão. E isso, por se ter concluído que a decisão de facto em causa, (re) apreciada “segundo critérios de valoração racional e lógica do julgador, pressupondo o recurso a conhecimentos de ordem geral das pessoas normalmente inseridas na sociedade do seu tempo, a observância das regras da experiência e dos critérios da lógica” cf. Ac. STJ de Proc. n.º 3811/05, da 1.ª secção, citado no Ac. do mesmo tribunal de 28.05.2009, in www.dgsi.pt., corresponde, ou não, ao decidido em 1.ª instância.

Todavia não se pode esquecer que quanto ao resultado da apreciação da prova testemunhal, cfr. art.º 655.º n.º 1 do C.P.Civil, “O tribunal colectivo (ou o juiz singular) aprecia livremente as provas, decidindo os juízes segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto”, mantendo o princípio da liberdade de julgamento. E, quanto à força probatória os depoimentos das testemunhas são apreciados livremente pelo tribunal, como resulta do disposto no art.º 396.º do C.Civil.

Finalmente, há que atentar no que preceitua o art.º 690.º-A, n.ºs 1 e 2 do C.P.Civil, ou seja, que é ónus do apelante que pretenda impugnar a decisão sobre a matéria de facto, observar as formalidades aí impostas. Pelo que é manifesto que não basta ao apelante atacar a convicção que o julgador formou sobre cada uma ou a globalidade das provas para provocar uma alteração da decisão da matéria de facto. Sendo ainda indispensável, e “sob pena de rejeição”, que cumpra os ónus de especificação impostos pelos n.ºs 1 e 2 do art.º 690.º-A do C.P.Civil, isto é:

- a) - Tem de especificar quais os concretos pontos de facto que o recorrente considera incorrectamente julgados;
- b) - Tem de indicar quais os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impõem decisão diversa da recorrida sobre cada um dos concretos pontos impugnados da matéria de facto;
- c) - E deve desenvolver a análise crítica dessas provas, por forma demonstrar que a decisão proferida sobre cada um desses concretos pontos de facto não é possível, não é plausível ou não é a mais razoável, cfr, Acs. do STJ de 25.09.2006, de 10.05.2007 e de 30.10.2007, todos in www.dgsi.pt.

No caso em apreço, constatamos que o apelante cumpriu tais ónus de alegação.

*

Alega o apelante que não obstante no quesito 2.º da base instrutória se perguntar se: (No dia 18 de Agosto de 2002 o Autor) “Após ter sentido durante a noite fortes dores e inchaço no testículo esquerdo e vómitos?”, e ter o tribunal recorrido decidido julgar esse facto como PROVADO, deveria ter sido esclarecido ou fixado, tal como alegadamente resultou da prova testemunhal

produzida nos autos, a hora em que o autor começou a sentir as referidas dores.

Como refere António Abrantes Geraldês in “Temas da Reforma do Processo Civil”, vol. II, pág. 227 “A resposta explicativa é uma das variantes que pode e deve ser observada em determinados casos, embora com as cautelas necessárias a evitar a ampliação da matéria de facto alegada pelas partes, fora do condicionalismo legal retirado da conjugação dos art.s 664.º e 264.º, nºs 2 e 3”.

O tribunal recorrido fundamentou tal respostas dizendo que “foi determinante o depoimento das testemunhas, familiares do Autor, mãe e pai do mesmo (testemunhas J....., G.....) e, bem assim tios (K..... e L.....)”, referindo-se ainda mais adiante a este facto, esclarecendo que “(...) ao facto de o autor ter sentido dores durante a noite (6 horas como disse a tia, (testemunha J.....) mas 6 horas em Agosto não é noite, antes disso?) e só terá saído para o hospital cerca das 8 horas da manhã e terá lá chegado por volta das 8,30 horas (depoimento do pai do Autor G..... e da mãe, L.....)”.

Impõe-se assim ouvir, cuidadosa e criticamente, o que relativamente a esta questão foi declarado pelas testemunhas – J..... K....., M....., G....., e L.....

A testemunha J....., tia do autor, declarou que se levantou para ir passear o cão, ocasião em que sentiu barulho estranho vindo “lá em cima” (no andar da casa), por isso foi lá ver o que se passava, tendo-se deparado com a irmã (mãe do autor) e com o B..... (autor), o qual estava muito aflito.

Depois do mandatário do autor lhe ter lido o teor do quesito 2.º, esta testemunha logo se aprestou a frisar que “...foi mais de madrugada ...” tenho mais ideia que o B..... disse que sentiu isso mais por volta das 6 e meia. Mas, logo a seguir, a mesma testemunha declarou que se lembrava que “foi por volta das seis e meia quando ele disse que se sentiu pior...”.

Posteriormente, e depois do mandatário do autor ter lido à testemunha o teor do quesito 24.º da base instrutória, a mesma esclareceu que quando regressou a Abrantes onde reside, comentou a situação com uma cunhada que é enfermeira no hospital e que tem muitos amigos médicos e “acharam que ele não tinha sido bem visto...e que se aquilo tivesse sido diagnosticado aquilo não tinha acontecido”.

Depois a instâncias de um dos mandatários dos réus, a testemunha afirmou que a tal cunhada (enfermeira), ao telefone, quando lhe telefonou a contar o sucedido ... ela que é muito “batidinha”, porque foi durante muitos anos enfermeira no Hospital de Abrantes, lhe disse que é um assunto facílimo de diagnosticar, que ocorria com muita frequência, e que com os sintomas que o autor apresentava até ela sabia diagnosticar isso... que era torção do testículo

!...

Por fim, a instâncias de um outro mandatário dos réus, a testemunha esclareceu que o que lhe disseram foi que o B..... se havia sentido pior por volta das seis, seis e meia, o que lhe foi transmitido quando deu pela situação, por volta das sete, sete e meia da manhã. E questionada directamente sobre se sabia quando é que ele começou a ter dores, ou a que horas o autor lhe terá dito que começou a ter dores, não foi capaz de justificar a afirmação anteriormente feita de que ele se teria "sentido pior" por volta das seis, seis e meia...

*

A testemunha M....., tio do autor, nada referiu, de concreto, quanto a que horas o autor terá começado a sentir dores nos testículos, tendo apenas referido que soube da situação através da mulher e só depois é que viu o autor.

*

A mãe do autor reafirmou também que o autor terá começado a sentir dores às seis e tal, quando ele lhe veio bater à porta do quarto a contar isso mesmo. Mais adiante a testemunha afirmou que segundo o que seu filho, ora autor, lhe disse, ele tinha começado a sentir dores há pouco tempo e já tinha vomitado. A testemunha negou que as dores do B..... tivessem começado durante a noite, mas não foi capaz de justificar porque escreveu no documento junto a fls. 16 e 17 dos autos que foi "durante a noite" que o seu filho tinha sentido dores muito fortes no testículo esquerdo.

*

Finalmente, o pai do autor ao ter-lhe sido lido o teor do quesito 2.º da base instrutória respondeu "... isso deve ter sido aí por volta das 6 e tal da manhã quando ele se queixou, foi ... levantou-se, foi à casa de banho, vomitou e depois bateu-nos à porta, enfim ... a queixar-se com dores..." e mais adiante a testemunha declarou que "... pela conversa a posteriori concerteza que devia se ter feito outro género de intervenção ..." ; "... inclusivamente o que me foi dito por vários médicos em caso de dúvida abre-se e fecha-se...", depois, à afirmação feita pelo mandatário do autor de que "isto obrigava-o a uma intervenção no espaço de 8 horas" o pai do autor respondeu "dizem que sim, dizem que sim...mas havia mais que tempo, a coisa aconteceu por volta das 6 e tal da manhã, entre as 6 e tal e mesmo no limite da 1 hora (13h) ...havia mais do que tempo suficiente para fazer este género de intervenção, de qualquer das maneiras...acho que este caso deveria ser de imediato uma ambulância para o Porto ... e tinha resolvido o problema de outra maneira...".

Posteriormente, a instâncias de um mandatário dos réus, o pai do autor veio a esclarecer que o autor terá batido à porta do quarto onde dormia com a sua

mulher, que foi esta quem atendeu o autor e que "...eu até continuei a dormir ..." e só mais tarde soube da situação. Depois, confrontado com o teor da carta escrita pela sua mulher, há sete anos e junta aos autos a fls. 16 e 17, mais propriamente onde aquela afirma que "o autor sentiu dores durante a noite", a testemunha, pai do autor, tentou justificar o conteúdo da missiva dizendo que para ele às seis e meia ainda é noite, reafirmando esta frase por várias vezes, nitidamente tentando convencer-se a si próprio da irrazoabilidade de tal afirmação....

*

Analisando criticamente os depoimentos de todas estas testemunhas verificamos que as mesmas evidenciaram ter, previamente, concertado, entre si, o teor do que iriam declarar, principalmente no que concerne às horas em que se verificaram certos factos. Por exemplo, e tendo em consideração que os factos ocorrerem em 2002, há sete anos à data, os pais do autor para justificarem as horas a que terão chegado ao hospital, ambos disseram "espontaneamente" "que tinham ouvido as notícias das oito horas transmitidas pelo rádio do carro onde seguiam", ou que só terão saído do hospital depois das 14 horas, para o que os pais e o tio do autor referiram também "espontaneamente" que ainda assistiram à partida da Fórmula 1 na T.V. existente no hospital. Todavia quanto a outros factos ocorridos na mesma ocasião, designadamente, quanto ao dia em que o autor e seus pais regressaram a Lisboa, ou quanto à ocasião em que a avó do autor contactou o primo Dr. I..... por causa do estado de saúde do autor, como é compreensível dado tempo decorrido desde então, essas mesmas testemunhas mostraram-se deveras inseguras, esquecidas, desmemoriadas.

Por outro lado, e mais relevante, é o facto evidenciado dos referidos depoimentos que todos eles tinham, no momento, bem presente que em caso de torção testicular o único procedimento capaz de evitar a morte do órgão por necrose isquémica é uma intervenção cirúrgica de emergência, realizada dentro das 6 a 8 horas posteriores ao início dos sintomas. Daí todos afirmarem que as dores do autor terão tido início por volta das seis, seis e meia do respectivo dia e que estiveram no Hospital até cerca das 14 horas. Sendo que a mãe do autor afirmou que o Dr. F..... lhe disse posteriormente que o que aconteceu ao autor (perda do testículo) podia não ter acontecido, se tivessem feito uma ecografia ou transferido o doente para um outro Hospital para aí ser tratado.

Finalmente não podemos esquecer o teor da carta escrita pela mãe do autor há sete anos e junta a fls. 16 e 17 dos autos, onde refere que o filho tinha começado a sentir dores durante a noite e não por volta das 6/6,30 horas da manhã ou durante a madrugada e ainda que à data da própria petição inicial

(Julho de 2004) não se tenha alegado que o autor "após ter sentido por volta das 6h/6,30 horas fortes dores ...", mas tão só que "após ter sentido durante a noite fortes dores..." (art.º1.).

Pelo que é evidente que nem nós, nem o tribunal recorrido, perante o teor dos referidos depoimentos, depois de criticamente analisados, tendo fundamentalmente presente as estreitas relações familiares que ligam tais testemunhas ao autor, e consequentemente o interesse que tais testemunhas humanamente tinham no desfecho da causa a favor do mesmo, formou a necessária convicção sobre a realidade que o apelante pretende que seja aditada à resposta dada ao quesito 2.º da base instrutória, ou seja, esclarecendo-a com a inclusão de uma hora concreta, como sendo aquela em que o mesmo começou a sentir dores no testículo em causa.

Logo é de manter inalterada a resposta dada em 1.ª instância ao quesito 2.º da base instrutória.

*

Pelo quesito 13.º da base instrutória perguntava-se - "O Autor nos dias seguintes não melhorou?", e o tribunal recorrido decidiu julgar tal facto como PROVADO QUE: O AUTOR NAS PRIMEIRAS 24 HORAS SENTIU LIGEIRAS MELHORAS.

E fundamentou tal decisão escrevendo: - "A resposta dada ao artigo 13º (...) resulta (...) dos documentos que se encontram juntos aos autos a fls. (...) 16 e 17 (...) dos autos".

Pretende o apelante que se considere provado que: - "O autor após sair do hospital começou a tomar analgésicos que contribuíram para a diminuição das dores que vinha sentido".

Ora vendo o teor do documento junto a fls. 16 e 17 dos autos escrito pela mãe do autor em 29.08.2002 e enviado ao 2.º réu após a ocorrência da situação em apreço, constatamos que a mesma aí afirma, sem qualquer reticência que: - "Nas primeiras 24 horas sentiu ligeiras melhoras piorando a seguir".

Por outro lado, está assente nos autos que o autor foi medicado com Spidifer 600mg e Loxina (um anti-inflamatório e um antibiótico). Sendo certo que da conjugação das respostas dadas aos quesitos 11.º e 13.º não resulta, porque nem sequer foi expressamente alegado pelo autor na sua p. inicial, que ele efectivamente tomou a medicação que lhe havia sido prescrita pelo 2.º réu, mas admitindo que a tomou certo é que a mesma ocasionou-lhe "ligeiras melhoras" nas primeiras 24 horas.

Finalmente sempre se dirá que a resposta ao quesito em apreço como é agora pretendida pelo apelante extravasa, manifestamente, o quesito, e acarretaria uma ampliação da matéria de facto em causa nos autos, o que, evidentemente, está vedado a este tribunal.

Pelo que se mantém a decisão dada em 1.ª instância ao quesito 13.º da base instrutória.

*

No que respeita ao quesito 23.º da base instrutória constatamos que por ele se pretendia apurar se:

“O internamento no Hospital Particular obrigou o A a recorrer a um empréstimo monetário junto dos seus avós, para fazer face aos encargos, no montante de Euros 3.794,00?

O tribunal de 1.ª instância decidiu julgar tal facto como NÃO PROVADO.

Fundamentou tal decisão escrevendo: - “A resposta dada ao artigo 23º resultou do facto de nenhum depoimento ou documento ter sido produzido no sentido do perguntado, sendo que o perguntado é até muito inverosímil, dado que o autor sendo maior de 18 anos era estudante e certamente, segundo as regras da experiência, quem arcou com todas as despesas foram os pais, e dado que a mãe é professora, parcialmente reembolsados pelos serviços da ADSE e no restante só os pais tinham legitimidade para pedir o reembolso do remanescente da despesa em Tribunal”.

Todavia, alega o autor que atento o depoimento produzido em audiência de julgamento pelo seu pai, a resposta a tal quesito deve ser de “provado”.

Ouvido o referido depoimento verificamos que a testemunha G..... (pai do autor) a certa ocasião e, após a afirmação produzida pelo mandatário do autor de que “... o internamento no Hospital Particular obrigou-o a recorrer a um empréstimo ... ao B..... a fazer um empréstimo aos avós ...”, declarou que “nem eu nem a minha mulher estávamos em jeito de poder avançar de repente com a verba ... um bocadinho elevada ... e os meus sogros felizmente puderam fazer esse adiantamento... fizeram esse empréstimo ...”.

Já agora sempre se dirá que também a mãe do autor - L..... à referida questão respondeu que “... eu pedi aos meus pais que me emprestassem na altura ...” a quantia necessária à intervenção cirúrgica e internamento a que foi submetido o autor no Hospital Particular em Lisboa.

Pelo que, e sem necessidade de outros considerandos, é manifesto que não resultou minimamente provado que o autor tenha solicitado qualquer empréstimo aos seus avós para o fim apontado nos autos, sendo que, ao invés, parece resultar que quem solicitou esse mesmo empréstimo foram os seus pais, ou mais precisamente a sua mãe. Logo, nenhuma censura merece a decisão dada em 1.ª instância ao quesito em apreço que assim se confirma.

*

Pelo quesito 24.º da base instrutória questionava-se se o diagnóstico efectuado pelo 2.º réu foi errado, assim como foi errado o tratamento prescrito.

Era este o seu teor: -“O diagnóstico e a leitura das análises e do exame clínico

efectuado pelo 2.º Réu no Hospital Padre Américo implicaram uma percepção da situação, um conhecimento da doença e um tratamento médico e medicamentos errados?”

O tribunal de 1.ª instância decidiu julgar tal facto como NÃO PROVADO.

O apelante entende que tal quesito deve ser considerado totalmente “provado”.

Para tanto alega que “(...) resulta da prova globalmente considerada que:

1 - à data do exame médico já o autor sofria de torção;

2 - as análises e a palpação não são suficientes e nem adequadas ao diagnóstico da torção;

3 - se o autor tivesse uma epididimite - i. e. uma infecção - tal seria visível nas análises e, bem assim teria febre;

4 - o réu não valorizou - ou melhor ignorou por completo o resultado das análises que indicariam a inexistência de qualquer infecção;

5 - o autor não tinha à data do exame médico feito pelo Réu nenhuma epididimite, tendo já nessa altura uma torção, atenta a evolução verificada aquando da cirurgia;

6 - o Réu errou o diagnóstico;

7 - donde decorre que, tendo errado o diagnóstico, o médico, Réu, errou o tratamento médico e errou nos medicamentos que prescreveu. (...)” (sic).

Na verdade, do assim alegado pelo apelante, é manifesto que ele próprio entende “o quesito” em análise como um juízo valorativo de vários factos que, segundo ela, alegadamente, resultaram provados nos autos, e que, como vimos, enuncia naqueles sete pontos.

Ora, como é sabido, à base instrutória ou ao julgamento da matéria de facto não devem ser levados factos jurídicos, mas unicamente factos materiais.

Segundo o Prof. Alberto dos Reis, o juiz, para formular correctamente o questionário, tem de separar, com todo o cuidado, a matéria de facto da matéria de direito, a fim de fazer incidir os quesitos unicamente sobre a primeira.

Como ensina o Prof. Antunes Varela, in RLJ, Ano 122.º, pág. 220: -“Há que distinguir nesses juízos de facto (juízos de valor sobre matéria de facto) entre aqueles cuja emissão ou formulação se há-de apoiar em simples critérios próprios do bom pai de família, do homo prudens, do homem comum e aqueles que, pelo contrário, na sua formulação apelam essencialmente para a sensibilidade ou intuição do jurista, para a formação especializada do julgador.” E continua: -“Os primeiros estão fundamentalmente ligados à matéria de facto... Os segundos estão mais presos ao sentido da norma aplicável ou aos critérios de valorização da lei...”, concluindo depois: -“Se, porém, algum dos juízos de valor sobre factos (ou seja, sobre matéria de facto)

for indevidamente incluído no questionário, a resposta do colectivo a esses quesitos não deve ser tida por não escrita, por aplicação do disposto no nº4 do artº 646º do CPC, visto não se tratar de verdadeiras questões de direito.”

A nossa Jurisprudência tem vindo a ser decidir neste mesmo sentido, defendendo-se que se o apuramento de determinada realidade se efectua à margem da aplicação da lei, tratando-se apenas de averiguar factos cuja existência não depende da correcta interpretação a dar a qualquer norma jurídica, estaremos perante o domínio da matéria de facto. Porém, e diversamente, já será questão de direito tudo o que respeita à interpretação e aplicação da lei, pelo que existirá matéria de direito sempre que para se atingir uma solução seja necessário recorrer a uma disposição legal, mesmo que se trate somente de fixar a interpretação duma simples palavra da lei (cfr. Acs. do STJ de 22.02.1995 e de 8.11.1995, ambos in CJ/STJ, ano 3.º, tomo I, pág. 279 e tomo II, pág. 294, respectivamente).

No caso em apreço, pretender que se dê por provado que o diagnóstico, a leitura das análises e do exame clínico que o 2.º réu efectuou ao autor consistiram numa errada percepção da situação, num errado conhecimento da doença (diagnóstico) e, consequentemente originaram um tratamento médico e medicamentoso errados, é, sem dúvidas, pretender que se tenha por provada uma conclusão, um juízo valorativo sobre matéria de facto, que apenas o julgador deverá tirar, ou não, dos factos concretos que vierem a ser julgados provados ou não, (designadamente os factos contidos nos quesitos 1.º a 11.º, 18.º a 20.º, 27.º e 28.º e 66.º e 67.º da base instrutória) e mas não como não é, em si mesmo, um facto, antes um juízo valorativo, que por isso não deveria ter sido incluído na base instrutória dos autos e ao sê-lo, por força do disposto nos art.ºs 511.º e 646.º do C.P.Civil, não podia ter tido qualquer resposta por parte do tribunal.

Pelo que, sem necessidade de outros considerandos, o constante do quesito 24.º da base instrutória, por conter matéria conclusiva, não pode receber qualquer resposta por parte do tribunal. Todavia, tendo o tribunal recorrido julgado o referido quesito não provado, na prática, a consequência é idêntica, ou seja, a irradiação de tal matéria do complexo fáctico a ter em consideração nos autos.

*

No que concerne à matéria dos quesitos 25.º e 26.º da base instrutória, onde se questionava, na sequência lógica e directa do que constava do n.º 24.º: - “25.º O que impediu que o Autor fosse de imediato socorrido?” e, “26.º E teve como consequência directa e necessária a posterior perda do testículo?”

O tribunal de 1.ª instância respondeu a tais "quesitos" - NÃO PROVADOS.

Pelas razões acima expostas, é óbvio que também estes dois “quesitos” porque

formulados na sequência lógica e directa do supra referido “quesito 24.º” contêm juízos valorativos e não propriamente factos.

Na verdade, e para além do acima já referido, tais conclusões decorrentes da valorização dos factos provados nos autos hão-de ser tiradas pelo julgador principalmente da prova que vier a ser feita, além do mais, aos quesitos 27.º - “ O Autor, em 18 de Agosto de 2002, sofria de necrose isquémia testicular compatível com o status clínico de torção testicular?”; 28.º “Susceptível de ser diagnosticada nesse dia?” ; 32.º “E se o Dr. C..... actuasse de acordo com a informação e o conhecimento médico e científico adequados ao caso?”; 29.º “O que obrigava a uma intervenção médica adequada nas 8 horas seguintes ao início da despistagem da doença?”; 30.º “ Em virtude do errado diagnóstico e do atraso em que teve lugar a intervenção médica o A sofreu a perda irreversível do testículo esquerdo no que ao seu normal funcionamento respeita?” e 31.º “Facto que era evitável se a intervenção cirúrgica tivesse sido realizada no prazo referido em 29.º?”.

Pelo que, também o que consta dos “quesitos” 25.º e 26.º, por não serem, em si mesmos factos, mas juízos valorativos, não deveriam ter sido incluídos na base instrutória dos autos, mas, ao sê-lo, por força do disposto nos art.ºs 511.º e 646.º do C.P.Civil, não podiam ter merecido qualquer resposta por parte do tribunal recorrido, todavia, como foram julgados pelos tribunal recorrido como “não provados” a sua eliminação do complexo fáctico dos autos era já uma realidade, nada havendo para julgar “não escrito”.

Por fim, por tais “quesitos” conterem tão só matéria conclusiva, prejudica fica a sua reapreciação por este tribunal.

*

O apelante veio pedir que este Tribunal reapreciasse a prova produzida relativamente aos factos contidos nos quesitos 27.º; 28.º, 30.º, 31.º e 32.º da base instrutória, onde se questionava se:

- 27.º “O Autor, em 18 de Agosto de 2002, sofria de necrose isquémia testicular compatível com o status clínico de torção testicular?”;
- 28.º “Susceptível de ser diagnosticada nesse dia?”;
- 30.º “Em virtude do errado diagnóstico e do atraso em que teve lugar a intervenção médica o A sofreu a perda irreversível do testículo esquerdo no que ao seu normal funcionamento respeita?”; - 31.º “Facto que era evitável se a intervenção cirúrgica tivesse sido realizada no prazo referido em 29.º?” e,
- 32.º “E se o Dr. C..... actuasse de acordo com a informação e o conhecimento médico e científico adequados ao caso?”.

O tribunal recorrido decidiu julgar assim tais factos:

"ARTIGO 27.º, NÃO PROVADO.

"ARTIGO 28.º, NÃO PROVADO.

"ARTIGO 30.º, PROVADO APENAS QUE: O AUTOR SOFREU PERDA IRREVERSÍVEL DO TESTÍCULO ESQUERDO NO QUE AO SEU NORMAL FUNCIONAMENTO RESPEITA."

"ARTIGO 31.º, PROVADO APENAS QUE: FACTO QUE ERA EVITÁVEL SE A INTERVENÇÃO CIRÚRGICA TIVESSE SIDO REALIZADA NAS 6 A 8 HORAS COMO REFERIDO EM 29.º, E SE O AUTOR SOFRESSE DE TORÇÃO TESTICULAR".

"ARTIGO 32.º, NÃO PROVADO".

E fundamentou tais respostas escrevendo: "... o Tribunal não ficou convencido da total espontaneidade, isenção e honestidade intelectual para com o Tribunal dos depoimentos que foram prestados pelas testemunhas, e médicos I....., F....., N..... e H....., e não se convenceu desse desiderato porque se lhe afigurou que os médicos procuravam muitas vezes as teses que eram mais favoráveis à parte que os indicou, mostrando-se nessa medida e em alguns pontos do seu depoimento tendenciosos e às vezes desmentidos por documentos da sua autoria juntos aos autos, como aconteceu com o DR.

F.....

(...)

Para efeitos de conjugar estes dados objectivos com os aspectos mais importantes para um diagnóstico diferencial entre epididimite, orquiepididimite e torção testicular vejamos algumas opiniões científicas, retiradas de manuais de urologia, de artigos da especialidade e que na sua maioria foram mencionados em audiência nos seus depoimentos quer pelo Dr. F..... quer pelo DR. N....., umas vezes só por um deles e outras vezes pelos dois.

(...) a dor escrotal, afecção também conhecida como escroto agudo ou dor testicular aguda, é uma emergência urológica em potencial e requer do médico pronta avaliação de diagnóstico para identificação ou exclusão da possibilidade de torção testicular, que não é a afecção mais frequente, mas é, sem dúvida, a mais importante a ser considerada. Na avaliação da dor testicular o tempo é essencial, pois havendo torção do cordão espermático, a probabilidade de recuperação do testículo decresce rapidamente à medida que o tempo de torção progride.

(...) a dor de início repentino e abrupto, muito intensa e com nítido desconforto do paciente é característica da torção testicular.

(...)

Na maioria dos pacientes, o diagnóstico etiológico do escroto agudo pode ser presumido ou completamente esclarecido através dos dados de uma história cuidadosamente obtida e de um exame físico detalhado.

A idade do paciente representa um importante factor a ser considerado, pois,

embora a torção testicular possa ocorrer em qualquer faixa etária, ocorre mais frequentemente durante o período neonatal e nos anos iniciais da puberdade. As características da dor - início, duração, localização, irradiação e intensidade - são fundamentais para a correcta interpretação do diagnóstico. A dor de início repentino e abrupto, muito intensa e com nítido desconforto do paciente é característica da torção testicular. Mais comumente, a dor é localizada na região do testículo, podendo ser referida na região inguinal, fossa ilíaca ou hipogástrico

(...)

Outros sintomas podem associar-se ao quadro de dor escrotal. Na torção testicular, sintomas gerais, como náuseas, vômitos e febre baixa, podem estar presentes. A associação de "testículo elevado e doloroso, náuseas e vômitos" é especialmente sugestiva de torção. Sintomas urinários associados sugerem epididimite.

A gravidade da dor pode ser observada pela expressão do paciente e seu comportamento durante a consulta.

Exame atencioso deve ser realizado no abdómen e na região inguinal. A palpação do cordão espermático pode ser dolorosa nos pacientes com epididimite, o que tipicamente não ocorre na torção testicular.

O exame genital inclui a inspecção do escroto, para a detecção de assimetrias e alteração de coloração. A torção costuma elevar e horizontalizar o testículo, que se localiza mais próximo do anel inguinal que o testículo contralateral.

Após a instalação da torção, inicia-se edema escrotal progressivo acompanhado de vermelhidão da bolsa escrotal. A palpação é difícil e o testículo costuma estar muito dolorido. A região inguinal geralmente apresenta-se normal.

Na epididimite costuma-se detectar um epidídimo doloroso à palpação e a elevação testicular alivia a dor escrotal, classicamente descrito como sinal de Prehn, facto que não ocorre na torção testicular.

Estes conhecimentos, quase todos eles foram-nos transmitidos em audiência, pelas testemunhas Dr. F..... e Dr. N....., algumas opiniões por um, outras por outro e, outras ainda, pelos dois.

E foi ainda referido por estas testemunhas que no caso de torção testicular 6/8 horas após o início dos sintomas o testículo começa a ter lesões irreversíveis e daí a necessidade de operar rapidamente. (...)

Impunha-se ao autor que provasse sem qualquer dúvida que o diagnóstico do Dr. C..... estava errado, caso tenham restado dúvidas ao tribunal tais dúvidas são resolvidas contra o autor a quem compete o ónus da prova, tudo nos termos conjugados do artigo 342º, n.º1 do CC e do artigo 516º do CPC. Sem embargo, perante os referidos princípios científicos auxiliares de

diagnóstico, o diagnóstico de epididimite era um diagnóstico possível e admissível face ao facto de o autor ter sentido dores durante a noite (6 horas como disse a tia, (testemunha J.....) mas 6 horas em Agosto não é noite, antes disso?) e só terá saído para o hospital cerca das 8 horas da manhã e terá lá chegado por volta das 8,30 horas (depoimento do pai do Autor G..... e da mãe, L.....).

Por outro lado, o autor tinha à data 18 anos de idade, sendo que em pessoas desta idade é mais frequente a epididimite que a torção. O sinal de Prehn, embora não excludente da torção, estava presente como referiu o DR.

C....., ao referir que levantou o escroto e que a dor aliviava, o que sugere a epididimite (o sinal de prehn está normalmente ausente na torção).

(...)

Por outro lado, foi unanimemente referido que após torção, início da dor ou início dos sintomas (dá-se tudo ao mesmo tempo e com muita violência dada a importância do órgão que está em causa (para a perpetuação da espécie) e a urgência da actuação) o tempo máximo de torção que o testículo suporta é de 6 a 8 horas, 6 a 8 horas depois estará morto (há estudos científicos publicados na Internet que referem a possibilidade de salvação do órgão com diferentes percentagens de sucesso até 24 horas depois da torção, levando em conta a gravidade ou parcialidade da mesma); isto é, sobreveio a isquemia do órgão (morte por isquemia é a morte por paragem ou insuficiência do fornecimento de sangue a um tecido ou a um órgão). O B..... foi atendido no Hospital Réu a 18.08. e no Ecodoppler de 22.08 (5 dias após; 120 horas após o início dos sintomas, pelo menos) ainda se fala em provável processo evolutivo isquémico. Aspecto de hematocelo em organização..., aspectos que reforçam a informação clínica de torção testicular evolutiva há 5 dias.

Segundo, o que ouvimos em audiência o provável processo evolutivo isquémico verificado no ecodoppler efectuado em 22.08 nunca podia ter por causa a torção do cordão espermático, uma vez que se fosse esta a causa a morte por isquemia há muito tempo que estaria verificada.

(...)

Assim, e em conclusão, entende o Tribunal que o autor não provou a causa da isquemia e necrose do seu testículo esquerdo e perante isto não provou que o diagnóstico do DR. C..... estivesse errado, pelo contrário provou-se que era um dos diagnósticos possíveis e um dos que concorriam com diversos outros, um dos quais a torção do cordão espermático.

(...)

Uma última nota para referir que também o ecodoppler (fls. 15) refere o epidídimo esquerdo aumentado de volume, heterogéneo e hiperreflexivo provavelmente também condicionado por processo inflamatório por alteração

vascular, o que mais toma duvidoso o pretendido pelo autor diagnóstico de torção do cordão espermático (expressão medicamente mais correcta do que torção testicular) como o único correcto.

A testemunha Dr. N..... referiu isso mesmo: "sem referência ao epidídimo e ao seu estado no exame anatomopatológico não podemos negar que este tivesse alterações inflamatórias", e pelos vistos tinha como resulta do relatório do ecodoppler.

Se a epididimite evoluiu para isquemia do órgão e posterior necrose ou se estava presente uma torção não diagnosticada, ou se estava presente outra patologia concorrente no diagnóstico diferencial, com as duas referidas, como trauma escrotal ou outro, é coisa que o autor não logrou provar (...).

*

O apelante invocando o teor dos depoimentos prestados em audiência de julgamento pelo 2.º réu, Dr. C....., e pela testemunha F..... (médico urologista no I.P.O. Lisboa e que fez a orquiectomia a que o autor foi sujeito e que afirmou ser muito amigo de um médico, primo do autor, também ouvido nos autos - I.....), pretende que tais quesitos sejam julgados "totalmente provados".

Ouvida, cuidadosamente, a gravação dos depoimentos prestados em audiência de julgamento que o apelante chama à colação e ainda os depoimentos prestados por N..... (médico urologista, que desempenha serviço no Hospital réu desde 1999 e que referiu ter feito serviço nas urgências do Hospital de São João no Porto, durante 18 anos) e intuindo das respostas dadas, dos silêncios, das frases incompletas, das imprecisões da exposição e mesmo dos diversos níveis de voz, que resultam bem audíveis, cremos que não assiste razão ao apelante, pois que a decisão de facto proferida em 1.ª instância, e ora impugnada, não enferma de qualquer erro na apreciação da prova produzida relativamente aos factos em apreço.

Vejam os então, em concreto, o que diz respeito aos quesitos 27.º e 28.º da base instrutória.

Mas, não podemos deixar, desde já, de referir que pelo que nos foi dado apurar dos depoimentos dos cinco médicos ouvidos em audiência de julgamento é que "necrose isquémica testicular" de que fala o quesito 27.º, sendo que "necrose" consiste na morte de células isoladas, de áreas de um tecido ou de órgãos, no caso, o quesito refere-se a morte de um órgão, ou seja, do testículo esquerdo do autor. A morte do referido órgão é apontada como tendo sido causada por "isquémia", ou seja, por falta de irrigação desse órgão. Pelo que, no quesito em apreço, está questionado é se naquela ocasião o testículo do autor se apresentava morto, necrótico por ausência de fluxo sanguíneo.

Todavia, evidencia-se dos autos que o autor funda a presente acção no facto de, segundo ele, à ocasião em que foi observado nas urgências do Hospital também réu, pelo 2.º réu, apresentar um quadro, ou seja, um “status” de torção testicular, ou torção do cordão espermático, e porque o 2.º réu não diagnosticou, nem tratou correctamente tal situação, a qual se manteve implicando a progressiva isquémia do órgão, o que, horas ou mesmo dias, mais tarde, veio a dar lugar à necrose desse mesmo testículo (até porque como foi referido pelos clínicos ouvidos, no caso de torção testicular 6 a 8 horas após o início dos sintomas o testículo começa a ter lesões irreversíveis, contudo dentro dessa “janela terapêutica” é possível reverter a isquémia e evitar a morte dos tecidos). Mas como vimos, o que é questionado no quesito em apreço (mas que resulta do alegado no art.º 19.º da p. inicial) é algo bem diverso, ou seja, questiona-se se à ocasião em que o autor foi observado pelo 2.º réu apresentava já uma “necrose isquémica testicular”, ou seja, se estava verificada a morte do testículo esquerdo, por falta de irrigação sanguínea. Questionando-se, por fim, se a situação necrótica que órgão assim apresentava era “compatível” com um status clínico de torção testicular, ou seja, pretendia-se ainda saber se aquela morte do testículo poderia ter tido, ou não, como causa uma torção do cordão espermático.

Depois destas observações vejamos pois se, tendo o autor dado entrada no Hospital réu por volta das 8,30 horas do dia 18.08.2002, onde foi observado por volta das 9 horas pelo 2.º réu, com queixas de ter começado a sentir, durante a noite, fortes dores no testículo esquerdo, o qual se apresentava inchado e de ter tido vómitos, foi-lhe feito um correcto diagnóstico da situação (e consequente tratamento), ou não.

Como é evidente, de entre as pessoas ouvidas em audiência de julgamento apenas o 2.º réu, Dr. C....., observou o autor no dia 18.08.2002. Declarou o réu que pelo que observou do doente, ou seja, pela interpretação dos sintomas que este lhe expressou, pela história clínica que dele colheu, e por que lhe foi dado perceber pela palpação que fez ao doente, não teve dúvidas que se tratava de uma epididimite aguda, daí e para possível reforço desse diagnóstico, ordenou a realização de análises à urina. Segundo o referido médico, na realidade essas análises não evidenciaram a existência de qualquer infecção, o que apenas teve por efeito não apoiarem o seu diagnóstico, mas não o excluía. Como o mesmo disse, o que foi confirmado pelos demais médicos ouvidos, em tese geral podem existir e existem muitos casos de quadros infecciosos (infecções urinárias) em que os resultados das análises à urina são “limpos”, por se estar no início da infecção.

Dúvidas não restam, tal como foi confessado pelo 2.º réu, este diagnosticou ao autor uma epididimite, que segundo o que apuramos do que foi dito não só

pelo 2.º réu, mas também pelo que foi declarado pelo Dr. F..... e pelo Dr. N..... (ambos médicos urologistas), é uma inflamação do epidídimo e normalmente está relacionada com infecções no trato urinário, que provavelmente se disseminam para o epidídimo, através do vaso deferente ou dos vasos linfáticos do cordão espermático. Esta inflamação é acompanhada de dor, provoca um aumento do epidídimo, inchaço (edema), ardor, vermelhidão e, muitas vezes, mas nem sempre, febre.

O 2.º réu declarou ainda que não teve qualquer dúvida sobre a situação que diagnosticou de epididimite, como sendo o que o autor apresentava, daí não ter colocado a hipótese de se poder tratar de uma torção do canal espermático ou de qualquer outra patologia. Mais declarou que observou primeiramente o doente por volta das 9h e depois voltou a vê-lo pelo volta das 15/16 horas, depois de ter recebido o resultado, anormalmente, demorado da análise à urina que havia solicitado, tendo ainda bem presente que ao fazer a palpação ao doente, o que este lhe permitiu fazer ter manifestado qualquer reacção de dor acrescida, lhe levantou o testículo em causa na palma da sua mão (o que evidencia que não estava assim retraído, sendo a retracção um sinal a favor de torção, como bem esclareceu o Dr. N.....) e que, nessa ocasião, o autor revelou sentir um alívio da dor. Tanto o 2.º réu, como o Dr. N....., afirmaram que num caso de torção, o doente dificilmente permite que lhe toquem no testículo afectado, e se o tentam elevar, ele grita de dor. Finalmente todos os clínicos ouvidos declararam que o vómito pode indiciar uma dor intensa, mas não tem, mesmo aliado aos demais sintomas, uma única explicação.

Segundo o 2.º réu esta reacção do autor à palpação e elevação do testículo, a intensidade, localização e duração da dor que lhe havia expressado, e o que demais da história clínica que colheu, fizeram com que não tivesse dúvidas no diagnóstico de epididimite, que, à altura, apresentou ao seu chefe de equipa que com ele também concordou. Por tal razão, afirmou que se, no caso, depois de toda a observação que fez ao doente o diagnóstico permanecesse duvidoso, teria colocando a hipótese de poder ser uma torção do canal espermático, altura em teria exposto a situação ao seu chefe de equipa e, decerto teriam transferido o doente para um Hospital Central no Porto.

É certo que o Dr. F....., que apenas observou o autor, pela 1.ª vez, durante a consulta que lhe fez no dia 22.08.2002, em Lisboa, (ou seja, quatro dias depois daquele ter sido observado nas urgências no Hospital réu), mas declarou não ter dúvidas de que o autor apresentava já no dia 18.08, quando foi visto pelo 2.º réu, torção do canal espermático, evidenciando o diagnóstico que o 2.º réu fez, e o consequente tratamento que prescreveu, negligência por não ter feito um diagnóstico diferencial como, segundo ele, as legis artis e os actuais conhecimentos da medicina lhe impunham que fizesse, designadamente entre

epididimite, torção, orquiepididimite ou com outra patologia que apresentavam na generalidade sintomas semelhantes.

Não podemos ignorar que todo o depoimento produzido pelo Dr. F..... parte do pressuposto, conforme o mesmo afirmou, que o autor quando chegou ao hospital e foi observado pelo 2.º réu apresentava a seguinte situação ou sintomatologia: -“o autor teve uma dor súbita no testículo, que o acordou a meio da noite, com dor violenta no testículo, com uma reacção vagal acompanhada de vómitos e sem febre”. Ora, como resulta desde logo dos factos alegados pelo autor na sua petição inicial e, que vieram a resultar provados nos autos, não foi, definitivamente, essa a sintomatologia que o autor apresentava quando foi visto pelo 2.ºréu, nem foi essa a situação que expressou ou relatou ao mesmo. Designadamente, nunca o autor alegou que foi acordado por uma dor súbita e violenta no testículo esquerdo, mas apenas que sentiu fortes dores durante a noite, o que é um dado diverso para efeitos de diagnóstico da situação.

Esta testemunha, partindo da supra referida pressuposição ou situação clínica do autor à data em que foi observado pelo 2.º réu, (que não é a que está provada nos autos), discorreu em termos médicos, e sob o ponto de vista de um especialista em urologia, sobre esse hipotético caso. Assim, afirmou que depois de se ter colhido a história clínica sobre a dor, de se ter realizado o exame objectivo, o qual segundo ele, nestes casos, ser insuficiente para se fazer um diagnóstico correcto, devia-se ter equacionado duas situações: um fenómeno infeccioso, no caso, pouco provável, porque não havia febre, ou torção do cordão espermático, e então, havendo tempo, devia-se apoiar esse diagnóstico com a realização de um eco-doppler, ou na impossibilidade de recorrer a este meio complementar de diagnóstico, devia-se optar por realizar, de imediato, uma cirurgia exploratória, ou seja, uma cirurgia, para confirmar, ou não, a torção e, no primeiro caso, distorcer o cordão. No caso, afirmou ainda que deveria ter-se enviado o autor para um Hospital Central no Porto, para aí fazerem a tal cirurgia exploratória.

Como está assente nos autos, a torção do cordão espermático é uma emergência cirúrgica, que uma vez que diagnosticada, ou, havendo fundadas dúvidas de que se possa estar perante um tal status, é obrigatória uma intervenção médica cirúrgica nas 6 a 8 horas seguintes ao início dos sintomas da doença, pois que o atraso ou a incapacidade de realizar um diagnóstico correcto têm, como consequência, a perda do testículo atingido por necrose isquémica do órgão. Como referiu o Dr. N....., a torção testicular tem como sintoma mais característico o aparecimento de uma dor muito intensa e súbita no testículo, que, frequentemente, se propaga à virilha e ao abdómen. Esta dor costuma evidenciar-se de forma tão brusca e tão intensa que, quando a

torção ocorre durante o sono (como acontece muitas vezes), acorda o indivíduo afectado, o qual perante tal situação, dada a intensidade da dor, não espera horas até se deslocar ao hospital, como o autor fez, e por regra, chama-se uma ambulância e o doente vai, de imediato e de urgência, para o hospital. É certo que a testemunha, Dr. F....., cujo depoimento em certas ocasiões se revelou tendencioso, parcial, daí também um tanto exaltado (o que se entende devido à relação de grande amizade que afirmou ter com um familiar próximo do autor), observou o autor no dia 22.08.2002 e, desde logo, colocou como o mais provável diagnóstico da situação, a torção do canal espermático, daí ter pedido a realização de um eco-doppler escrotal, nesse mesmo dia.

Segundo o Dr. N....., testemunha que nos pareceu ter feito um depoimento totalmente isento, seguro, calmo e expressando profundos e fundados conhecimentos da matéria, do exame assim efectuado ao autor não resulta, nem podia resultar, que efectivamente este padecia de torção do cordão espermático, nem se há morte celular ou necrose. Tal exame apenas informa se existe irrigação ou não do órgão, e em que grau.

No caso dos autos, resulta do teor do documento junto a fls.15 que “O testículo esquerdo apresenta-se aumentado de volume, hiporreflector, heterogéneo com zonas de diferentes sensibilidades acústicas, predominantemente sólidas, embora sendo possível individualizar algumas imagens lacunares traduzindo provável processo evolutivo isquémico. O epididimo esquerdo apresenta-se aumentado de volume, heterogéneo e hiperreflexivo provavelmente também condicionado por processo inflamatório por alteração vascular. De igual modo identificamos entre os folhetos da vaginal aspecto de hematocelo em organização. Na avaliação por eco-doppler cor, não se demonstra o normal padrão vascular, havendo praticamente ausência de fluxo nas normais estruturas vasculares do testículo esquerdo quando comparadas com a normalidade vascular do testículo direito”.

Dos depoimentos produzidos pelo Dr. F..... e pelo Dr. N..... constatamos que para o primeiro, o eco-doppler é o exame essencial no diagnóstico diferencial numa situação de escroto agudo ou dor testicular aguda, e existindo esse meio à disposição “é mandatário” fazer o exame; não havendo eco-doppler, então há que fazer, de imediato, cirurgia exploratória. Enquanto para o segundo o eco-doppler é mais um meio de diagnóstico para afirmar o excluir uma situação de isquémica que pode ser originada, ou não, por torção testicular. Não é, segundo o Dr. N....., um meio determinante no diagnóstico, é mais um elemento, afirmando que se não pode esquecer que o eco-doppler pode ter “falsos negativos” e “falsos positivos”, ou seja, o eco-doppler pode mostrar fluxo intra-testicular e estar-se perante uma torção ainda no início, ou uma torção incompleta, uma torção parcial ou uma torção intermitente, havendo

fluxo venoso, mas já não arterial, presumindo-se que não é uma torção e é, ou, pode mostrar o testículo sem fluxo intra-testicular e trata-se de uma epididimite com vasculite, obstrução dos vasos intra-testiculares por uma infecção intensa e trata-se de uma epididimite.

Segundo o Dr. F..... o resultado do eco-doppler do autor mostra o testículo esquerdo necrosado, enquanto para o Dr. N..... ele, sendo um exame dinâmico, aponta para a ausência de fluxo sanguíneo intra-testicular, não aponta para necrose, se é necrose ou não, segundo esta testemunha, deveria, de imediato ter-se realizado uma cirurgia, que confirmaria, ou não, a necrose. Por fim, afirma o autor que no dia 18.08.2002 apresentava uma situação de torção do cordão espermático e que tal situação não foi diagnosticada como tal. Também isto é afirmado pelo Dr. F....., todavia, tal situação é posta em causa, quer pelo teor dos documentos juntos aos autos, quer pelos depoimentos do 2.º réu e do Dr. N.....

Na verdade e, como bem apontou a Mm.^a juíza “a quo”, tendo o Dr. F..... diagnosticado ao autor torção do canal espermático como causa da necrose isquémica do testículo esquerdo que, por isso, o autor teve de sujeitar a uma orquidectomia (extração do testículo) de que não há relatório operatório, certo é que o mesmo, na nota de honorários da referida cirurgia, junta a fls. 28 dos autos, escreveu “...orquiectomia c/(com) colocação de Prótese testicular esq. (esquerda) psi/ (possível) status pós torção testículo esq. (esquerdo...)”, isto é, não afirma que a existência de torção do cordão espermático, que a ter sido a causa da necrose isquémica do órgão haveria de assim e aí persistir. Mas ao que parece a testemunha não pode atestar que verificou essa torção. Por outro lado, também constatamos que apenas ao testículo retirado ao autor foi efectuado exame anatomopatológico, como resulta do documento junto a fls. 20 dos autos. Ou seja, não foi enviado para exame nem o epidídimo, nem o cordão espermático alegadamente torcido, pelo que se não pode comprovar que a necrose isquémica do testículo esquerdo do autor resultou de torção do canal espermático, ou de uma situação de inflamação do epidídimo com consequente compromisso vascular do testículo (isquémia), ou foi provocada por outro esquema orgânico. Ou seja, tendo sido o autor submetido a cirurgia no dia 26.08.2008, ou seja, oito dias depois de ter sido observado, diagnosticado e medicado pelo 2.º réu, pelo exame anatomopatológico apenas do testículo retirado, não se pode afirmar, ou excluir, o que causou aquela necrose isquémica do órgão. Sendo que o Dr. N..... afirmou que existem casos publicados, em escritos da especialidade, de epididimites que originaram necrose testicular, o que podendo considerar-se de situação rara ou não vulgar, não se pode simplesmente afastar.

Como foi afirmado em audiência de julgamento por um dos clínicos ouvidos, e

quanto a nós pode concluir-se do que os demais declararam, por exemplo apenas acerca da situação do autor, que em medicina tudo é possível e tudo pode acontecer. Daí que as decisões médicas sejam decisões de bom senso, caso contrário poderia cair-se na situação de, perante qualquer doente que se apresentasse numa urgência hospitalar com dor escrotal aguda, de imediato fossem todos sujeitos a uma cirurgia exploratória, ou, havendo submetidos a um eco-doppler. Daí que não se pode ignorar que, desde logo, o diagnóstico diferencial entre uma patologia ou outras é feito pelo que se apura no exame directo e objectivo efectuado (palpação), pelo que se colhe da história clínica do doente, designadamente, idade, como e quando surgiu a dor, qual a sua intensidade, localização, etc. E só se o diagnóstico permanece duvidoso, se deverá então encaminhar o doente para um especialista afim de, se ele assim o entender, realizar uma cirurgia exploratória, ou pedir a realização de outros meios complementares de diagnóstico.

Finalmente, principalmente pelos médicos urologistas ouvidos foi dito que a torção testicular ou torção do canal espermático não é uma situação muito frequente, sendo que num jovem de 17/18 anos como o autor a situação mais frequente a acontecer é de facto as epididimites agudas.

Por tudo isto, julgamos não merecer qualquer censura ao decidido em 1.ª instância relativamente a estes quesitos. Na verdade, o ónus da prova dos mesmos competia ao autor, como facto constitutivo que era do direito que invoca nos autos, cfr. art.º 342.º n.º 1 do C.P.Civil.

É manifesto que depois dos depoimentos prestados em audiência e atrás referidos e visto os teor dos documentos juntos aos autos, não podemos com a necessária, ainda que relativa, certeza afirmar ou negar a realidade de tais factos. E assim, de harmonia com o disposto no art.º 516.º do C.P.Civil há que decidir contra a parte a quem competia o respectivo ónus probatório, ou seja, contra o autor, como se fez.

*

No que respeita ao quesito 30.º da base instrutória, onde se questiona se foi devido ao errado diagnóstico feito, no dia 18.08.2002, pelo 2.º réu, e ao atraso na intervenção cirúrgica a que o autor foi submetido, apenas no dia 26.08.2008, que o testículo esquerdo do autor teve de ser removido.

Na sequência das respostas negativas dadas aos supra referidos quesitos 27.º e 28.º, é evidente que apenas se poderia ter dado por provado, tal como se decidiu em 1.ª instância, que, na realidade o autor foi submetido, no dia 26.08.2008, em Lisboa, a uma intervenção cirúrgica (orquidectomia do testículo esquerdo), ou seja, foi-lhe retirado esse testículo e colocada uma prótese, além de ter sido efectuada uma orquidopexia (fixação do testículo direito).

Pelo que nada há a apontar à decisão restritiva do quesito 30.º da base instrutória proferida em 1.ª instância.

*

Relativamente ao quesito 31.º da base instrutória, considerando também que os quesitos 27.º e 28.º mereceram respostas de “não provados”, é óbvio que, a posteriori, sabendo nós que o testículo esquerdo do autor apresentava em 22.08.2002 um “provável processo evolutivo isquémico”, e que esse testículo acabou por necrosar, estado em que se encontrava aquando da cirurgia a que o autor foi submetido no dia 26.08.2008, o que é confirmado pelo resultado do exame anatomopatológico efectuada ao mesmo, e vendo o teor da resposta dada ao quesito 29.º, não se poderá dar o mesmo simplesmente por provado como pretende o apelante, sob pena de manifesta contradição nos factos provados nos autos. Na verdade, e sublinhe-se num raciocínio a posteriori, se tivesse sido provado que a necrose isquémica do testículo do autor, efectivamente verificada e comprovada, tinha resultado, seguramente e sem margem para uma dúvida razoável, de torção testicular ou torção do canal espermático, pois nesse hipotético caso, se o autor tivesse sido submetido a uma intervenção cirúrgica dentro das primeiras 6 a 8 horas que se seguiram ao início dos sintomas, como grande probabilidade, senão quase certeza, não teria perdido irreversivelmente o testículo, uma vez que era possível reverter-se a isquémia, fazendo que a revascularização do órgão fosse retomada. Pelo que nenhuma censura nos merece a decisão proferida em 1.ª instância, de natureza restritiva correspondendo à realidade apurada nos autos.

*

Por tudo o acima exposto, tendo tanto o tribunal de 1.ª instância, tal como nós, ficado numa situação de incerteza, de dúvida razoável, atentas as circunstâncias do caso, acerca da veracidade, ainda que não absoluta, mas apenas aferida por padrões de probabilidade, dos factos constantes dos quesitos 27.º e 28.º da base instrutória, é manifesto que o quesito 32.º da base instrutória apenas poderia ser decidido como “não provado”.

*

Pelos quesitos 33.º e 34.º da base instrutória pretendia-se apurar se:

-“33.º A perda irreversível do testículo esquerdo inviabiliza que o Autor possa sentir prazer sexual?

- 34.º Por constantemente se lembrar que fisicamente “ não é igual aos outros”?

O tribunal decidiu julgar estes factos como NÃO PROVADOS, e fundamentou tal decisão dizendo: “(...) A resposta dada aos artigos 33º, (...), resultou directamente do depoimento da testemunha F..... que respondeu definitivamente não a estas três questões.

A resposta dada aos artigos 34º (...), vem no seguimento da resposta dada ao artigo 33º e ainda do facto de actualmente o autor ter um relacionamento normal com uma namorada como se provou em audiência, quer através dos familiares quer através dos amigos do mesmo”.

Pretende o autor que esses quesitos sejam dados por absolutamente provados e, para tanto, chama à colação os depoimentos prestados pelo Dr. F..... e por seu pai.

A testemunha Dr. F....., médico urologista à questão do quesito 32.º respondeu peremptório e assertivamente que “ ... um só testículo não impede o prazer, nem ter filhos...” e “... a perda de um testículo nada altera, nem em termos funcionais nem orgânicos...”. Mais referiu esta testemunha que, do ponto de vista psicológico, que é um campo estritamente pessoal, não sabe qual a repercussão que a perda de um testículo teve no autor, no entanto entende que estes pacientes devem ser apoiados a esse nível.

Também a testemunha Dr. N....., médico urologista, sobre esta questão, afirmou peremptoriamente que “a perda de um testículo não dá perda de prazer nem impede a reprodução”.

Tal como resultou do depoimento prestado pelos pais do autor e pelos amigos deste, actualmente e já há algum tempo, o autor tem uma namorada, parecendo tratar-se de uma situação estável, razão pela qual, o autor já contou à namorada o que lhe sucedeu, ou seja, que perdeu o testículo esquerdo.

Admitindo como muitíssimo plausível que o autor, atenta a sua jovem idade, o meio familiar e social onde estava inserido, etc., tenha sofrido, em consequência da perda de um testículo, um importante abalo psicológico, chegando a por em causa a sua própria virilidade e sentindo-se, de certa forma, mutilado, contudo tal situação hoje, pelos depoimentos prestados, pode dizer-se, e ainda bem, está hoje ultrapassada, aceitando o autor o facto de ter apenas um testículo, sendo que tem uma prótese no lugar do testículo esquerdo.

E assim sendo, é também nossa convicção que não logrou o autor fazer prova das realidade de tais factos, razão pela qual nada há a alterar na decisão proferida em 1.ª instância.

*

O autor pretende também que o quesito 47.º da base instrutória que o tribunal recorrido decidiu NÃO PROVADO, seja julgado totalmente provado.

Questionava-se se o autor deixou de ser um bom aluno, motivado e interessado “47.º O que deixou de acontecer após a perda do testículo?”

Alega o autor que a decisão de não provado dada a este quesito pelo tribunal recorrido está em contradição com as respostas dadas aos quesitos 46.º e

49.º, onde se julgou provado que: “O autor até á data dos factos foi um aluno médio, cumpridor, aplicado, motivado e interessado”, e que “as dores físicas e morais, o desalento pelo que estava a viver contribuíram para o insucesso do autor cujos resultados o impediram de ingressar, nesse ano, no ensino superior”.

É óbvio que a resposta de não provado dada ao quesito 47.º, não pode, logicamente, ser considerada contraditória relativamente às respostas dadas aos quesitos 46.º e 49.º, já que se trata de uma resposta totalmente negativa. No entanto, como foi referido em audiência de julgamento, designadamente pelos pais do autor e pelos amigos e familiares deste, o autor, no ano seguinte, frequentou e completou o 12.º ano de escolaridade e, veio, posteriormente, a ingressar no ensino superior, mais propriamente, no ESTG, em Leiria, onde se formou em engenharia informática.

Vendo o teor do quesito em apreço, verificamos que o mesmo tem um âmbito muito mais abrangente do que o que consta do quesito 49.º, ou seja, questiona-se se, durante o restante percurso escolar do autor este, em consequência da perda do testículo, deixou de ser um aluno médio, cumpridor, aplicado, motivado e interessado e, como se viu, nada de apurou em audiência, de concreto, sobre o comportamento posterior do autor como aluno, não esquecendo que o mesmo no ano seguinte logrou ingressar no ensino superior, que completou com êxito, daí que, nada haja a apontar contra o decidido em 1.ª instância relativamente a este facto.

*

No que concerne ao quesito 48.º da base instrutória que o tribunal recorrido decidiu julgar: - “ARTIGO 48º, PROVADO QUE: DURANTE ALGUM TEMPO PRÓXIMO À PERDA DO TESTÍCULO TAL PERDA CAUSOU UM TRAUMA AO AUTOR”, pretende o autor que seja agora dado totalmente por provado, chamando para tanto à colação o depoimento prestado por seu pai.

O referido quesito tinha a seguinte formulação: - “480 O facto de ter ficado sem um testículo causou ao Autor graves traumas?”

Vendo a formulação do quesito, coloca-se, desde logo, a questão de saber a que traumas a que se refere a questão. Julgamos que se reporta a “traumas psicológicos”, mas impõe-se saber quais os factos concretos que, a resultarem provados, deles se pudesse inferir que na realidade a perda do testículo causou ao autor uma situação traumática grave.

Compreende-se que o tribunal recorrido, lançando mão da normalidade das situações da vida, do conhecimento que se tem do que é auto-imagem normal que um jovem, da idade do autor, tem do seu corpo, e do que é razoavelmente sentido por um qualquer desses jovens se lhe fosse retirado uma parte tão importante do corpo, como é um testículo, tenha dado por provado que o autor

durante algum tempo após lhe ter sido retirado o testículo, tenha se sentido diminuído, mutilado, com a auto-imagem diminuída, etc., mas considerando o que se provou quanto ao actual comportamento do autor, designadamente perante a sua namorada, tenha respondido ao quesito em apreço pela maneira restritiva como o fez.

Por outro lado, constata-se que a resposta dada, e que também representa a convicção a que chegámos, é a conclusão do que resultou provado das respostas dadas, designadamente, aos quesitos 38.º a 42.º e 50.º a 53.º, todos da base instrutória, ou seja, que: “A perda do testículo fez o autor sofrer e angustiou e angustia o mesmo”; “a perda do testículo esquerdo faz o Autor duvidar da sua virilidade” “e, fê-lo perder confiança em si próprio”, “o que lhe causou durante algum tempo dificuldade na aproximação e contacto com o sexo oposto” “e, fez o Autor perder durante algum tempo a alegria de viver”; “Durante algum tempo próximo da perda do testículo esquerdo, o autor andou apático”; “Desiludido com a vida”; “Desinteressado” e “Triste”.

Pelo que é de manter inalterada a decisão dada em 1.ª instância ao quesito 48.º da base instrutória.

*

Finalmente, o tribunal recorrido julgou o quesito 68.º da base instrutória - PROVADO APENAS QUE: O DR. C..... NO DIA 18.08.2002 DISSE AO AUTOR QUE, A MANTER-SE AQUELE QUADRO CLÍNICO, DE VIA CONSULTAR UM MÉDICO ESPECIALISTA EM UROLOGIA.

Questionava-se, sob alegação de um dos réus, se “O Dr. C..... no dia 18/08/2002 disse ao Autor que, a manter-se aquele quadro clínico, devia consultar um médico especialista de imediato?”.

Sobre este facto apenas a o autor, o 2.º réu, Dr. C..... e o pai do autor que afirmou que entrou com o filho, e com ele estava, quando foi observado por aquele médico nos podiam dar um depoimento directo.

De forma pronta e isenta o 2.º réu declarou que depois de diagnosticar a patologia que o autor apresentava e de o medicar, aconselhou o autor, caso não se verificassem melhoras, a consultar um urologista. Questionado, directamente, se tinha presente se havia ou não dado ao doente um prazo para essas melhoras, respondeu que se não lembrava.

O autor não foi ouvido, contudo no art.º 7.º da p. inicial que o 2.º réu lhe havia dito que “caso se não verificassem melhoras, o doente devia consultar um urologista”, o que foi levado ao quesito 12.º da base instrutória e foi julgado provado.

Por seu turno o pai do autor afirmou em audiência de julgamento que o Dr. C..... havia dito que se tratava de uma infecção testicular, mas se não melhorasse no prazo de 8 dias, que consultasse um urologista.

Pretende o autor que se julgue o quesito 68.º totalmente provado, dizendo para tanto que “... da conjugação das respostas dadas pelas testemunhas, no sentido de consultar um especialista e no sentido de que o socorro nos casos de torção deve ser realizado nas próximas horas se se quiser salvar o órgão, há que concluir que o Dr. C..... quando falou em consultar um especialista pretendia dizer consultar de imediato este especialista ...!”.

Dos depoimentos supra referidos é manifesto que não se provou totalmente a realidade do facto quesitado, designadamente, não se provou que o Dr. C..... tenha aconselhado o autor a, no caso de não haver melhoria da situação, consultar, de imediato, um urologista. Ou seja, não se provou, como pretende o autor que o 2.º réu tenha colocado, à ocasião em que deu aquele conselho, a hipótese de se poder vir a estar perante um caso de emergência clínica, caso não houvesse entretanto melhoras.

Pelo que, em convicção, julgamos que é de manter a decisão proferida em 1.ª instância quanto a este facto.

Por tudo o que se deixa consignado, considerando ainda o teor do despacho de fundamentação da decisão que recaiu sobre a matéria de facto, o teor dos documentos juntos aos autos e o teor dos depoimentos prestados em julgamento, não se vislumbra que a decisão proferida em 1.ª instância enfebre de erro e, muito menos, erro grosseiro ou manifesto, não merecendo qualquer censura, devendo, por isso, manter-se inalterada.

Improcedem as respectivas conclusões do apelante.

*

Passemos à 3.ª questão colocada no presente recurso.

Ao que julgamos ter entendido do teor das alegações e respectivas conclusões do recurso, defende o apelante que o tribunal recorrido se pronunciou sobre matéria que não foi sequer alegada nem provada pelas partes, designadamente pelos réus, e nem sequer constava explicitamente da base instrutória dos autos. Mais precisamente, diz o recorrente que “os réus não conseguiram nem invocar nem provar que outra doença é que acometeu o autor, que não tivesse sido desde o início a torção testicular”. Logo “se não foi esta, então qual foi?” E mais adiante afirma o apelante que “não se compreende como é que pode a douda sentença considerar que a torção poderia ter resultado da evolução negativa de uma outra primitiva doença de que sofresse o autor, quando os réus não alegaram nem provaram que doença seria, pois nada disseram de relevante sobre a matéria, nem foi objecto de questionário nos autos”.

Ou seja, alega o autor que a sentença recorrida é nula, por força do disposto no n.º1 al. d) do art.º 668.º do C.P.Civil.

Vejamos, na verdade de harmonia com o disposto no artº 3º nº1 do C.P.Civil, a

iniciativa da acção pertence às partes, pelo que o tribunal não pode resolver um conflito sem que elas lhe tenham pedido tal resolução. E quanto à decisão, por força do disposto nos art.ºs 661.º, 664.º e 264.º, todos do C.P.Civil, o juiz está limitado não só pelas questões que lhe são colocadas pelas partes, (salvo se outras surgirem que sejam de conhecimento officioso) como pelo complexo fáctico alegado, (salvo o caso da existência de factos que não necessitam de alegação e a que o tribunal possa e deva recorrer, por notórios ou conhecidos por via do exercício das suas funções). Assim, cabe às partes delimitar o “quod decidendum”, expondo nos seus articulados as questões que querem ver decididas na acção, expondo os factos fundamentadores da razão por que pedem, invocando o direito em que se estribam e concluindo, logicamente, formulando um pedido.

Por força do disposto no art.º 664.º do C.P.Civil, o tribunal não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito. Pelo que, se em sede de facto, o tribunal está limitado pelas alegações das partes, na indagação do direito aplicável, não está o tribunal vinculado à qualificação jurídica feita pelas partes.

Segundo o disposto no art.º 668.º n.º1 al. d) do C.P.Civil, a sentença é nula se deixa de conhecer na sentença de questões de que devia tomar conhecimento ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento.

Este vício traduz-se no incumprimento ou desrespeito por parte do julgador, do dever prescrito no art.º 660.º n.º2 do C.P.Civil, cfr. Antunes Varela, in “Manual de Processo Civil”, pág 690 e Rodrigues Bastos, in “Notas ao Código de Processo Civil”, vol. III, 1972, 247, segundo o qual deve o juiz resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outra e não pode ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento officioso de outras.

A nulidade da al. d) do n.º1 do art.º 668º do C.P.Civil, é assim a sanção pela violação do disposto no art.º 660.º n.º 2 do C.P.Civil, o qual impõe ao juiz o dever de resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação mas, por outro lado, prescreve que só pode ocupar-se das questões suscitadas pelas partes, salvo tratando-se de questões do conhecimento officioso do tribunal, ocorrendo, respectivamente omissão ou excesso de pronúncia.

Importa, porém, ter em atenção que uma coisa são os argumentos ou as razões de facto e ou de direito e outra, essencialmente diversa, são as questões de facto ou de direito. As questões a que se reporta a alínea d) do n.º 1 do art.º 668.º do C.P.Civil são os pontos de facto e/ou de direito relevantes no quadro do litígio, ou seja, os respeitam ao pedido, à causa de pedir e às

excepções. Ou, como se decidiu nos Acs do STJ de 8.01.2004 e 5.02.2004, ambos in www.dgsi.pt, “essas questões centram-se nos pontos fáctico-jurídicos que estruturam as posições das partes na causa, designadamente os que se prendem com a causa de pedir, o pedido e as excepções”.

No caso dos autos, é evidente que o tribunal recorrido não se pronunciou, nem julgou como provado, qualquer facto que não tenha sido alegado pelas partes nos seus articulados.

Também carece de qualquer razão o apelante quando refere que os réus não alegaram, nem provaram que outra patologia apresentava o autor senão torção testicular. Pois que o hospital réu havia alegado, expressamente, na sua contestação que tal como foi diagnosticado pelo 2.º réu, Dr. C....., à ocasião, o autor padecia de epididimite, mas alegando que a epididimite pode provocar trombose dos vasos espermáticos que degeneram em necrose isquémica do órgão, factos que foram integrados na base instrutória dos autos, cfr. quesitos 66.º e 67.º e lograram ser julgados provados.

Por outro lado, não se pode ignorar que, de harmonia com o disposto no art.º 342.º n.º1 do C.Civil, atenta a causa de pedir e o pedido formulado nos autos, (como mais abaixo melhor se explicitará) competia unicamente ao autor a alegação e prova dos factos constitutivos do direito a uma indemnização que invocou, desde logo, que à ocasião em que foi observado pelo 2.º réu padecia de torção do cordão espermático, e não de epididimite, como lhe foi erradamente diagnosticado por aquele clínico.

Finalmente sempre se dirá que é em sede da motivação da decisão da matéria de facto, e para bem explicitar a análise crítica da prova produzida nos autos e assim deixar bem expresso todo o processo que levou à formação da convicção num certo sentido, que a Mm.ª juíza “a quo” alude a outras patologias que poderiam ter como resultado a necrose isquémica do testículo, facto manifestamente provado nos autos, e não apenas a torção testicular ou do cordão espermático afirmada pelo autor, cuja existência nem sequer logrou provar.

Destarte não se verifica qualquer nulidade da sentença recorrida por excesso de pronúncia, cfr. art.º 688.º n.º 1 al. d) do C.P.Civil.

Improcedem as respectivas conclusões do apelante.

*

4.ª e última questão – do Direito.

Como bem se consignou no Ac. da Relação de Lisboa de 8.01.2008, in www.dgsi.pt “A responsabilidade médica, enquanto responsabilidade profissional civil do médico, constitui matéria de reconhecida complexidade e melindre, sabendo-se que em causa estão, normalmente, direitos essenciais, englobados nos designados direitos de personalidade, como o direito à

integridade física, e sobretudo o direito à saúde, ligados de forma indissociável à ao desenvolvimento e realização plena da pessoa humana”, o que é manifestamente o caso em apreço nos autos.

Podendo ainda ler-se desse aresto que “a actividade médica perdeu o carácter quase mágico de que durante muito tempo se revestiu, impeditivo não só da indagação sobre a bondade das práticas, mas sobretudo sobre a sua inadequação às situações sobre as quais incidiam, maxime em termos de eventuais erros cometidos, geradores da obrigação de reparar. A tal dessacralização não foram estranhas as sucessivas descobertas científicas, com constantes progressos no debelar de doenças ou lesões anteriormente tidas por fatais ou sem qualquer solução de alívio, muito menos de cura, aliadas a uma crescente massificação dos cuidados de saúde, não só em termos da procura de remédio, mas também no concerne aos meios terapêuticos que devem ser utilizados para tanto e as consequências que deles podem decorrer”.

A situação coloca-nos perante a responsabilidade civil aquiliana ou extra-contratual, já que a prestação de cuidados de saúde, ao abrigo do serviço nacional de saúde, no Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, E.P.E. (à ocasião, Hospital Padre Américo - Vale do Sousa), decorre de uma obrigação do Estado para com todos os cidadãos que careçam de cuidados de saúde e a ele recorram, independentemente de um acto de vontade da entidade prestadora de saúde em querer ou não querer obrigar-se em prestar esses cuidados. Como sustente o Prof. Miguel Teixeira de Sousa, in “O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”, comunicação apresentada ao II Curso de Direito da Saúde e Bioética e publicada in “Direito da Saúde e Bioética”, Lisboa, 1996, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, pág. 127, a responsabilidade civil médica “é contratual quando existe um contrato, para cuja celebração não é, aliás, necessária qualquer forma especial, entre o paciente e o médico ou uma instituição hospitalar e quando, portanto, a violação dos deveres médicos gerais representa simultaneamente um incumprimento dos deveres contratuais”; “em contrapartida, aquela responsabilidade é extracontratual quando não existe qualquer contrato entre o médico e o paciente e, por isso, quando não se pode falar de qualquer incumprimento contratual, mas apenas, como se refere no art. 483º, nº 1, do Código Civil, da violação de direitos ou interesses alheios (como são o direito à vida e à saúde)”.

Contudo, qualquer que seja a natureza da responsabilidade civil que impende sobre o lesante, ela traduz-se numa obrigação de indemnizar, ou seja, de reparar os danos sofridos pelo lesado.

A responsabilidade civil aquiliana ou extra-obrigacional surge como

consequência da violação de direitos absolutos, que se encontram desligados de qualquer relação pré-existente entre o lesante e o lesado. E são pressupostos da responsabilidade por factos ilícitos (que é o que releva no caso dos autos) o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante, o dano e um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

O facto deve ser um facto voluntário ou dominável pela vontade do agente que viola um direito absoluto de outrem. Podem também ser uma omissão de um acto também dominável pela vontade, a que o agente estava obrigado, e que também viola o direito de outrem, ou qualquer disposição destinada a proteger interesses alheios.

Nos termos do art.º 483.º do C.Civil “aquele que com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Por sua vez, “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação” (art.º 562.º C.Civil), tendo em conta que a obrigação de indemnização “só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria se não fosse a lesão” (art.º 563.º do C.Civil).

No que respeita aos danos não patrimoniais, há que ter em conta o disposto no art.º 496.º n.ºs 1 e 3, do C.Civil, onde se estabelece que, “na fixação da indemnização, deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, sendo o respectivo montante fixado equitativamente tendo em conta o grau de culpabilidade do responsável, a situação económica do lesante e do lesado e as demais circunstâncias do caso”. Sendo que a gravidade do dano há-de medir-se por um padrão objectivo, que tenha em conta o circunstancialismo de cada caso, e não por padrões subjectivos, resultantes de uma sensibilidade particular, cabendo ao tribunal dizer, em cada caso, se o dano, dada a sua gravidade, merece ou não tutela jurídica, como ensina o Prof. Antunes Varela, in “Das Obrigações em Geral”, vol. I, pág. 600.

No caso em apreço o autor estruturou a sua acção na afirmação de que o diagnóstico efectuado pelo 2.º réu, Dr. C....., quando o atendeu no serviço de urgências do Hospital Padre Américo – Vale do Sousa, onde prestava serviço, foi errado, pois que o autor padecia de torção testicular, o que podia e devia ter sido diagnosticado e, consequentemente, ter o tratamento médico-cirúrgico devido, e por assim não ter sucedido, o autor sofreu um grave dano na sua saúde e integridade física o que ainda lhe acarretou sequelas permanentes quer a nível físico quer psicológico, pretendendo ser indemnizado pelos correspondentes danos não patrimoniais. Ou seja, alega o autor que o erro médico, consistente num erro de diagnóstico, e

consequentemente de tratamento, de que foi vítima lhe causou dano corporal grave e que deixou sequelas permanentes, quer a nível psicológico, quer a nível físico.

Por acto médico entende-se o acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas adequadas, cfr. Almeida Costa, in “Direito das Obrigações”, pág. 431.

No caso em apreço, ao autor competia, pois, que provar que o diagnóstico e tratamento feito pelo 2.º réu no Hospital, também réu, foi errado e, por isso, sofreu importante dano, pois se outro acto médico tivesse sido praticado poderia ter levado ao tratamento da patologia de que padecia, e até à sua, em suma, teria evitado a perda do testículo.

Dúvidas não restam de que a obrigação a que o 2.º réu estava obrigado era uma obrigação de meios, pois como médico estava tão só adstrito a prestar ao doente os melhores cuidados, em conformidade com as *leges artis* e os conhecimentos científicos actualizados e comprovados à data dos factos, mas não a cura. Ou seja, estando o devedor adstrito a uma obrigação de meios, ele apenas se compromete a desenvolver, prudente e diligentemente, certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza. Já verificar-se-á incumprimento se é cometida uma falta técnica, por acção ou omissão, das *leges artis* e dos deveres de cuidado, decorrentes dos conhecimentos científicos disponíveis, implicando, por exemplo, a omissão do uso de meios humanos ou técnicos auxiliares necessários à obtenção do melhor tratamento.

Em particular sobre a obrigação/deveres do médico dispõe o 31.º (Princípio geral) do Código Deontológico da Ordem dos Médicos que “O médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano”. E continua o n.º 1 do art.º 35.º do mesmo diploma, (Tratamentos vedados ou condicionados) que “O médico deve abster-se de quaisquer actos que não estejam de acordo com as *leges artis*”. Impondo o art.º 9.º ainda do mesmo Código, (Actualização e preparação científica) que “O médico deve cuidar da permanente actualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica (*leges artis*)”.

No caso, competia ao autor o ónus de prova de que o 2.º réu realizou um juízo de diagnóstico errado; tendo, por isso, violado as *leges artis* por parte do 2.º

réu, ou seja, competia fazer a prova da ilicitude.

Como resulta da resposta negativa dada aos quesitos 26.º, 27.º e 32.º da base instrutória o autor não logrou fazer prova de que à ocasião quando foi observado nas urgências do Hospital Padre Américo – Vale do Sousa, pelo 2.º réu, face aos sintomas que apresentava, ao que foi dado a conhecer ao referido clínico pelo exame objectivo que lhe realizou, ao que se apurou pelos meios auxiliares de diagnóstico utilizados e às demais circunstâncias do caso e assentes nos autos, padecia efectivamente de torção testicular ou torção do cordão espermático, e não de epididimite, como foi diagnosticado.

Não se provou, pois, que o 2.º réu não tivesse actuado segundo as regras da boa prática profissional que a natureza do acto postulava em função da exigível preparação técnica e dos conhecimentos científicos disponíveis. Ou seja, não resulta da matéria de facto provada nos autos que o 2.º réu agiu sem a diligência que lhe exigível face às circunstâncias do caso, e de acordo com as regras da sua arte, recomendáveis para aquele quadro clínico, pelo que dessa mesma factologia não resulta qualquer indicio de falta de cuidado, de zelo, imperícia ou falta de conhecimento técnico científico disponível por parte do 2.º réu e necessário ao exercício da sua actividade como médico.

Pelo que não tendo sido provado que o 2.º réu, Dr. C....., praticou qualquer facto ilícito no âmbito dos cuidados de saúde prestados ao autor no referido hospital, e sendo desnecessário averiguar se estão verificados os demais requisitos da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, podemos concluir que nem aquele clínico nem esta instituição incorrem, assim como os demais demandados, na obrigação de indemnizar os danos invocados pelo apelante.

Sendo também óbvio que não estando provada a existência do direito à indemnização invocado pelo apelante nos autos, fica prejudicado o conhecimento da excepção peremptória da prescrição do direito. E assim, também em termos de aplicação do Direito, a decisão recorrida não nos merece qualquer censura, indo, pois, confirmada.

Improcedem as restantes conclusões do apelante.

IV – Por tudo que fica acima consignado, acordam os Juízes desta secção cível em julgar a presente apelação totalmente improcedente, confirmando a decisão recorrida.

Custas pelo apelante.

Porto, 2010.11.16

Anabela Dias da Silva

Sílvia Maria Pereira Pires
Ana Lucinda Mendes Cabral