



**ANÁLISE DA PROPOSTA DE LEI DO
REGIME JURÍDICO DE TRATAMENTO DE
LITÍGIOS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO**

I. INTRODUÇÃO

Em Macau, ao contrário de outros países, não existe uma legislação que regule os direitos do utente de cuidados de saúde, a não ser o do acesso aos mesmos (Decreto-Lei n.º 24/86/M, de 15 de Março).

Face aos vários casos de suspeitas de ocorrência de “erro médico”, por parte dos prestadores de cuidados de saúde, na RAEM, o Governo decidiu legislar sobre esta matéria, que agora apresenta sob a forma de Proposta de Lei.

Até agora apoiado apenas no serviço desenvolvido pelo Centro de Avaliação de Queixas relativas a Actividades de Prestação de cuidados de Saúde (CAQ) da Direcção dos Serviços de Saúde, sito no Hospital de São Januário, a situação e o procedimento de investigação, tratamento e resolução de litígios decorrentes de “erro médico” não tem, até esta data, nenhuma base legal que regule o seu procedimento.

Esta Proposta de Lei visa alterar esse estado de coisas, após as várias polémicas que têm surgido quanto ao funcionamento e resultados obtidos por aquele Centro, relativamente às queixas que a ele têm chegado sobre situações de suspeita de existência de “erro médico”, acima referidas.

Os princípios e finalidades traçados na elaboração desta Proposta de Lei foram os seguintes:

“Um tratamento imparcial, justo e eficiente de litígios decorrentes de erro médico é de grande importância para a salvaguarda dos direitos e interesses legítimos dos prestadores de cuidados de saúde e dos utentes.”

Em termos concretos, o que se propõe é a consagração de alguns direitos dos utentes, e deveres dos prestadores dos cuidados de saúde relativos à informação e ao conhecimento que estes devem fornecer àqueles, tanto sobre a sua situação clínica, como sobre as possibilidades, adequação e riscos dos tratamentos possíveis, de acordo com o seu quadro clínico.

Propõe-se também a regulamentação especificada da Responsabilidade Civil por Erro Médico, bem como da Responsabilidade Penal por actos que impeçam a sua investigação, e a da aplicação de contravenções administrativas pela violação dos deveres consagrados na Proposta.

Mais se pretende regular o procedimento pericial médico-forense, criando uma entidade específica para este fim, sob a forma de uma comissão, com autonomia decisória e poderes de autoridade relativamente à investigação.

Finalmente, propõe-se ainda um procedimento de mediação entre os prestadores de saúde e os particulares – ou familiares e/ou representantes destes – que sejam partes nas situações de existência de “erro médico”.

Desde logo, entendemos que, face às soluções legais actualmente vigentes, tanto no âmbito do Direito Civil, como no âmbito do Direito Penal, as quais nos parecem suficientes para acautelar os direitos e obrigações de utentes e prestadores de cuidados de saúde, relativamente às situações de ocorrência de actos culposos que originem dano para os utentes, não nos parece que haja necessidade de legislar sobre esta área.

No entanto, caso se mantenha o propósito do Governo em prosseguir com tal legislação, achamos que a Administração deverá criar o seguro obrigatório profissional para os médicos e demais prestadores de cuidados de saúde, negociando com o sector segurador uma apólice uniforme para o mesmo, para que o prémio do mesmo seja acessível aos profissionais médicos.

Outra solução poderia passar pela constituição de um fundo para o pagamento de indemnizações decorrentes de situações de “erro médico”, por parte da Administração, e para o qual poderiam contribuir todos os profissionais de saúde inscritos na RAEM.

Após a implementação destas medidas, então poder-se-ia avançar para uma legislação sobre as situações de “erro médico”.

Se não for assim, tendo em conta os casos de outras regiões, como a de Hong Kong, estar-se-á a afastar os profissionais de saúde da prática da medicina, pela exorbitância que o prémio de tal seguro poderá atingir. Por outro lado, o receio que este tipo de legislação poderá incutir nos médicos, pode conduzir a que os mesmos adotem condutas defensivas na sua prática profissional, em detrimento de um tratamento com maior risco, mas com maior possibilidade de eficácia na cura do utente.

Postos estes condicionalismos, sobre a legislação proposta, eis seguidamente o nosso parecer, sobre o texto que nos foi remetido.

II. DA ANÁLISE CONCRETA DA PROPOSTA DE LEI:

A - Da definição de “erro médico”:

Achamos estranho que se preveja, no título da Proposta de Lei aqui em análise, o termo “erro médico”, uma vez que a definição de “erro”, salvo melhor entendimento, é mais adequada a situações em que não existe culpa, por exemplo porque os actos do prestador dos cuidados de saúde foram fundamentados em deficiente ou má informação

– transmitida pelo doente ou por um terceiro estranho ao prestador daqueles cuidados – ou mesmo por impossibilidade técnica em obtê-la, ou pelo menos em obtê-la em tempo útil para o bom resultado da sua prestação (como é o exemplo da situação de emergência médica).

Sabemos que há quem entenda que este é um termo muito lato, que pode abarcar não só as situações em que a culpa não existe, mas também aquelas em que ela existe, na forma de negligência por parte do prestador dos cuidados de saúde.

Porém, compreendendo a definição de erro médico consagrada no art.º 2.º desta Proposta de Lei, a “...violação culposa...” de normas legais, deontológicas ou das *leges artis*, é nosso entendimento que a denominação desta Proposta de Lei não é totalmente adequada ao conteúdo da mesma, uma vez que as situações de “erro culposo” são normalmente incluídas no âmbito da “negligência médica” e denominadas como tal.

Assim, parece-nos que a Proposta de Lei em análise deveria denominar-se de “Regime Jurídico do tratamento de litígios decorrentes de erro médico culposo” ou “... de negligência médica”.

B - Do Direito à Informação do Utente:

O principal direito regulamentado nesta Proposta de Lei é o Direito à Informação do Utente, tanto relativamente à sua situação clínica, como principalmente relativamente aos tratamentos adequados a serem ministrados perante a mesma.

Esta Proposta de Lei prevê o Direito à informação em dois momentos diferentes e de diferentes formas.

A primeira, como se referiu, diz respeito à informação ao utente sobre o seu quadro clínico e as medidas de tratamento médico adequadas, e às consequências que delas possam advir – art.º 5.º, n.º 1.

A segunda refere-se à entrega da cópia do processo clínico, que o prestador dos cuidados de saúde é obrigado a autuar, ao utente que assim o solicite.

Esta entrega poderá ocorrer tanto na altura acima referida, em que é dado conhecimento ao utente, ou ao seu representante, sobre a sua situação clínica, e sobre as medidas de tratamento médico adequados – por exemplo, para que o utente possa decidir sobre a sua sujeição a este ou pedir uma segunda opinião de diferente especialista – ou pode ocorrer após o referido tratamento, quando existam danos para a saúde do utente, decorrentes de um acto ou tratamento médico desadequado, ou que se suspeite como tal – art.º 6.º, n.º 3.

Tal como em legislações sobre os cuidados de saúde de outros ordenamentos jurídicos, e principalmente nos mais avançados, o Direito à Informação do utente é tratado aqui como o principal direito do utente.

No entanto, nos países com legislações mais avançadas – como acontece com o *Code de la Santé Publique* francês, que lhe dedica o capítulo I, do seu Livro Primeiro, – juntamente com o Direito à Informação, regula-se também algumas *nuances* do mesmo, como o Direito à Ignorância sobre o quadro clínico, ou sobre o tratamento adequado ao mesmo e suas consequências, em caso de manifestação de vontade do utente neste sentido. É também costume incluir a necessidade de informação ao utente sobre os custos e benefícios do tratamento, caso existam.

Mas parece-nos que esta Proposta de Lei poderia ir mais longe, uma vez que pode não ser suficiente a mera informação de todos aqueles aspectos ao doente, até porque o mesmo pode não compreender o alcance de alguns termos médicos.

É necessário que a informação seja devidamente explicada ao utente, para que se consiga daquele uma decisão devidamente informada e esclarecida relativamente aos actos médicos que compreenderão os tratamentos a que se deve sujeitar (consentimento esclarecido), mormente aqueles que compreendem uma certa dose de risco para a sua saúde, por exemplo através do recurso à opinião e acompanhamento de outro profissional em que o mesmo confie.

Já relativamente ao disposto no artigo 5.º, n.º 2, dever-se-á prever igualmente a possibilidade de entrega de certidão ou de consulta do processo clínico, tal como se prevê no artigo 64.º do Código de Procedimento Administrativo.

C - Da Perícia do Erro Médico

Antes de nos debruçarmos sobre a parte da perícia médica em si mesma, queremos chamar a atenção para o facto de não acharmos correcto que as “medidas de acompanhamento”, previstas no artigo 8.º - que na realidade são medidas cautelares de redução do dano e de conservação da prova - devam ser desencadeadas apenas quando exista um “indício forte” de ocorrência de erro médico.

Para tal, a lei deveria bastar-se com o “mero indício ou indícios”, sem necessidade que o este atinja uma força tal que possa vir a desencadear danos maiores ao utente.

Segundo a Proposta de Lei em análise, deverá ser criada uma Comissão de Perícia do Erro Médico, com amplos poderes investigatórios (art.º 12.º), e autonomia decisória (art.º 9.º, n.º 2), e inclusivamente com poderes de autoridade, uma vez que se consagra a cominação de constituir um crime de desobediência todo o comportamento que impeça ou leve ao incumprimento das medidas de investigação que a Comissão decidir tomar (art.º 31.º).

A existência desta Comissão levanta sérias dúvidas e resultará em grande polémica, existindo várias razões de ordem relativamente à mesma, que têm que ser reflectidas.

Quanto à constituição da mesma, há dois aspectos que devem ser focados:

O primeiro tem a ver com a realidade dimensional de Macau;

O segundo tem a ver com a complexidade da ciência médica, decorrente do contínuo desenvolvimento da mesma, e facilmente constatável pela existência de um número crescente de especialidades médicas diferenciadas desde há muitas décadas.

Relativamente ao primeiro, a reduzida dimensão de Macau faz com que pessoas que se integrem em determinados grupos, como sejam os grupos constituídos pelos profissionais das mesmas áreas, se aproximem entre si, sejam eles os médicos, sejam eles os especialistas de determinada área da medicina.

O mesmo é dizer que facilmente poderão ser constatadas relações próximas entre os profissionais que constituem a Comissão, daqueles que serão alvo da sua análise, sejam estas de amizade ou de antagonismo.

Já quanto ao segundo aspecto, aliado ao primeiro, faz com que não sejam muitos os especialistas das diversas áreas médicas que aqui residem ou trabalham e até que nem todas as especialidades médicas estejam aqui representadas (recorde-se que normalmente são reconhecidas pelos países desenvolvidos, cerca de 45 áreas de especialidade médica, sendo que algumas delas são na realidade “sub-especialidades”, como é o caso dos diversos tipos de especialidades de Cirurgia).

Ora, não é difícil concluir que os dois aspectos acima focados poderão vir a ser utilizados como fundamento para pôr em causa a independência do trabalho desenvolvido pela Comissão, e a sua competência em termos de conhecimento científico especializado necessário para avaliar a situação e posteriormente avalizar determinado entendimento que a mesma adopte no seu relatório.

A título de exemplo, poder-se-á questionar com que “autoridade” poderá um médico de clínica geral, em conjunto com colegas de outras especialidades que não aquela do seu colega sob escrutínio, vir a julgar as *leges artis* utilizadas por um cirurgião, ou por um oncologista, ou um radioterapeuta, etc.. E mais ainda tendo em

conta que as técnicas e tecnologias médicas, bem como os seus métodos, se encontram em permanente desenvolvimento e mutação.

E esta situação poderá facilmente acontecer, tendo em conta os aspectos acima referenciados.

Por outro lado, põe-se também a questão de saber até que ponto é que tal Comissão poderá ser suficientemente imparcial e objectiva no seu trabalho, quando a mesma será constituída na sua maioria por profissionais da área da medicina, e terá como função avaliar a culpa no desempenho da actividade de “colegas”.

Noutros ordenamentos jurídicos, esta dificuldade é ultrapassada com a constituição de comissões da especialidade ou de comissões *ad-hoc*, solução que pensamos não ser muito fácil de implementar em Macau, dado o reduzido número de especialistas e de áreas de especialidade aqui representadas.

Ao invés desta solução, a Proposta de Lei prevê, por um lado a possibilidade de a Comissão poder vir a ter, entre os seus membros, alguns profissionais médicos do exterior, com competência científica reconhecida (por quem?) e, por outro, a possibilidade de aquela poder vir a solicitar e recolher pareceres juntos de entidades ou especialistas, locais ou do exterior, com o devido conhecimento científico para auxiliar o seu trabalho.

Parece-nos, porém, face ao acima referido, que o trabalho da Comissão poderá vir a depender bastante deste recurso a pareceres de profissionais estranhos à actividade médica em Macau.

Há, ainda, que ter em consideração que existem médicos de Hong Kong a exercer clínica em Macau e/ou com interesses na RAEM, e outros com interesses em Hong Kong, para onde encaminham doentes – sendo duvidosa a sua objectividade e isenção

com que, em algumas situações, apreciarão a conduta ou a idoneidade dos médicos de Macau.

Alerta-se também para o que nos parece ser uma regulamentação deficiente, do procedimento pericial previsto nos artigos 11.º a 16.º.

Desde logo, notamos que não se consagra um prazo para a apresentação do requerimento de perícia por parte do utente ou dos seus representantes – como se prevê, por exemplo, para a obrigação de comunicação de suspeita de erro médico, para os prestadores de cuidados de saúde – após o conhecimento ou a suspeição de existência de erro médico.

Achamos que tal requerimento não deve poder ser apresentado a todo o tempo, até porque o decurso do mesmo poderá vir a dificultar o trabalho da Comissão, e porque constitui um desequilíbrio que seja estipulado um prazo para uma parte e não o tenha sido para a outra.

É certo que a Lei civil acaba por resolver esta questão, impondo que aquele seja apresentado dentro do prazo previsto para a prescrição da responsabilidade civil para os factos ilícitos, que é o regime que esta Proposta de Lei prevê para este tipo de situações, no seu art.º 18.º.

No entanto, também este prazo é excessivo, pelo que se sugere que seja estipulado o prazo de um ano após o conhecimento, ou suspeita do lesado, sobre a existência de erro médico.

O restante procedimento de perícia encontra-se “sumariamente” previsto nos artigos 12.º e 13.º, mas atribui à comissão o poder de iniciativa de todos os actos do procedimento, inclusivamente o de audiência e defesa dos interessados cujos direitos, no entanto, se afirma deverem ser assegurados. No entanto, não prevê a possibilidade de intervenção activa destes no procedimento.

Ora, não nos parece correcto que a Comissão leve a cabo o seu procedimento investigatório sem que haja a possibilidade de o profissional de saúde ou o lesado poderem requerer a prática de certos actos, ou a junção de pareceres de determinados especialistas, ou a produção de outros meios de prova, e de estes deverem ser aceites no procedimento e devidamente analisados e tidos em conta.

Se a sua forma de procedimento for fechada à possibilidade de uma intervenção activa das próprias partes mais interessadas, e sempre dependente da possibilidade (ou não) de a Comissão a determinar, desde logo agrava-se o risco da contestação da sua autonomia e independência a que nos referimos acima, pelo receio de que a Comissão se possa vir a tornar um mero instrumento da Administração, susceptível aos possíveis interesses da mesma, uma vez que os seus membros serão nomeados pelo Chefe do Executivo, e nunca deixarão de, em certo modo, estar debaixo da “alçada” da Administração, que também é quem atribui as licenças para a prática de cuidados de saúde.

Acresce que, no art.º 15.º, n.º 2, da Proposta de Lei, se prevê que o prazo de conclusão das investigações e elaboração do relatório pericial [de 90 (noventa) dias] possa ser prorrogado, em caso de complexidade do caso.

No entanto, já não se prevê formalismo algum para tal, nem se refere que entidade é competente para autorizar tal prorrogação, ou se a mesma poderá ser livremente decidida pela própria Comissão.

De igual forma, também não se estipula que tal prorrogação deve ser devidamente fundamentada e notificada aos intervenientes no processo.

Finalmente, também não se encontra previsto um limite de prazo para tal prorrogação. A falta desta limitação poderá querer dizer que o procedimento se poderá arrastar indefinidamente se, por exemplo, a Comissão decidir que não tem, ou não encontrou, os meios técnicos capazes para concluir a investigação, o que não nos parece correcto.

Também não se regulamenta o funcionamento da Comissão, nem a forma de decisão sobre o objecto da perícia.

Mais concretamente, não se consagra de que maneira decide a Comissão sobre os actos periciais a realizar ou a prova a produzir nos autos do procedimento pericial, nem se esta entidade deverá decidir sobre as conclusões a exarar no relatório de perícia por unanimidade, ou se há lugar a uma decisão por maioria, com publicitação dos votos vencidos.

Este último ponto poderá ser importante, na medida em que o interveniente “vencido”, no procedimento pericial, verá melhoradas as possibilidades de pôr em causa o relatório pericial, por exemplo aquando de recurso aos meios judiciais.

Já quanto a este particular, não concordamos com o especial valor probatório das conclusões da investigação e perícia técnica efectuadas pela Comissão. Prescreve o n.º 3 do artigo 9.º que tais conclusões servem de referência para a resolução dos litígios decorrentes do erro médico, sem prejuízo do recurso a outros meios...

É sabido que o Juiz não está vinculado aos laudos periciais que podem estar e, por vezes, estão impregnados de algum espírito corporativo (cf. composição – art.º 10º n.º 1).

Por isso, determinar a lei que os laudos da Comissão “...**servem de referência**...” pode induzir a ideia de imposição ao Juiz de um dever de observância das conclusões obtidas pela Comissão, o que redundaria na conversão dos peritos em reais julgadores do litígio. E, principalmente, no caso de algum dos intervenientes querer pôr em causa o próprio relatório pericial, este especial valor probatório é um ónus que nem deve ser tido em conta.

Acresce que tal previsão contende com o princípio da livre apreciação da prova, disposto no artigo 383.º do Código Civil, e no artigo 558.º do Código de Processo Civil.

Assim sendo, **a eliminação desta menção ou a sua circunscrição à parte da Mediação de Litígios Médicos**, a que aludem os artigos 21º e ss. da mesma proposta de lei, seria uma boa opção.

Já quanto à Reclamação, também não se prevê que alguma outra prova superveniente possa vir a ser junta com a mesma, para que a Comissão possa avaliar melhor aquela.

Finalmente, quanto ao artigo 17.º, a previsão dele constante, quanto à perícia determinada judicialmente, será problemática, sempre que a situação *sub judice* tenha sido já objecto de análise pela Comissão. Assim, deveriam ser previstas excepções àquele regime, bem como a possibilidade de confronto do relatório pericial com outra prova que o possa pôr em causa.

D - Do Regime de Responsabilidade Civil por Erro Médico

Juridicamente, esta é a parte da Proposta de Lei que poderá suscitar maior divergência de opiniões, principalmente no que toca à actividade médica privada, conforme se analisará mais abaixo.

No entanto, não deixaremos de esclarecer que a consagração de um regime único de responsabilidade a aplicar às situações de erro médico, se traduz numa escolha do legislador, decidindo sobre uma discussão que envolveu muitos autores e vária jurisprudência, durante muito tempo. Mas fá-lo à custa da rejeição do entendimento maioritário relativamente à aplicação do disposto na Lei Civil em vigor, a estas situações. Senão vejamos.

O Acórdão do Tribunal de Última Instância, proferido em 13 de Novembro de 2013, no processo n.º 34/2013, resumiu esta oposição de entendimentos, relativamente à actividade médica privada, da seguinte forma:

“É sabido que, por vezes, o mesmo acto pode originar simultaneamente responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. É o caso do médico privado que, em intervenção cirúrgica, culposamente, provoca a morte do paciente.

Incorre em responsabilidade contratual por violação da obrigação, do direito de crédito. Incorre em responsabilidade extracontratual por violação do direito absoluto à vida.”.

“Vejam, então qual o regime de responsabilidade civil aplicável à actividade médica privada.

De entre as teses possíveis para solucionar o problema, (...) não encontramos nenhum autor que defenda ser aplicável no caso o regime da responsabilidade extracontratual, independentemente da vontade do lesado, autor da acção de responsabilidade.

Já a tese que entende ser aplicável sempre e só a responsabilidade contratual tem actualmente como defensor ALMEIDA COSTA. Entende este Professor que ocorre um concurso aparente de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual, estando estas duas formas de responsabilidade numa relação de especialidade, pelo que o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual.

Mas esta solução é de rejeitar. Como afirma VAZ SERRA, com o contrato não se exclui o dever geral de não ofender os direitos ou interesses alheios protegidos pelas regras da responsabilidade delitual.

O sistema da acção híbrida, em que o lesado pode escolher de entre os dois regimes, aquelas normas que mais lhe conviessem, assim compondo e criando um sistema híbrido, era a solução proposta por VAZ SERRA, embora com algumas ressalvas, nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, e tinha alguns seguidores no direito comparado. O Código Civil não veio a acolher tal proposta.

Tem contra ela a circunstância de a lei não prever nenhum sistema híbrido, pelo que não pode ser uma parte, unilateralmente, a criá-lo.

Mas a tese que, de longe, reúne actualmente, a preferência dos autores é a que deixa nas mãos do lesado a escolha do regime, correndo o risco da opção que faça.

Na verdade, o legislador do Código Civil de Macau, tal como o do Código Civil de 1966, não tomou partido na contenda doutrinal.

Ora, se o facto integra as duas formas de responsabilidade, face ao princípio dispositivo, é ao autor que cabe definir qual a causa de pedir da acção (artigo 5.º do Código de Processo Civil), alegando os factos que integram a mesma.

Como ensina LEBRE DE FREITAS é monopólio do autor a indicação dos factos principais que integram a causa de pedir da acção.

Logo, é o autor que alega o título jurídico no qual baseia a acção, também como decorrência do princípio da autonomia da vontade, correndo os riscos da sua opção.”.

Tal contenda veio também a ser objecto de análise e decisão no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, proferido pelo Tribunal de Última Instância, em 18 de Janeiro de 2006, no processo 23/2005, relativamente à actividade médica nas instituições de saúde integradas nos Serviços de Saúde (hospitais públicos), que aqui se resume pela transcrição das seguintes partes:

“Trata-se de saber se a responsabilidade civil decorrente de factos que produzam danos em utente de hospital público é regida pela responsabilidade contratual ou pela responsabilidade civil extracontratual.

Em teoria é fácil distinguir as duas formas de responsabilidade civil.

A extracontratual assenta na violação de deveres gerais de abstenção, correspondentes aos direitos absolutos, como o direito à vida ou o direito à integridade física.

A responsabilidade contratual resulta do não cumprimento dos deveres próprios das obrigações.

É sabido que, por vezes, o mesmo acto pode originar simultaneamente responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. É o caso do médico privado que, em intervenção cirúrgica, culposamente, provoca a morte do paciente. Incorre em responsabilidade contratual por violação da obrigação, do direito de crédito. Incorre em responsabilidade extracontratual por violação do direito absoluto à vida.

Nestes casos, como em outros semelhantes, discute-se qual o regime aplicável. Não sendo este o local para discussão aprofundada do problema, porque sem relevância directa para o nosso caso, sempre se dirá que se tem defendido (i) a possibilidade do lesado optar por um regime híbrido conjugando os aspectos mais favoráveis dos dois regimes, havendo, por outro lado, (ii) quem defenda um ou outro dos dois regimes e, por último, aqueles que, como ANTUNES VARELA, 2 (iii) entendem que o lesado, autor da acção de indemnização, deve ter liberdade de agir, escolhendo um dos dois regimes, correndo o risco da opção que faça.”.

“Neste regime (do DL 24/86/M, de 15 de Março, e do DL 68/89/M, de 9 de Outubro – nota nossa) não há qualquer indício de que o acesso dos utentes aos cuidados de saúde nos estabelecimentos públicos respectivos se faça mediante qualquer contrato.

Onde pode existir contrato é na situação particular do acesso de pessoal de empresas públicas ou privadas e familiares e dos beneficiários de sistemas individuais de seguro-doença aos cuidados dos estabelecimentos de saúde públicos. Mas aqui o contrato não se faz com o próprio utente. O acordo é estabelecido entre a DSS e a empresa ou a entidade que gira o sistema de seguro-doença, sendo o utente terceiro beneficiário de contrato.

No caso dos autos, o acesso da paciente que viria a falecer aos cuidados de saúde, gratuitos, deu-se na qualidade de grávida, parturiente e puérpera. E, portanto, de beneficiária do sistema de saúde público de Macau, em condições semelhantes a qualquer outra grávida, parturiente ou puérpera. Não se deu na qualidade de contratante.

“O facto gerador destas relações está na manifestação unilateral de vontade do particular que pretenda utilizar o serviço ou a coisa pública e que fica investido no estado de utente”.

Em conclusão, salvo quando, de acordo com a lei, o acesso dos utentes aos cuidados de saúde nos estabelecimentos públicos respectivos se faça mediante contrato (como é o caso previsto nas alíneas a) e b) do art.º 14.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M) o

regime da responsabilidade civil aplicável à acção de indemnização por danos produzidos em hospital público é a extracontratual.

É de fixar, pois, jurisprudência obrigatória no seguinte sentido:

A responsabilidade civil por actos ou omissões na prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos aos utentes referidos no n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M, de 15 de Março, tem natureza extracontratual.

A escolha por um ou outro dos regimes da responsabilidade civil, releva, principalmente, relativamente aos seguintes pontos:

- I. A **culpa** é presumida na responsabilidade contratual (artigo 788.º do Código Civil), mas não na responsabilidade extracontratual (artigo 477.º, n.º 1);
- II. A responsabilidade extracontratual tem **prazos de prescrição** mais curtos (artigo 491.º) que o da responsabilidade contratual, que é o geral (artigo 302.º);
- III. É diverso o regime da **responsabilidade por actos de terceiro ou do comitente** (artigos 789.º e 493.º);
- IV. Em caso de pluralidade de responsáveis na responsabilidade civil contratual, só existirá **solidariedade** se a obrigação violada tiver natureza solidária (artigo 506.º), enquanto que na responsabilidade extracontratual o regime é o da solidariedade (artigo 490.º);
- V. A **indemnização em caso de mera culpa** pode ser graduada equitativamente em caso de responsabilidade extracontratual (artigo 487.º) ou de responsabilidade pelo risco (artigo 492.º), o que a lei não prevê para a responsabilidade contratual;

Na Proposta de Lei analisada, é escolhido o Regime da Responsabilidade Civil por Actos Ilícitos, ou seja o regime da responsabilidade civil extracontratual, como aquele que será aplicável em todas as situações, independentemente de estarmos perante um acto de medicina privada ou pública.

Como se viu, se tal não “choca” com o entendimento dominante quanto à actividade médica praticada em hospitais públicos, uma vez que aqui já se aplicava o regime do D.L. nº 28/91/M de 22 de Abril, relativo à responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, dos seus titulares e agentes - pois que a medicina pública é considerada um acto de gestão pública - o mesmo já não se poderá dizer relativamente à actividade médica privada.

Por outro lado, deixa-se de fora desta Lei, ou trata-se em desconformidade com o regime que para eles deve ser adoptado, todos aqueles casos em que a obrigação do médico é tipicamente uma obrigação de resultado (obrigação de carácter contratual) e não somente de meios (obrigação de diligência), pelo que a aplicação a estes do regime da responsabilidade contratual *tout court* traz maiores garantias ao paciente.

São os casos das cirurgias estéticas, exploratórias, ou meramente “extractivas”, em que o profissional de saúde se obriga, não a uma cura, mas a um “embelezamento”, ou a uma exploração com vista ao diagnóstico, ou até à mera extracção de tecido orgânico, sem mais. É óbvio que, nestas situações, os riscos para a saúde do utente existirão sempre, mas a conexão directa entre o acto médico e o resultado pretendido é evidente. E se apenas o resultado não se coadunar com o acordado entre as partes, independentemente de culpa, nesta parte tais situações não serão abrangidas pela Lei projectada.

Daí a necessidade de ser o lesado a indicar o caminho que pretendia percorrer no decurso da acção judicial.

Com esta opção legislativa, retira-se esta possibilidade de escolha atribuída ao autor ou ao lesado, ficando este vinculado a um regime legal único, que agora se pretende consagrar, da responsabilidade civil extracontratual.

Em termos de Direito Comparado, pode dizer-se que a distinção da natureza da culpa, se contratual ou extracontratual, está a ser abandonada, neste domínio, por alguma doutrina, designadamente na Europa do Norte.

Todavia, tanto quanto julgamos saber, pelo menos nos ordenamentos jurídicos daquela região, a tendência é para considerar a responsabilidade contratual mesmo no âmbito dos hospitais públicos.

Informa SINDE MONTEIRO (curso complementar de direito da saúde – CEJ – Lisboa) que, por exemplo na Holanda, esta matéria consta do Código Civil e ali não se distingue medicina pública da medicina privada. Mesmo no domínio da medicina pública considera-se existir uma relação contratual de facto, um contrato de adesão, um contrato de prestação de serviços médicos e de internamento.

O referido autor entende mesmo que o quadro contratual humaniza a relação e será o desejável *de jure condendo/constituendo*, embora reconheça que o ambiente dogmático e legislativo em Portugal não é favorável, por influência francesa, diz.

O mesmo professor coimbrão também informa que na Alemanha existirá um projecto no mesmo sentido do holandês.

Ora, com o devido respeito por diferente entendimento, uma vez que esta questão havia já sido decidida jurisprudencialmente, de acordo com o entendimento maioritário decorrente da interpretação do Direito em vigor, parece-nos não ser a melhor opção pretender-se consagrar um regime único de responsabilidade civil, retirando-se ao lesado o benefício da referida escolha do mesmo.

Por outro lado, se é para o fazer, porque não optar por consagrar um regime híbrido, como avançava VAZ SERRA, instituindo os benefícios que ambos os regimes de responsabilidade encerram? O mais importante seria, sem dúvida, o da inversão do ónus da prova, ou uma opção inovadora neste campo, como a seguir passaremos a analisar.

Com a escolha do regime da responsabilidade extracontratual, o peso sobre a prova de existência de erro médico, e sobre a existência de culpa nesse erro, acaba por recair totalmente sobre o lesado que invoca o dano – art.º 480.º do Código Civil.

Concomitantemente, ele terá que comprovar que os actos médicos sobre si praticados (ou omitidos) não obedeceram às *leges artis*, foram impróprios ou desadequados à sua situação clínica, e que existe um nexo de causalidade adequado entre aqueles e o dano sofrido.

Face à dificuldade que tal acarreta para um leigo na medicina, como é o caso da maior parte dos utentes dos serviços de saúde, teria sido bem melhor prever que o ónus da prova recaísse sobre o profissional de saúde. Tal não só constituiria uma garantia acrescida para o utente, livrando-o da pesada tarefa de conseguir produzir a prova sobre um tema que o mesmo não domina, mas também facilitaria a produção de prova pelos prestadores dos cuidados de saúde, em face do ónus que lhes caberia.

É claro que a Comissão de Perícia tornar-se-á uma preciosa ajuda para o utente nesta tarefa, mas estamos em crer que o seu trabalho não será tão facilitado quanto o poderia ser, se o ónus da prova coubesse àqueles.

Em caso de insucesso, seja porque a Comissão entenda que não houve culpa dos prestadores dos cuidados de saúde, seja porque entenda que não existe qualquer erro médico, só restará ao utente reclamar do relatório pericial, tarefa que, neste caso, não será muito fácil para este, por motivos óbvios, alguns deles já acima referidos. Mas desde logo, porque é normal que o utente não tenha grandes conhecimentos da ciência médica e das *leges artis* da medicina, os necessários para poder fazer valer o seu ponto de vista nesta parte.

Assim sendo, mais valerá ao utente recorrer ao tribunal, que terá que lhe conceder a possibilidade de poder contraditar as conclusões de tal perícia, por recurso ao parecer de outros especialistas, tendo em conta o que acima ficou dito sobre o especial valor probatório que se pretende atribuir ao relatório pericial. Se assim não for,

como acima pudemos verificar, também nesta parte a sua tarefa estará deveras dificultada.

Ainda SINDE MONTEIRO dá-nos nota de que, na Suíça, foi apresentado um projecto verdadeiramente inovador em matéria de ónus da prova e que se revelaria de suma importância no domínio da responsabilidade médica.

Nesse projecto, a redacção do art.º 56.º D, alínea 2) (responsabilidade civil, incluindo a decorrente de actos médicos) dispõe o seguinte: “Se a prova não puder ser estabelecida com certeza ou se não pode ser razoavelmente exigida a realização dessa prova à pessoa a quem ela incumbe, o Tribunal pode contentar-se com uma verosimilhança convincente; ficando por outro lado habilitado a fixar a extensão da reparação de acordo com o grau de verosimilhança.”

Temos aqui uma decisão judicial a ser tomada tendo em conta um grau de verosimilhança, a que poderá chamar-se de “teoria da correspondência”, isto é, uma correspondência entre o enunciado fáctico e a realidade da prova.

Muito útil e porventura muito justa esta correspondência, sobretudo quando nos movimentamos nesse mundo intricado e hermético que é o da prática médica e sabendo, como se sabe, que a prova a cargo do utente/lesado por vezes se revela diabólica.

E - Do Tratamento de Litígios:

Outra entidade que este Projecto de Lei se propõe criar, é o Centro de Mediação de Litígios Médicos, ao qual competirá a realização da mediação gratuita entre os intervenientes nos casos de litígios decorrentes de erro médico, com vista ao estabelecimento de um acordo sobre a indemnização a pagar.

Os mediadores do Centro deverão ser pessoas dotadas de formação adequada à mediação deste tipo de litígio, devendo obedecer a determinados princípios e deveres (justiça, imparcialidade, zelo e sigilo) e deontologia.

Com isto não se pretende retirar a escolha dos intervenientes pela possibilidade de levar tal litígio ao tribunal. Essa possibilidade existirá sempre, dependente da vontade de um ou outro dos intervenientes – art.º 21.º, n.º 1 *in fine*.

Porém, coloca-se, em primeiro lugar, a questão sobre a necessidade de alocação de recursos, humanos e financeiros, para a criação de tal Centro de Mediação.

Não nos parece que esta se justifique, tendo em conta o número de casos de suspeita de erro médico relativo aos últimos anos, e divulgados nos últimos meses do ano de 2013, pela Direcção dos Serviços de Saúde, que os situa em cerca de 470 (quatrocentos e setenta) desde 2002.

Em segundo lugar, apesar de o procedimento de mediação ser muito adequado à cultura de Macau, uma vez que privilegia o diálogo e a harmonia através do consenso, nos casos em que se debate a atribuição de um valor indemnizatório, não temos a certeza se esta será a via mais adequada. Tememos pelo “sucesso” deste Centro de Mediação, tanto quanto tememos pela possibilidade de excessiva morosidade do procedimento de mediação, uma vez que este nem sequer é regulamentado.

Finalmente, também nos parece que a posição do utente, nesta mediação, será muitas vezes a da parte mais fraca, uma vez que as grandes entidades prestadoras de cuidados de saúde estarão melhor dotadas de meios humanos e financeiros capazes para lidar com tal procedimento, e apoiar os seus profissionais.

Assim, poder-se-ia ter optado por regulamentar um procedimento de mediação que envolvesse os intervenientes, mas devidamente representados pelos seus advogados, que pensamos ser os profissionais mais abalizados para defender os interesses das partes no mesmo.

É este, pois o nosso parecer.

Macau, 13 de Fevereiro de 2014

A ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE MACAU