JOÃO VIEIRA GUEDES

COLECÇÃO EBOOK

DA QUESTÃO DO ERRO MÉDICO EM RESPONSABILIDADE CIVIL

CREDDM
Centro de Reflexão, Estudo
e Difusão do Direito de Macau
澳門法律反思研究及傳播中心

JOÃO VIEIRA GUEDES

COLECÇÃO EBOOK

DA QUESTÃO DO ERRO MÉDICO EM RESPONSABILIDADE CIVIL

CREDDM
Centro de Reflexão, Estudo
e Difusão do Direito de Macau
澳門法律反思研究及傳播中心

Título:
Da Questao Do Erro Médico Em Responsabilidade Civil – Uma Abordagem

Autor:
Joao Vieira Guedes

CRED-DM
Centro de Reflexão, Estudo e Difusão do Direito de Macau
www.creddm.org

Fundação Rui Cunha
Conselho de Administração: Rui Cunha (Presidente); Rui Pedro Cunha,
João Tubal Gonçalves (vice-presidentes); Isabel Cunha, Connie Kong (vogais)

Director Executivo:
Filipa Guadalupe (filipa@fundacao-rc.org)

Capa e Paginação:
FRC-design.com, Carlos Canhita, Célia Brás

Telefone:
(853) 28923288
E-mail:
cred-dm@fundacao-rc.org
Correio:
CRED-DM – Publicações, Fundação Rui Cunha,
Avenida da Praia Grande, nº 749 – R/C, RAEM, RPC

Sede, Administração, Publicidade e Propriedade:
Avenida da Praia Grande, nº 749 – R/C, RAEM, RPC

Propriedade / Editora:
Fundação Rui Cunha

Preço (Macau):
MOP 50,00

Data: Março 2014

Tiragem: Edição Electrónica

ISBN 978-99965-954-7-9

ISBN 978-99965-954-7-9
9 789996 595479

官樂怡基金會
FUNDAÇÃO RUI CUNHA
Por Macau, Mais e Melhor 为澳門 無私奉獻 精益求精

CREDDM

ÍNDICE

DA QUESTÃO DO ERRO MÉDICO EM RESPONSABILIDADE CIVIL - UMA ABORDAGEM 7

Capítulo I 9

Antecedentes do erro médico e análise da relação jurídica doente-médico 9

1. Introdução 9
2. História da Responsabilidade Médica 10
3. Análise da Relação Jurídica Médico-Doente 15

Capítulo II 21

A responsabilidade e o erro médico 21

4. A responsabilidade médica 21
5. Inadmissibilidade ou Admissibilidade da Exclusão da Responsabilidade por Parte do Médico? 42
6. O Erro Médico 43

Capítulo III 53

Análise da proposta de Lei do Acidente Médico 53

7. A Responsabilização Médica em Macau. Análise da Proposta de Lei do Acidente Médico 53
8. Conclusão 62

Bibliografia 64

Gostaria de dedicar o meu artigo

à memória do meu Professor de Direito das Obrigações,
João Paulo Rocha, da Faculdade de Direito da Universidade de Macau
e de agradecer o apoio aos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Macau,

Maria Dulce Maia Trindade
Cândida da Silva Antunes Pires
Manuel Trigo

Muito obrigado!

DA QUESTÃO DO ERRO MÉDICO EM RESPONSABILIDADE CIVIL

UMA ABORDAGEM

O paciente não tem direito à cura[1].

Sónia Fidalgo

1 Fidalgo, Sónia, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, pág. 34, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, nº 13, Coimbra Editora, 2008

Capítulo I

ANTECEDENTES DO ERRO MÉDICO E ANÁLISE DA RELAÇÃO JURÍDICA DOENTE-MÉDICO

1. Introdução

Quem nunca sonhou, quando criança, ser um dia médico?

O exercício da profissão ou da *arte* médica gerou sempre um grande fascínio nas pessoas desde os tempos mais remotos aos dias de hoje.

Sempre houve algo de *transcendente* na prática desta actividade. Como seria possível, através duma mistura de ervas ou plantas criar um elixir para curar uma doença ou uma mera dor de cabeça? Não era possível apenas através de uma simples mistura de ervas. Não, tinha aí de haver um *dom* qualquer divino, pensavam os nossos antepassados. As pessoas que nos curavam as maleitas tinham de falar com os deuses, ou tinham de ser intermediários destes, pensava-se.

O dom divino, dizia-se.

Ainda hoje a Medicina fascina-nos, e ainda projecta em nós uma aura transcendental. Basta ver que quando nos referimos aos grandes avanços da medicina nós nos aludimos a eles como sendo *milagres da medicina*, apesar de estarmos perfeitamente conscientes de que estes avanços não se deram *porque um deus lhes soprou ao ouvido determinada cura* (como acontecia com o deus Esculápio)[2]. Mas, mesmo assim, apesar de sabermos que esse avanço se deu fruto de muito estudo, muito *trial and error* (como os ingleses dizem tão bem), o nosso subconsciente ainda fica siderado como os nossos avoengos.

Os cientistas, hoje, estão à procura da *Partícula de Deus* no CERN, quando os médicos já o descobriram há muito...*dentro de si*.

2 Esculápio era um deus que, segundo a lenda, aparecia durante a noite ao doente, enquanto este dormia, curava-o ou revelava-lhe um tratamento. Além disso, é a ele que se atribuem, os famosos Conselhos, *in* Pina, José António Rebocho Esperança, *A responsabilidade dos Médicos,* págs. 19 a 21, LIDEL, 1994.

Mas este *dom divino* pode-se esfumar num ápice, porque, afinal, o médico é humano.

E como tal, *errare humanum est*.

E os médicos não são excepção.

Ora, é precisamente esta questão que vamos abordar no nosso trabalho, o *erro médico* na responsabilidade civil.

No primeiro capítulo do trabalho vamos abordar a História da responsabilidade médica e vamos proceder a uma breve análise da relação médico-doente.

No segundo capítulo vamos dedicar-nos à responsabilidade médica e ao erro médico.

Por fim, no terceiro e último capítulo analisaremos a proposta de Lei sobre o Acidente Médico, procedendo de seguida, a uma breve conclusão sobre o trabalho.

2. História da Responsabilidade Médica

Ao longo da História podemos encontrar indícios de várias civilizações para não deixar os erros dos médicos passar incólumes. Apesar da responsabilidade médica, então, nunca ter sido uma "*responsabilidade jurídica*"[3].

Assim se passava, pois, segundo Guilherme de Oliveira, *"o médico não desempenhava uma tarefa vulgar. O médico era uma espécie de sacerdote, que fazia um juramento religioso para entrar num grupo fechado de homens sagrados"*. O médico, ainda segundo o Autor, era alguém que desempenhava uma profissão que se distinguia das simples ocupações e que o situava nos níveis mais altos da hierarquia social[4].

Portanto, a função do médico ia mais além do que a de um simples artífice. O médico era um sacerdote, imbuído de conhecimentos secretos, que os leigos pensavam tratar-se de *artes mágicas*, uma vez que detinha o poder entre a vida e a morte. A este poder *místico*, acrescentava-se o facto do ensinamento desta profissão ser restrito aos que professavam a arte de Esculápio cujos segredos eram zelosamente guardado, através de um juramento sagrado.

Temos de ter em conta que, em tempos longínquos, as doenças eram vistas como um castigo divino ou, pelo menos, tinham origem divina[5].

Segundo Guilherme de Oliveira, a ciência desses tempos distinguia as doenças que provinham de maus hábitos de vida (tais como a má alimentação ou a pouca higiene pessoal) que, na maior parte das vezes, eram curáveis, por um lado; e por outro, as doenças de manifestação súbita, que careciam de explicação conhecida, cujas causas eram consideradas de origem divina [6]. Competia, deste modo, ao médico a função de intermediário entre os deuses e o doente, "*intercedendo perante aqueles em favor dos doentes*"[7].

Apesar dessa função mediadora entre os *imortais e os mortais*, já nesses tempos as obras

3 Oliveira, Guilherme de, *O fim da "arte silenciosa"*, pág. 91, Temas de Direito da Medicina, nº1, Coimbra Editora, 1999.

4 *Idem*, pags 91 e 92.

5 *Idem*, pág. 92.

6 *Idem, ibidem*.

7 *Idem*, pág. 92 e 93.

médicas recomendavam aos médicos que não assumissem a responsabilidade de certos pedidos para evitar serem acusados de ter causado a morte ao doente[8].

Portanto, já nessa altura os discípulos de Esculápio sentiam a necessidade de se protegerem contra a incerteza do seu sacerdócio, não obstante o carácter sagrado do seu trabalho, e apesar do controlo efectivo, por terceiros – fora do círculo sagrado –, ser difícil dado ao secretismo absoluto que envolvia esta arte[9].

Mesmo assim, como nota Rute Teixeira Pedro, desde os tempos mais antigos aceitou-se formalmente a possibilidade de o médico ser responsabilizado por qualquer infortúnio que acontecesse ao doente[10].

As primeiras referências positivadas, quanto à possibilidade de responsabilização médica podem ser encontradas no Código de Hamurábi (séc. XVIII a. C.) onde, nos arts. 215.º a 223º, trata dos direitos e obrigações dos médicos[11].

Os arts. 215.º a 217º do Código babilónico regulavam as intervenções cirúrgicas e respectivos honorários, que variavam segundo a classe social a que o doente pertencia[12].

Os arts. 218.º a 220.º tratam da responsabilidade e do procedimento sancionatório em caso de insucesso na intervenção cirúrgica que resultassem na cegueira ou na morte do doente, estando, todavia, o rigor da pena dependente da classe social a que aquele pertencia. A pena mais severa era amputação da mão do médico, conforme determina o Código no seu art. 218. º: "[s]*e um médico fez em um awilium uma operação difícil com um escalpelo de bronze e causou a morte do awilum ou abriu a nakkaptum* [abertura de um abcesso na região supraciliar] *com um escalpelo de bronze e destruiu o olho do awilum, eles cortarão a sua mão*"[13].

No Antigo Egipto, agravou-se a pena ao médico que causasse a morte ao doente não escravo, podendo ser condenado à pena de morte[14].

Porém, é na Grécia Antiga que se começa a dar uma maior importância à ideia da punição do médico em caso de desrespeito das regras e métodos da medicina[15].

O expoente máximo da medicina helénica foi Hipócrates nascido em 460 a.C., na ilha de Cós, tendo sido ele o autor do *Juramento de Hipócrates*, formulando assim as regras da moralidade adoptadas pela Escola de Cós. Nas palavras de José Esperança Pina, foi este juramento que "*marcou uma etapa na história da medicina e o documento que mais contribuiu para fazer*

8 *Idem*, pág. 93.

9 Pedro, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico, Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado,* pág. 27, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008.

10 *Idem, ibidem*.

11 Pina, José António Rebocho Esperança, *A responsabilidade dos Médicos*, págs. 17 a 19, LIDEL, 1994; Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, pág. 28, embora haja, quanto ao número de artigos que tratam da responsabilidade médica, uma divergência entre os citados autores, uma vez que Esperança Pina refere que os artigos que tratam desta matéria vão do art. 215.° a 223°, ao passo que Teixeira Pedro refere que vão do art. 215.° a 227°, apesar de não ser uma divergência de grande monta no contexto deste trabalho fica, contudo, a nota.

12 Na Babilónia, existiam três classes: os "*awilum*" – que eram homens livres –, os "*wardum*" – escravos –, as "*amtum*" – escravas – e os "*muskênum*" que eram um grupo social que estava entre os homens livres e os escravos; in Pina, José António Rebocho Esperança, op. cit., pág. 18.

13 Código de Hamurábi, *apud*, Pina José António Rebocho Esperança, *op. cit*, pág 18.

14 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit*., pág. 28.

15 *Idem, ibidem*.

da medicina a mais nobre de todas as profissões"[16] (o Juramento ainda hoje é proferido pelos neófitos desta actividade).

Apesar da observância rigorosa dos preceitos da actividade médico-religiosa isentar o médico de responsabilidade independentemente do resultado da sua actuação, qualquer desvio a estes preceitos era suficiente para a aplicação da pena de morte, mesmo que o procedimento levado a cabo resultasse na cura do doente[17].

"*Estará aqui presente*", como escreve Rute Teixeira Pedro, "*uma ideia de desvalor de acção, que, no que concerne à responsabilidade civil, parece, na actualidade, de difícil acolhimento, na medida em que o seu objectivo precípuo é o da indemnização dos danos verificados, e portanto do* apagamento *do resultado produzido*"[18].

Em Roma, também se consagrou a responsabilidade pela morte do doente, quando esta pudesse ser imputada ao médico em razão de inabilidade ou falta de conhecimentos clínicos embora não se atribuísse a essa responsabilidade o sentido jurídico como entendemos hoje[19].

Durante a Idade Média o conhecimento médico e a *ars medicae*, de uma forma genérica, estagnaram. No entanto, há ainda que destacar nesse período dois médicos filósofos: Asaph Harofe e Maimónides, que contribuíram com grandes trabalhos sobre a medicina e densificaram ainda mais as noções da *praxis* médica[20].

Foi preciso esperar até ao Renascimento para que a medicina ganhasse novo fulgor e despisse as vestes *mítico-mágicas* para passar a ser a *ciência* que conhecemos hoje. Não obstante, a ideia fundamental da responsabilização do médico, pelo desvalor da acção, manteve-se e continuou a ser aceite até ao século XIX[21].

Com o movimento codificador foi consagrado nos códigos um regime para a responsabilidade civil que se considerava aplicável à actividade médica mitigando, ainda assim, a responsabilização do médico, como escreve Rute Teixeira Pedro, com um sentimento de profundo respeito em relação àqueles que se dedicavam à arte de curar (o que nos leva a crer que poucas foram as vezes que o médico tenha sido chamado à responsabilidade, dada não só à proximidade da relação doente-médico como, também, o médico ser, em regra, mais instruído do que o comum das pessoas). Aliás, a "honra" merecida por aquele que praticava medicina não permitia, ainda segundo a Autora, uma avaliação pecuniária dos seus serviços, mas apenas a percepção de *honorários*[22].

A partir de 1829 a Academia de Medicina de Paris decidiu acabar com a ideia de

16 Pina, José António Rebocho Esperança, *op. cit.*, pág. 20.

17 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, pág. 29.

18 *Idem, ibidem*; Oliveira, Guilherme de, *op. cit.,* pág. 94.

19 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, pág. 28 e 29.

20 Pina, José António Rebocho Esperança, *op. cit.*, págs. 22 e 23; Fidalgo, Sónia, *op. cit.*, pág. 13; http://jama.ama-assn.org/content/205/13/912.extract; http://www.muslimphilosophy.com/ip/rep/J014.

21 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, pág. 29; Fidalgo, Sónia, *op. cit.*, págs. 13 e 14.

22 Pedro, Rute Teixeira, op. cit., pág. 29; segundo Álvaro Gomes Rodrigues, o termo *honorários* deriva do latim (*honor, ris* que significa honra) e é revelador do "*cunho honorífico*" da retribuição do médico, "*entre outros profissionais intelectuais que prestam serviços em regime liberal*". Esta designação foi adoptada, segundo o Autor, "*em virtude de se entender não existir uma equivalência entre a retribuição pecuniária e um bem de tão alto valor como é a vida ou a saúde*", *idem*, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, pág. 184, *in Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. XIV, Tomo 3, 2000.

responsabilização médica, ao declarar que o médico era apenas e só responsabilizado moralmente. Surge, então, o mito da "intocabilidade" dos médicos[23].

Esta mudança de paradigma fez com que se passasse de um período de maior escrutínio para um período de maior tolerância no julgamento da actuação médica, apenas podendo o médico ser responsabilizado em caso de *culpa grave*[24].

Evolução Recente e a Alteração do *Status Quo*

Desde meados do século XIX até aos nossos dias a ciência médica tem vindo a evoluir extraordinariamente, com a criação de novas especializações, a descoberta de curas e a erradicação de várias doenças.

Esta evolução foi resultado duma maior complexificação da actividade médica de tal maneira que temos actualmente um novo tipo de médico, muito diferente do "*médico de cabeceira*", de outros tempos, que tudo sabe e que tudo traz na maleta[25]; temos hoje, o médico que apenas sabe de uma só área da medicina: o *médico especialista*.

Portanto, hodiernamente o paradigma é o da especialização da actividade médica: isto é, da divisão de competências, tanto a nível "*horizontal*", ou seja, o da especialização directa em que certos médicos se especializam em determinadas áreas científicas, seja a nível "*vertical*", isto é, na especialização indirecta que advém da maior delegação de tarefas dos médicos ao pessoal auxiliar[26].

Não podemos deixar de referir, relativamente a esta nova realidade, Luís Graça quando diz que, "*o acto médico (ou seja, o conjunto até então indivisível do diagnóstico, da decisão terapêutica e do tratamento) passa a ser decomposto numa série de intervenções complementares efectuadas por pessoal médico e paramédico no seio de unidades, também elas tecnicamente diferenciadas*"[27].

Mas a este novo paradigma da ciência médica, alia-se um outro não menos importante: a *Revolução do Conhecimento*.

A sociedade, tal como a medicina foi evoluindo ao longo do tempo e, como esta, nos últimos 50/60 anos sofreu uma mudança enorme a todos os níveis, sobretudo ao nível do conhecimento. Graças, principalmente, ao advento da tecnologia – e não só – que possibilitou a democratização do conhecimento.

Os cidadãos (ou pelo menos grande parte...) deixaram de ser ignaros e submissos. Passaram a ser mais exigentes nas suas escolhas do dia-a-dia e, mais do que isso, deixaram de ter medo do *porquê*?

Com esta maior exigência e conhecimento dos cidadãos é natural que o paradigma da relação

23 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, pág. 29

24 *Idem*, pág. 30.

25 Fidalgo, Sónia, *op. cit.*, pág. 15.

26 *Idem, Ibidem*.

27 Graça, Luís, *Evolução do Sistema Hospitalar: Uma Perspectiva Sociológica (VII Parte). Europa: o Sistema Técnico (depois da II Guerra Mundial),* I, 4, 2000, in http://www.ensp.unl.pt/luis.graca/textos99.html (em 24.05.2005), *apud,* , Fidalgo, Sónia, *op. cit.*, pág. 16.

médico-doente tenha mudado. Por outro lado, a sociedade da comunicação em que hoje vivemos dá-nos acesso rápido aos avanços e êxitos da medicina, fazendo com que os cidadãos criem naturalmente certas expectativas relativamente à actividade médica, reduzindo, com isso, a margem de tolerância do insucesso[28].

O médico deixou de ser aquela figura paternalista de quem o doente aceita submissamente os tratamentos a que aquele o submetia e, em caso de *iatrogenia*[29], o desenlace era atribuído ao infortúnio e não ao médico.

Como escreve Guilherme de Oliveira, os "*Deuses, cansados de suportar por inteiro o cuidado dos homens, de assumir por junto a responsabilidade pela doença e pelas graças da cura, transferiram para os médicos o pesado ónus de tratar dos corpos*[30]".

Agora, os médicos estão sozinhos.

*

Até meados do século XX poucos eram os doentes que intentavam acções judiciais contra médicos por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde, pois, relembramo-lo, a relação médico-doente era tão estreita que nem sequer se punha em causa a capacidade, competência e dedicação do médico. Os casos de insucesso eram atribuídos à *sorte*, nunca se fazendo juízo sobre o erro ou a negligência médica[31].

No entanto, nas últimas décadas têm aumentado o número de acções contra os médicos, tornando-se, até, parte integrante da actividade médica clínica[32].

A este aumento de acções sobre médicos contribuiu decisivamente a evolução técnica que se verificou ao longo do século XX, tendo proporcionado o aumento da eficácia da terapêutica e que, por um lado, contribuiu para o aumento dos riscos inerentes à utilização de novas técnicas. A juntar a isso, a crescente interdisciplinaridade na prestação de cuidados de saúde susceptíveis de criar falhas de comunicação e coordenação constituindo, desta forma, uma fonte de riscos acrescidos aquando da intervenção médica[33].

Outro factor, foi a massificação e democratização dos cuidados de saúde no contexto do Estado-providência, o que constituiu um factor importante para o aumento da conflituosidade entre doentes e profissionais da medicina; a que também não é despiciendo a impessoalização da actividade médica e a praticamente "coisificação" do doente devido à evolução e à especialização da medicina, resultando numa maior desconfiança por parte do doente para com o médico[34].

28 Fidalgo, Sónia, *op. cit.*, pág. 20.

29 A *iatrogenia*, conforme explica o Dr. Rui Furtado, na sua excelente intervenção subordinado ao tema "*O Erro e a Responsabilidade dos Médicos*" – no âmbito do Seminário sobre a Responsabilidade Médica e o Sigilo Médico organizado pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau a 18 de Julho de 2008 - deriva do grego "*iatros*" que significa médico e "*génesis*" que quer dizer *criar* (*idem*, pág. 346, Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, TOMO IV, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Março de 2010), e significa um "*efeito clínico nefasto resultante de um tratamento médico prescrito para uma doença*", *in* Dicionário da Língua Portuguesa, Porto Editora, Fevereiro, 2010.

30 Oliveira, Guilherme de Oliveira, *op. cit.,* págs. 94 e 95.

31 Fidalgo, Sónia, *op. cit.*, pág. 18.

32 *Idem, ibidem*; Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, pág. 30 e seguintes; Costales, Javier Fernández, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, págs. 72 e 73, La Ley, 1987.

33 Fidalgo, Sónia, *op. cit.*, pág. 19.

34 *Idem*, págs. 19 e 20.

Com esta alteração de paradigma e com o aumento de reclamações e processos disciplinares e judiciais, os prestadores de cuidados de saúde passaram a adoptar uma postura mais cautelosa. Perante esta nova realidade, os médicos têm tendência a praticar a chamada "*medicina defensiva*", provocando um aumento dos custos e gerando atrasos no início do tratamento o que pode ter consequências na eficácia dos mesmo[35].

Esta realidade é particularmente notória nos Estados Unidos onde – como escreve Javier Costales – as acções judiciais contra os médicos são praticamente um desporto nacional[36]!

3. Análise da Relação Jurídica Médico-Doente

Como é sabido, raras são as pessoas completamente autónomas no que toca à satisfação das necessidades do dia-a-dia; deste modo, elas necessitam de socorrer-se a terceiros de modo a colmatar essas necessidades, estes, por sua vez, são em regra pessoas com as necessárias competências para nos prestar aquilo que necessitamos.

Estabelece-se, assim, uma relação, em regra contratual, cuja razão de ser se funda na impreparação de um deles, que se contrapõe com a especial capacitação do outro, para o desempenho de uma dada função técnica e científica de certa actividade[37]. O mesmo acontece quando se recorre aos profissionais de saúde.

Só que, durante muito tempo rejeitou-se a ideia da existência de um contrato entre doente e médico e cujo incumprimento das obrigações assumidas por este podia originar responsabilidade contratual. Qualquer dano que ocorresse durante a prestação de assistência médica fundava-se apenas no regime delitual[38].

A razão pela qual se rejeitava esta ideia funda-se no direito romano (como dissemos antes[39]), em que se afirmava que a actividade médica, enquanto manifestação da inteligência humana, não era passível de ser objecto de transacção. Por conseguinte, a remuneração do médico não representava uma verdadeira contraprestação mas, uma prestação autónoma de natureza gratuita – um *honorarium*. Por isso, e entre outras razões apresentadas, tornava-se difícil qualificar a espécie de acordo que se geraria[40].

Como escreve Rute Teixeira Pedro, "*a tutela que lhe é reconhecida abrangeria, apenas, o seu interesse geral na conservação da inviolabilidade da sua esfera jurídica (mas suas componentes patrimonial e não patrimonial), deixando de fora o seu «interesse positivo», na correcta execução da prestação a que o médico se vincula e para a qual ele apresente uma especial* competência"[41].

35 Fidalgo, Sónia, *ob. cit.*, pág. 21.

36 Costales, Javier Fernández, *op. cit.*, pág. 72.

37 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, pág. 47.

38 *Idem*, pág. 56; *vide supra*, pág. 12, e nota 22, sobre o que se disse acerca da remuneração dos médicos

39 *Vide supra*, pág. 12 e nota 22.

40 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, págs. 56 e 57.

41 *Idem*, pág. 58.

Assim sendo, como resolver esta questão?

Espécie de Obrigação Que o Médico Assume

Para destrinçarmos este ponto comecemos primeiro por descrever a relação obrigacional que se gera entre médico e paciente.

Ora, segundo o art. 391.º do Código Civil de Macau (C.C.) a obrigação "*é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação*". *Portanto,* "[t]*rata-se de relações em que ao* direito subjectivo *de um dos sujeitos corresponde o* dever jurídico de prestar*, imposto ao outro*"[42].

Nas obrigações, o dever de efectuar a prestação recai apenas sobre determinadas pessoas: é um dever jurídico específico que incide sobre o património da parte[43]. Dentro dos deveres jurídicos, encontramos as obrigações em *sentido técnico*, cuja característica consiste no facto de ser imposto no interesse de determinada pessoa e de o seu objecto consistir numa prestação[44].

Ora, o termo *obrigação* abrange a relação no seu conjunto, isto é, engloba o dever de prestar, a que estará adstrita uma das partes, e o poder de exigir a prestação atribuída à outra parte.

Este dever de prestar a que a outra parte se encontra adstrita, e que constitui o objecto da prestação, compreende na maioria das vezes, num *facere*, numa actividade, mas, por outro lado, pode consistir num *non facere*, numa abstenção. Por isso, tal como escreve Antunes Varela, o mais correcto será "*afirmar que a prestação se traduz em certo* comportamento *ou* conduta *do obrigado*"[45].

As relações obrigacionais podem ser simples ou complexas[46].

Quanto à estrutura da obrigação, esta é constituída por três elementos: os sujeitos (doente e médico); o objecto (a prestação de cuidados de saúde ao doente e o respectivo pagamento da prestação ao médico) e o vínculo (o poder de exigir a assistência médica por parte do doente, por um lado e, por outro, o poder de exigir o pagamento dessa assistência por parte do médico)[47].

Quanto ao objecto da prestação, que tipo de prestação é que o médico dá? Obviamente sabemos que há uma prestação de facto positivo por parte do médico. Mas esta prestação de facto positivo, será de *meios* ou de *resultado*[48]? Mais, o que é que se quer dizer com obrigação de meios e obrigação de resultado?

É atribuída esta distinção de obrigações a Demgue que apresenta as obrigações de meios e de resultado como a principal divisão que "*deveria substituir, para efeito de distribuição do ónus da prova, a que resultava da diferenciação entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade*

42 Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, pág. 62, 10.ª Edição, 4.ª Reimpressão, Edições Almedina, Novembro, 2006.

43 *Idem, ibidem.*

44 *Idem, ibidem*.

45 *Idem*, pág. 64.

46 Para mais sobre a distinção entre obrigações simples e complexas *vide* Antunes Varela, *op. cit.*, págs. 64 e ss.

47 *Idem*, pág. 73 e ss.

48 Ribeiro, Rute Teixeira, *op. cit.*, págs. 90 ss; Antunes Varela, *op. cit.*, pág. 86, nota 2; Andrade, Manuel A. Domingues de, com a colaboração de Rui de Alarcão, *Teoria geral das obrigações*, págs. 411 e ss, 2.ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1966.

extracontratual"[49].

Como é sabido, toda a relação obrigacional destina-se à realização de um interesse. Mas, muitas vezes, o direito de crédito não tem como intuito a satisfação de um interesse *ipsum*, mas "*apenas a produção de uma actividade a que está condicionada a possibilidade de tal satisfação*"[50].

Neste caso, o interesse não vai dirigido ao interesse final, mas sim a um interesse secundário, isto é, visa tão-só "*uma actividade debitória tendente a promover a realização do tal interesse primário*"[51] . Assim, não se pretende que o interesse final do credor seja satisfeito, mas apenas que o "*devedor desenvolva para esse fim uma* ***dada diligência*** *(*lato sensu *de acordo com a teoria que concebe a culpa como «erro de conduta»),* ***um certo esforço*** *ou* ***conduta****, «que não é senão um* meio *na série teleológica que constitui o conteúdo do interesse primário*» (negrito nosso)[52] . Assim, por um lado, o devedor promete um resultado (obrigação de resultado) e, por outro, temos o devedor que promete apenas empenhar os meios apropriados para consegui-lo (obrigação de meios)[53].

No primeiro caso estão inseridas as obrigações de prestação de coisa; ao passo que no segundo tipo estão as obrigações de facto positivo[54].

A doutrina e a jurisprudência, segundo Álvaro Gomes Rodrigues, tem vindo a defender que a obrigação que se estabelece entre médico e doente é *obrigação de meios*, ou seja, a obrigação do médico é de "*pura diligência, limitando-se a dispensar-lhe os cuidados necessários ao tratamento*"[55] . A justificação desta ideia advém do facto da possibilidade de cura do doente ser incerta, isto é, depende não só dos cuidados de saúde prestados, como também – e principalmente – da resistência do doente e capacidade de regeneração dos órgãos afectados pela patologia, como também de factores endógenos e exógenos, estranhos à actividade médica[56]. Portanto, a obrigação do médico não é a *cura per si*, mas a obrigação de uma *actuação zelosa* pondo em prática todo o seu saber e arte no sentido de *tratar* a patologia de que o doente padece. Assim, o *direito* que o doente tem sobre o médico *não é o da cura*, mas o da *actuação diligente do médico na senda do tratamento* e, eventualmente, na cura da doença.

Todavia, estão fora deste âmbito as intervenções cirúrgicas estéticas, as análises clínicas e outros meios de diagnóstico, que se configuram como sendo obrigações de resultado[57], uma vez que nestes casos, o médico se vincula à consecução de um resultado, seja o de proceder a

49 *Apud*, Ribeiro, Rute Teixeira, *op. cit.*, págs. 90 e 91.

50 Andrade, Manuel Domingues de, *op. cit.*, pág. 412.

51 *Idem, ibidem*.

52 Mengoni, "*Obbligazioni di risultato*" e "*Obbligazioni di mezzi*, pág. 189, Riv. del dir. commerciale, I, n.° 12, 1954, *apud*, Andrade, Manuel Domingues de, *op. cit.*, pág. 413.

53 Andrade, Manuel Domingues de, *op. cit.*, pág. 413.

54 *Idem*, págs. 413 e 414.

55 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, pág. 182, Direito e Justiça, Vol. XIV, Tomo 3, Universidade Católica Editora, 2000; neste sentido vide também, Antunes Varela, *op. cit.*, pág. 86, nota 2.; Andrade, Manuel Domingues de, *op. cit.*, págs. 412 e 413; Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, págs. 90 e ss.

56 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *op. cit.*, pág. 182; neste sentido ver também, Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, págs. 93 e ss.

57 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *op. cit.*, pág 182. Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, págs. 98 e ss.

alterações estéticas, seja a obtenção de um...*resultado* numa análise clínica.

Existe Relação Contratual Entre Médico e Doente?

Durante muito tempo refutou-se a ideia de que a relação entre médico e doente era estabelecida por meio de um contrato e que o incumprimento dessa obrigação geraria para o médico responsabilidade do mesmo, uma vez que, o ressarcimento por danos causados ancorava-se no regime delitual[58].

Uma das razões apresentadas a favor da referida concepção ancora-se no direito romano, que considerava que sendo actividade médica fruto de um trabalho intelectual – a que o direito romano atribuía um carácter gratuito –, este não era susceptível de ser objecto de transacção, dado que os superiores valores do qual era objecto desta profissão (a vida e a saúde das pessoas) não era susceptível de avaliação pecuniária, mas tão só de uma prestação autónoma de natureza gratuita (uma doação), um *honorarium*[59].

Outros advogavam a não existência de contrato entre médico e doente baseando-se na limitada possibilidade de conformação do conteúdo do contrato, devido às imposições legais aplicadas ao exercício da profissão médica, de um lado; e do outro, aos parcos conhecimentos de medicina por parte do doente, impossibilitando a conformação contratual[60].

Um terceiro argumento baseava-se na dificuldade de qualificação do acordo gerado entre doente e médico[61].

Para a aceitação da concepção contratual contribuiu de forma decisiva, segundo Rute Teixeira Pedro, a mudança na forma de encarar o valor do trabalho com o advento da Revolução Industrial e o facto de os códigos de oitocentos consagrarem a figura do contrato de prestação de trabalho autónomo e subordinado[62].

Não obstante, havia uma dificuldade, que não advinha do reconhecimento que, de facto existia um contrato: o problema confluía nas consequências que surgiam a propósito deste reconhecimento, nomeadamente quanto à possibilidade da aplicação da presunção da culpa aos devedores inadimplentes (entre nós, consagrado no art. 788.º CC)[63].

Foi a *Cour de Cassation* (o Supremo Tribunal francês) que pôs fim a este dilema no célebre *Arrêt Mercier* (caso Mercier) de 20 de Maio de 1936, em que reconheceu o carácter contratual da responsabilidade do médico, acentuando que a obrigação deste é de prudência e diligência. Esta precisão dada àquele tipo de obrigação é importante na medida em que importa uma diminuição do relevo da afirmação da existência de um contrato entre o médico e o doente, uma vez que aproxima o regime da responsabilidade contratual à responsabilidade extra contratual, porque,

58 *Vide supra*, pág. 15.

59 *Vide supra*, pág. 12 e nota 22; Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, págs. 56 e 67.

60 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, pág. 57.

61 *Idem, ibidem*.

62 *Idem, pág 59*.

63 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit.*, pág. 59, além de se encontrar previsto no art. 799.°/1 do CC português, a Autora refere ainda que esta presunção de culpa por parte do devedor inadimplente também se encontra acolhido nos ordenamentos francês (no art. 1315.°§2 do CC francês) e italiano (art. 1218.° CC italiano).

segundo Rute Teixeira Pedro, faz com que o ónus da prova seja aquela que se aplica aos casos de responsabilidade extracontratual (como veremos mais à frente)[64].

Ora, actualmente, já se aceita que entre o médico e doente se forma um contrato, ou seja, celebra-se entre as partes um negócio jurídico bilateral, em que o primeiro se obriga a prestar, ao segundo assistência médica, mediante retribuição[65]. Em Portugal, o acolhimento desta perspectiva deu-se pela pena de Moitinho de Almeida, num artigo relativo à responsabilidade civil do médico e o seu seguro[66].

Portanto, o contrato que o médico celebra com o doente, é um contrato sinalagmático, na medida em que gera, para ambas as partes, obrigações (principais), que se encontram ligadas por um nexo de reciprocidade (sinalagma)[67]. Ainda, o médico obriga-se a prestar assistência qualificada e o doente vincula-se a pagar-lhe uma retribuição, encontrando cada uma destas obrigações a sua causa jurídica, na correspectiva obrigação assumida pela outra parte, ou seja: é um contrato oneroso, na medida em que existe, para ambas as partes, um sacrifício patrimonial, que cada um entende ser equivalente ao da outra, na medida em que o médico dispende a sua energia, conhecimento e experiência, em função dos cuidados de que o doente precisa, em troca do pagamento de um montante pecuniário que cobrirá o valor daquele esforço; o doente satisfaz a obrigação pecuniária, cujo montante corresponde à assistência recebida[68].

Por outro lado, é um contrato *intuitos personae*, na medida em que o doente ao escolher o médico, fá-lo devido a especiais características deste e cujo cumprimento desse contrato "*pressupõe uma relação firme de confiança*", entre as partes envolvidas[69].

Esta relação pode-se subsumir a um contrato civil de consumo e, consequentemente, "*merecedor da aplicação das adequadas regras de protecção dos consumidores*"[70] . Na medida em que, segundo Rute Teixeira Pedro, através dele, o médico presta a este a assistência médica que o doente precisa. Ou seja, o que dá a esta relação tal característica é o facto de haver uma relação intersubjectiva entre um profissional (médico) e um "*leigo*" (doente) com o fim

64 *Idem*, pág. 60; *vide infra*, págs. 25 e ss.

65 *Idem, ibidem*; entre outros, Costales, Javier, *op. cit*., págs. 80 e ss.

66 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit*., pág. 61.

67 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit*., pag. 70, a Autora está neste caso a referir-se às obrigações principais que caracterizam a relação de obrigação, tratando-se, assim, segundo Almeida Costa, daquele conteúdo que constitui a "*alma do negócio*" (*Direito das Obrigações*, pág. 65, 9.ª ed.,Livraria Almedina, Coimbra, 2001). Mas representa, todavia, uma pequena parte da realidade complexa que informa a relação entre médico e doente (para uma noção mais aprofundada desta relação cfr. a Autora citada em primeiro lugar, págs. 73 e ss.; sobre a noção de contrato sinalagmático vide Almeida Costa, *op. cit*., págs. 325 e ss; Antunes Varela, *op. cit*., págs. 395 ss.

68 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit*., pags. 70 e 71; sobre o contrato oneroso e a sua contraposição com o contrato gratuito *vide* Almeida Costa, *op. cit*., págs. 332 e ss; Antunes Varela, *op. cit*., págs. 404 ss.

69 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit*., pag. 71, para a Autora, citando Cattaneo, (*La responsabilità del Professionista*, pág. 29, Milano, Dott. A Giuffrè-Editore, 1958) para a determinação da vontade do doente em contratar o médico releva não só a "*cultura e abilità*" (conhecimentos e habilidade – tradução nossa) como também "*personalità morale*" (personalidade moral – tradução nossa) do médico.

70 Ferreira de Almeida, *Os contratos civis de prestação de serviço médico*, pág. 89, Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, AAFDL, 1996, *apud*, Pedro, Rute Teixeira Pedro, *op. cit*., pág. 71, a Autora refere também (na nota 155 da página referida) que, dada a indeterminação inicial do exacto conteúdo obrigacional, é também um contrato de "de *particularização sucessiva da prestação característica*", *in* Autor citado, pág. 89.

de satisfazer uma necessidade pessoal deste[71]. Por outro lado, outro factor determinante para caracterizar esta relação tem a ver com a preparação "*ténico-profissional*" do médico contra a "*debilidade técnica*" do doente, o que "*torna patente o desequilíbrio característico da relação de consumo*", que é, "*o coração do Direito de Consumo*"[72].

Por outro lado, o princípio da boa fé, como orientador do cumprimento de qualquer obrigação, tem um papel fundamental "*neste movimento de "inflação" do conteúdo obrigatório do contrato*"; uma vez que, na prestação médica, autonomizam-se vários deveres que impendem sobre o médico, nomeadamente, o de informação e de esclarecimento do doente[73].

Finalmente, trata-se de um contrato consensual, já que não é imposta a observância de qualquer forma na emissão das declarações de vontade constitutivas do acordo negocial, pois o legislador não faz qualquer exigência formal relativamente aos sucessivos momentos declarativos do cumprimento da obrigação. Mesmo assim, o médico requesta algumas vezes, ao doente a redução a escrito de algumas declarações de vontade (consentimento para determinadas intervenções) e de ciência (reconhecimento da prestação de certas informações e esclarecimentos). Trata-se, nestas situações, de precauções de modo a constituir elementos probatórios com os quais o profissional se pode defender no caso de surgimento de conflitos relativos à prestação médica efectuada[74].

Este contrato estabelecido entre médico e doente, segundo afirma Rute Teixeira Pedro, pode subsumir-se à categoria genérica de prestação de serviço, constituindo uma "*subespécie que se apresenta como um "tipo social e nominado""*[75].

Porém, existe uma corrente na doutrina que defende a tipificação deste contrato devido ao carácter *sui generis* do contrato de prestação de serviços médicos[76].

71 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit*., pág. 50 (e nota 102) e 51.

72 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit*., pág. 51 (e nota 104).

73 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit*., págs. 51 e 52; Josserand apud Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, pág. 332, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2003.

74 Pedro, Rute Teixeira, *op. cit*., págs. 71 e 72, em Portugal (tal como em Macau) por regra não se exige a observância de uma forma especial para a prestação do consentimento esclarecido. Todavia, nota esta Autora, em algumas situações o legislador estabelece exigências formais em casos de, por exemplo, tratamento médico arriscado, no qual o art. 39.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos determina que o médico deve, de preferência, obter o consentimento por escrito.

75 *Idem*, págs. 72 e 73; Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *op. cit*., pág. 180.

76 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *op. cit*., pág. 180.

Capítulo II

A RESPONSABILIDADE E O ERRO MÉDICO

4. A Responsabilidade Médica

Definidos e destrinçados que estão os elementos essenciais da relação médico-doente, passemos agora à análise da responsabilidade médica e, mais atentamente, ao *erro médico*.

A ciência médica muito tem evoluído desde os seus primórdios até à actualidade, sobretudo, na actualidade, a ciência médica todos os dias nos presenteia com novas descobertas na cura e prevenção de doenças, novos meios para o tratamento e diagnóstico das mesmas e menos invasivas e com menores custos físicos e psicológicos para o doente. Mas, este acervo de conhecimentos e técnicas "topo de gama" não permite aos médicos, afastados dos grandes centros de investigação, abarcar todo o manancial de conhecimentos que daí brotam.

É tão vasto o conhecimento médico actual que há a necessidade dos profissionais de saúde se especializarem nos vários ramos da medicina, como a cardiologia, a neurologia, medicina aeronáutica, nefrologia, etc.. Daí que, por mais diligente e rigoroso que seja o médico, dado o contínuo avanço da medicina o "*risco de cometer erros face aos últimos dados da ciência aumenta*"[77].

O médico hodierno, repetimo-lo, por mais meticuloso que seja, não está isento de cometer erros que, face ao ordenamento jurídico vigente, gera a obrigação de indemnizar se tiver causado um dano (isto, no campo jurídico-civil) e o dever de se sujeitar a uma pena (na área jurídico-penal)[78] . Contudo, como escreve Álvaro Rodrigues, "*ainda hoje as acções de responsabilidade civil contra médicos têm um cunho* ad hominem *na consciência colectiva e, daí que, cada vez mais se imponha a necessidade de um seguro de responsabilidade profissional dos médicos*"[79].

A responsabilidade médica pode surgir sob três formas[80]:

77 António Silva Henriques Gaspar, *A Responsabilidade Civil do Médico*, págs. 335 a 355, Colectânea de Jurisprudência, Tomo I, ano III, 1978, *apud,* Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Responsabilidade Médica em Direito Penal – Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, pág. 24, Edições Almedina, Março, 2007.

78 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *op.* cit., pág. 24.

79 *Idem, ibidem*.

80 *Idem, ibidem.*

1. Responsabilidade Disciplinar;
2. Responsabilidade Criminal;
3. Responsabilidade Civil.

No âmbito deste trabalho tanto as responsabilidades disciplinar como criminal serão abordadas *en passent*, uma vez que o nosso enfoque é sobre o erro médico no âmbito da responsabilidade civil; e, porque, só estes dois tipos de responsabilidade seriam por si sujeitos de alargada dissertação de mestrado!

De qualquer maneira, valerá sempre a pena umas breves notas sobre as responsabilidades disciplinar e criminal, ainda que de modo genérico.

Mas antes de dissecarmos estes três tipos de responsabilidade não será despiciendo referir que a primeira forma de responsabilidade – que surge antes de ser intentada qualquer acção de responsabilização: a *responsabilidade moral* do médico, ou seja, a culpa que o médico sente em caso de iatrogenia. E aqui não resistimos a citar o Prestigiado Médico-cirurgião Dr. Rui Furtado quando se refere a esta *responsabilidade* da seguinte forma:

"*A primeira, a responsabilidade moral do médico que é atribuível à consciência do próprio médico e que é enorme. O médico consciente e sério é seguramente um bom juiz do seus actos e procedimentos. Perante um erro de diagnóstico, uma complicação ou um resultado terapêutico menos conseguido, a primeira avaliação é feita em consciência pelo próprio médico.*

"Que terá corrido mal?" Será a questão que terá sempre presente, revendo o caso clínico desde o seu início, vezes sem conta como uma obsessão, até encontrar a resposta.

Já connosco aconteceu acordar a meio da noite, quatro meses depois de termos perdido um doente com uma infecção grave após uma cirurgia. Só nessa altura realizámos a causa da catastrófica infecção. Isso não salvou o doente o que poderia ter sido conseguido se tivéssemos encontrado a resposta em tempo útil. No entanto contribuiu para que os doentes por nós operados após esse dia e todos os outros operados pelos "jovens cirurgiões" por nós treinados fossem poupados à eventualidade do mesmo erro.

Essa responsabilidade pode mesmo levar a sentimentos de culpa que, muitas vezes limitam definitivamente toda a actividade futura podendo em casos extremos, levar mesmo ao abandono da prática clínica."[81].

Responsabilidade Disciplinar

Na responsabilidade Disciplinar faz-se a subdivisão seguinte[82]:

- A responsabilidade disciplinar profissional ou corporativa;
- Responsabilidade disciplinar administrativa;
- Responsabilidade disciplinar laboral.

81 Furtado, Rui Manuel da Mota, *op. cit.*, pág. 354 e 355.

82 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Reflexões..., cit.,* pág. 169; do mesmo autor, *Responsabilidade Médica..., cit.,* págs. 27 a 29.

Para além dos médicos poderem estar sujeitos à responsabilidade sob duas formas distintas[83]:

- Responsabilidade ético-profissional perante os órgãos tutelares da actividade médica pública;
- Responsabilidade disciplinar laboral privada.

A responsabilidade disciplinar advém da violação das regras específicas da profissão previstas em diplomas de natureza jurídico-disciplinar[84], no caso de Macau, está integrada no Regime Jurídico da Função Pública nos arts. 276.º e seguintes. Já a responsabilidade no regime privado está sujeita às regras da Lei das Relações de Trabalho, nomeadamente o art. 69.º, e as regras de conduta dos estabelecimentos de saúde privado.

Responsabilidade Criminal

Como se sabe, o Direito Penal tem como pedra angular o princípio da legalidade que, aliás, se encontra consagrado no art. 1.º CP[85]. Deste Princípio basilar promanam outros três:

i. O princípio da legalidade na definição de crimes e dos pressupostos das medidas de segurança;
ii. O princípio da tipicidade;
iii. O princípio da não retroactividade da lei penal[86].

Por força do primeiro referido, os médicos podem cometer determinados crimes, que advêm da sua específica actividade profissional (*crimes específicos próprios*), e outros que podem ser cometidos pela generalidade das pessoas. São, contudo, objecto de qualificação quando cometidos por médicos no exercício da sua actividade (*crimes específicos impróprios*)[87].

São crimes específicos próprios:

a) A intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário (art. 150.º CP);
b) A violação de segredo (art. 189.º CP);
c) A transplantação ilícita (arts. 19.º e 20.º da Lei 2/96/M);
d) A recusa de médico (art. 271.º CP);
e) A falsificação de atestado (art. 249.º CP);
f) Alteração de análise ou receituário (art. 270.º CP).

São estes os crimes em que a qualidade de médico é elemento do tipo que figura na previsão

83 *Idem,* págs. 169; *ibidem*. págs 27 e 28.

84 *Idem, ibidem*.

85 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Reflexões..., cit.,* pág. 167; para um maior aprofundamento da responsabilidade penal do médico *vide* do mesmo autor, *Responsabilidade Médica..., cit*., págs. 27 a 29.

86 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Reflexões..., cit.* pág. 167.

87 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Reflexões..., cit.,* pág. 167; Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral / Questões Fundamentais / A Doutrina Geral do Crime, Tomo 1,* pág. 304, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007.

da norma. Todavia, os médicos, como qualquer outra pessoa, podem cometer um qualquer outro delito, deste modo não se podendo falar propriamente de uma responsabilidade penal médica específica[88].

Responsabilidade Civil. Generalidades

A responsabilidade civil tem a ver com a regra, criada por Ulpiano, "*alterum non laedere*" (não prejudicar o outro), isto é, qualquer prejuízo causado a outrem deve ser reparado[89].

A responsabilidade médica (como acontece na responsabilidade civil em geral) exige a existência de um facto prejudicial (que pode ser constituído pela falta ou pela acção das coisas), de um prejuízo e do nexo de causalidade[90].

A responsabilidade civil dos médicos, tal como a responsabilidade civil em geral, admite ambas a formas de responsabilidade consagradas na lei, isto é, admite tanto a responsabilidade civil contratual como a extracontratual, mas, neste domínio exclui-se a responsabilidade pelo risco, a não ser nos "*casos especificados na lei*" (art. 477.º /2 CC), estando também excluída a responsabilidade por factos lícitos danosos, devido à característica especial da actividade médica[91].

Ora, a propósito disto, cumpre indagar acerca da possibilidade do médico poder estar sujeito a um concurso de responsabilidades, isto é, ser demandado concomitantemente em sede de responsabilidade extracontratual e contratual.

Apesar da doutrina maioritária, em Portugal, e de grande parte dos ordenamentos jurídicos, aceitar a responsabilidade contratual por lesão da saúde causadas por médicos ou paramédicos; esta questão, todavia, ainda permanece *vexata quaestio*[92].

Isso mesmo demonstra o acórdão de 4 de Abril de 1955, do Tribunal da Relação de Coimbra citado por Álvaro Gomes Rodrigues[93] (que se fundamenta nas doutrinas dos Professores Rui de Alarcão e Miguel Teixeira de Sousa), que defende haver um concurso de responsabilidades na medida em que há, devido à imperícia nos cuidados de saúde prestados, tanto uma violação do contrato de prestação de serviços a que o médico está adstrito, como também uma responsabilidade

88 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Reflexões..., cit.,* pág. 170; Figueiredo Dias, *op. cit*., pág. 304.

89 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Responsabilidade Médica em Direito Penal.., cit.,* pág. 25

90 Pina, José António Rebocho Esperança, *op. cit.,* pág. 95.

91 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit*., pág. 172 ss.

92 *Idem,* pág. 174.

93 *Idem, ibidem; Colectânea de Jurisprudência,* pág. 31, ano XX, Tomo 2, 1995, neste Acórdão da Relação de Coimbra citado "*na parte que interessa*" por Álvaro Gomes Rodrigues diz no sumário o seguinte:
"*I – O médico que realiza diagnóstico errado, por observação descuidada do paciente, ou o cirurgião que descura negligentemente os cuidados técnicos adequados à operação, responde tanto por violação do contrato de prestação de serviços, como delitualemente, por ofensas à integridade física do paciente.*
II – Sendo a obrigação do médico uma obrigação de meios e não de resultado, o ónus da prova recai sobre o lesado, tal como na responsabilidade extracontratual.
III – Além do nexo de imputação do facto ao sujeito, tem de existir sempre, para haver responsabilidade civil, um nexo de imputação objectiva entre o facto e dano."

aquiliana na medida em que se verificou uma lesão da integridade física do doente[94].

No ordenamento Espanhol, segundo Javier Costales, a responsabilidade contratual dos médicos é, também, a regra geral, ao passo que a responsabilidade extracontratual é accionada excepcionalmente. Contudo, quando num mesmo acto haja incumprimento de uma obrigação e, igualmente, um facto ilícito, o lesado poderá *escolher* responsabilizar o médico com base no art. 1902.º do CC espanhol ("aquele que, por acção ou omissão, causar dano a outro, com culpa ou negligência, está obrigado a reparar o dano" – tradução nossa) ou invocando as normas contratuais infringidas[95]. Todavia, para o Autor, parece inquestionável que na assunção, por parte do médico, da responsabilidade podem concorrer simultaneamente as responsabilidades contratual e aquiliana, uma vez que o médico, como qualquer outro profissional, além de cumprir as obrigações derivadas do contrato, tem de observar a obrigação de não prejudicar o outro[96].

Javier Costales afirma que a concorrência de responsabilidades tem sido admitida em sentenças recentes referindo como exemplos os acórdãos do Tribunal Supremo de 5 de Julho de 1983 e de 14 de Novembro de 1984 (ao que Álvaro Gomes Rodrigues junta dois arestos mais recentes procedentes do mesmo Tribunal de 7 de Fevereiro de 1990 e de 22 de Fevereiro de 1991). Contudo, diz-nos o Autor espanhol que a jurisprudência, em regra, tem optado pela possibilidade do lesado poder escolher qual das responsabilidades lhe será mais favorável[97].

Por outro lado, Javier Costales fala na possibilidade de, perante o lesado, responder uma pessoa em termos de responsabilidade contratual, e outra responder por danos extracontratuais (ideia avançada por Santos Briz) dando como exemplo o caso de um cirurgião ou os seus auxiliares que causam um dano ao doente durante o manuseamento de equipamento posto à disposição destes pelo estabelecimento de saúde – entidades estas com os quais o doente tem uma relação contratual. Neste caso, avança o mesmo, podem ser ambos demandados – médico e/ou pessoal paramédico e estabelecimento de saúde – uma vez que se tratam de obrigações de pessoas distintas e com origem distintas[98].

Como nota Javier Costales, o Tribunal Supremo já acolheu esta ideia nas suas sentenças de 23 de Março de 1921, de 26 de Abril de 1927 e de 23 de Maio de 1978. Nesta última sentença, o Tribunal condenou três réus solidariamente por danos e prejuízos: um, com base em responsabilidade contratual, na medida em que este era o que tinha posto ao dispor o equipamento médico; e os outros dois com base em responsabilidade extracontratual nos termos do art. 1902 – já referido[99]. Isto no que concerne aos *estabelecimentos de saúde privado*.

Quanto aos *estabelecimentos de saúde públicos*, tanto a jurisprudência portuguesa como a jurisprudência de Macau têm entendido que o tipo de responsabilidade que melhor tutela o doente é a responsabilidade extracontratual[100]. Isto porque, segundo o acórdão do Tribunal de

94 *Idem*, págs. 174 e 175.

95 Costales, Javier Fernández, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, pág. 94, La Ley; http://www.alicante.es/urbanismo/baja_ley.php?codigo=50&nombre=/C%F3digo+Civil..pdf, link para o Código Civil Espanhol.

96 Costales, Javier Fernández, *op. cit.,* pág. 94.

97 *Idem, ibidem*; Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.,* pág. 175.

98 Costales, Javier Fernádez, *op. cit*., págs. 94 e 95.

99 *Idem,* pág. 95.

100 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit*, pág. 177; Acórdão do Tribunal de Última Instância de Macau, Processo n.º 23/2005, págs. 57 e 58, de 18 de Janeiro de 2006, nos qual foi relator o Juíz Viriato Lima.

Última Instância, os "*utentes (Lei n.º 48/90, Bases XIV e XXV) encontram-se... submetidos a um regime jurídico pré-estabelecido num plano normativo. Os seus direitos, faculdades, deveres e sujeições resultam por um lado de princípios gerais aplicáveis a todo o utente de serviços públicos*" e mais à frente escreve que o utente "*não pode pretender determinar por acordo com o estabelecimento modalidades específicas para as suas relações com este último, a não ser*" em casos excepcionais e, como tal "*as relações jurídicas entre ambos são conformadas ou directamente por normas ou por actos administrativos que têm essas normas por matriz.*

6. A situação do utente tem pois um carácter geral e estatutário..." além de que, segundo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Maio de 1969 citado por Álvaro Gomes Rodrigues "*é a responsabilidade extracontratual que melhor quadra aos serviços públicos ou de interesse público*"[101].

Na senda do Professor Freitas do Amaral, o Acórdão do TUI defende que o médico, no exercício das suas funções, qualifica-se como sendo um exercício de actividade de gestão pública, "*não porque a sua natureza seja distinta da dos médicos do sector privado, mas porque os primeiros estão integrados num serviço administrativo cujas regras os condicionam a ponto de só poderem actuar em equipa segundo o que for determinado pelo respectivo chefe*"[102].

Para Álvaro Gomes Rodrigues – seguindo o raciocínio de Freitas do Amaral– existem três teorias que tentam solucionar o problema do enquadramento dos actos técnicos praticados no exercício de uma profissão, de acordo com as regras prescritas dessa profissão, nas categorias dos actos de gestão pública ou privada, que são:

- A teoria da natureza material da actividade;
- A teoria dos poderes de autoridade;
- A teoria do enquadramento institucional[103].

De acordo com a primeira teoria, o critério de distinção seria o das características substanciais da actividade exercida pelo autor do facto danoso. No caso da actividade médica, Freitas do Amaral – citado por Álvaro Gomes Rodrigues – conclui que não existe diferença entre um médico que trabalhe num estabelecimento de saúde público ou privado, uma vez que, a natureza da actividade não se altera consoante seja um médico funcionário público ou um médico que exerça a profissão em regime liberal. Neste caso, Moitinho de Almeida – defensor desta teoria, citado por, Álvaro Gomes Rodrigues –, o médico funcionário público deve ser responsabilizado por actos de gestão privada[104].

Mas tal teoria não merece acolhimento por parte do Álvaro Gomes Rodrigues nem por

101 Acórdão do TUI Processo. nº 23/2005, págs. 34 e 35; Sérvulo Correia, *As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde*, págs. 121 e ss, *in* Direito da Saúde e da Bioética, AFFDL, Lisboa, 1996 ; para aceder à Lei de Bases da Saúde de Portugal *vide* http://www.ers.pt/legislacao_actualizada/saude-publica-servico-nacional-de-saude/lei-de-bases-da-saude-e-estatuto-do-servico/822864.pdf/view; Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, op cit., pág. 177 citando o Ac. do STJ de 16 de Maio de 1969, págs. 196 a 199.

102 Acórdão do TUI Precesso nº 23/2005, págs. 46 e 47.

103 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, Reflexões..., cit., pág. 177.

104 *Idem*, pág. 178.

Freitas do Amaral, que alinham pela segunda teoria (tal como a jurisprudência de Macau[105]), em que haverá gestão pública não só nos casos do autor do facto danoso no exercício dos poderes de autoridade, mas também "*no desempenho de uma actividade condicionada por deveres e restrições de interesse público*"[106].

A *teoria dos poderes de autoridade* considera actos de gestão pública como sendo "*os praticados pelos órgão ou agentes da Administração no exercício de um poder público, ou seja, no exercício de uma função pública, sob domínio das normas de direito público, ainda que não envolvam ou representem o exercício de meios de coacção*"; sendo considerados actos de gestão privada os actos que sejam "*praticados pelos órgão ou agentes da Administração, em que esta aparece despida de poder público, ... no mesmo regime em que poderia proceder um particular, com inteira submissão às normas do direito privado*"[107].

Esta distinção é importante na medida em que serve não só para enquadrar o acto médico como também para determinar o Tribunal competente para dirimir eventuais litígios, bem como para a determinação do direito substantivo aplicável[108].

Em Macau, o direito substantivo aplicável à responsabilidade civil extracontratual da Administração e demais pessoas colectivas públicas é o Decreto-Lei nº 28/91/M de 22 de Abril. No artigo 2.º deste Decreto estipula-se que a "*Administração do Território* [a Região Administrativa Especial de Macau] *e demais pessoas colectivas respondem civilmente perante os lesados, pelos actos ilícitos culposamente praticados pelos respectivos órgãos ou agentes administrativos no exercício das suas funções e por causa desse exercício*" e no artigo 3.º estipula que os titulares e agentes da Região Administrativa, sem prejuízo do artigo anterior, respondem também civilmente se, no exercício das suas funções tiverem agido dolosamente, parecendo assim, que a Região é também solidariamente responsável pela actuação dos seus agentes. Mas, em caso de dolo, ou de terem sido excedidos os limites das funções, o agente é singularmente responsável.

Assim, no caso de negligência médica, a Região ou pessoa colectiva pública, responde perante o lesado (art. 2.º D.L. 28/91/M), sendo que a mesma goza do direito de regresso contra o médico (em caso de dolo ou negligência deste (art. 5.º D.L. 28/91/M)).

Deste modo, é posição maioritária em Portugal e Macau que os médicos que estejam vinculados ao Estado/Região ou a pessoa colectiva de direito público, respondem perante os lesados em sede de responsabilidade extracontratual, uma vez que a sua actividade se situa no quadro dos actos de gestão pública[109].

Por outro lado, a relação do médico de clínica privada ou exercendo a actividade médica em regime liberal com o doente configura uma relação contratual de prestação de serviços sendo-lhe aplicável, em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato, e do qual surjam

105 Diogo Freitas do Amaral, A natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde, págs 127 e 128, *in* Direito da Saúde e Bioética, Lex, Lisboa, 1991, *apud*, Acórdão do TUI Processo nº 23/2005, págs. 46 e 47

106 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões... cit.*, pág. 178.

107 *Idem, ibidem*; as citações são do Acórdão de 5 de Novembro de 1981 do Tribunal de Conflitos publicados no BMJ, 311, 195, e referidos no texto (A Natureza..., *op. cit.*), pelo Professor Freitas do Amaral.

108 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões... cit.,* págs. 178 e 179.

109 *Idem*, pág. 180.

danos para o doente, as regras da responsabilidade contratual[110]. Além disso, havendo entre o médico e o estabelecimento de saúde privado e o doente uma relação contratual de prestação de serviços e uma situação de lesão do doente, é passível de ser aplicado o disposto no art. 789.º/ 1 CC, uma vez que a responsabilidade emergente será de natureza contratual, segundo Álvaro Gomes Rodrigues. Pois, como afirma Vaz Serra, *apud* Álvaro Gomes Rodrigues, "[o] *devedor que se aproveite de auxiliares no cumprimento, fá-lo a seu risco e deve, portanto, responder pelos factos dos auxiliares, que são apenas um instrumento seu para o cumprimento. Com tais auxiliares, alargam-se as possibilidades do devedor, o qual, assim como tira daí benefícios, deve suportar os prejuízos inerentes à utilização deles.*"[111].

Relativamente à responsabilidade extracontratual do médico, Álvaro Gomes Rodrigues refere que os autores costumam dar como exemplo o médico que é chamado a socorrer um doente inanimado ou em estado muito grave, vítima de acidente ou acometido de doença súbita. Para este tipo de situações costuma-se defender esta tese, na medida em que, nem o médico pode recusar os seus serviços por força de lei (art. 271.º CP), nem o doente pode escolher o médico dado o seu estado e à urgência dos cuidados. Destarte, não existe qualquer vínculo contratual[112].

Tal como diz Álvaro Gomes Rodrigues, a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual não se trata de mera tergiversão ou especulação teórica, pois tem efeitos práticos quanto aos respectivos campos de aplicação[113].

Provavelmente, será por isso que a jurisprudência, pelo menos a portuguesa e a espanhola, tenham admitido o concurso de responsabilidades, uma vez que não existe consenso entre a doutrina quanto ao enquadramento legal a dar à problemática da responsabilidade médica[114].

A esta problemática acorrem duas teorias: a do *cúmulo das responsabilidades e a tese do não cúmulo*.

Na teoria do *cúmulo de responsabilidades* reconhece-se ao lesado a possibilidade de invocar indistintamente a modalidade que mais convenha ao efeito que ele pretende atingir[115] e, para Almeida Costa[116], nesta teoria cabem ainda três perspectivas: numa, o lesado pode socorrer-se numa única acção, das normas de responsabilidade contratual e extra-contratual, apoiando-se nas que entenda mais favoráveis; noutra perspectiva, concede-se a opção ao lesado entre os procedimentos fundados apenas numa ou noutra responsabilidade; e na última admite-se, em acções autónomas, ao lado da responsabilidade contratual, a responsabilidade extracontratual.

Na *teoria do não-cúmulo* ou *da não acumulação* exclui-se a possibilidade de recurso

110 *Idem, ibidem*; em Espanha, segundo Álvaro Gomes Rodrigues, chama-se a este contrato "*Contrato de arrendamento de serviços*", regulado pelo art. 1542.° do CC espanhol, (Juan Carrascas Gomez, *Responsabilidade Médica Y Psiquiatrica*, Colex, 31).

111 Vaz Serra, *Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos responsáveis legais ou dos substitutos*, n.° 2, BMJ, 72, *apud*, Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, pág. 188.

112 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, pág. 188.

113 *Idem, ibidem.*

114 *Idem*, págs. 188 e 189; *vide supra*, págs. 25 e ss.

115 Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações..., Vol I, cit.*, págs. 636 e 637.

116 Costa, Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, págs. 546 a 553, Almedina Editora, 12ª Edição, Novembro, 2009

simultâneo à responsabilidade contratual e aquiliana (*princípio da não consumpção*)[117].

Esta questão é largamente debatida, parecendo não ter havido ainda consenso entre a doutrina e a jurisprudência, e até o CC não tomou uma posição "*reconhecendo que tão fundada é a pretensão do lesado que visa um outro efeito próprio da responsabilidade contratual ou extracontratual*"[118].

A Responsabilidade Civil do Médico. Pressupostos

Antes de passarmos aos requisitos da responsabilidade civil médica, convém fazer uma pequena abordagem às várias fazes do tratamento médico susceptíveis de accionar a responsabilidade civil do médico. Estas fases são o **diagnóstico clínico**, o **prognóstico**, o **dever de esclarecimento**, o **tratamento médico curativo**, o **dever de assistência** e as ***leges artis***[119].

Diagnóstico Clínico

O diagnóstico clínico é o momento chave de toda a actividade do médico, uma vez que este, para poder tratar o doente, deve verificar se efectivamente existem "*sinais morbosos*" e, no caso de se confirmarem esses sinais, saber qual a natureza e gravidade dessa doença[120]. Trata-se "*de um dos aspectos mais melindrosos da negligência profissional médica, por isso que deriva de um conjunto de raciocínios e intuições dificilmente controláveis*"[121].

Actualmente o desenvolvimento tecnológico dos meios e técnicas de diagnóstico fez com que o risco de erro diminuísse, mas, mesmo assim, essa hipótese ainda existe, seja por causa da dificuldade de acesso ou, até, de obtenção de equipamentos de ponta de diagnóstico, ou por causa do elevado custo de tais exames pelo que, em vários casos, se opta por meios de diagnóstico mais baratos[122]. Mas, principalmente, porque a todo o diagnóstico subjaz uma avaliação altamente subjectiva do próprio médico (o *olho clínico*), fazendo com que haja, por vezes, juízos que não sejam conformes à realidade[123]. Como diz Guy Nicolas, citado por Álvaro Gomes Rodrigues, "*todo o médico cometeu erros de diagnóstico, enganado por vezes por sintomas atípicos ou falsamente tranquilizadores, desconcertado por uma evolução imprevisível, surpreendido por uma reacção desusada, ou ainda enganado pelo resultado de um exame complementar*"[124].

Vários são os actos médicos praticados na fase de diagnóstico de clínica geral, no qual

117 Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações..., Vol I, cit.*, pág. 637.

118 *Idem, ibidem*.

119 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit.*, págs. 31 e ss.

120 Crespi, Alberto, *La responsabilità Penale del Trattamento Medico-Chirurgico con Esito Infausto*, pág. 74. Priulla Editore, Paler, Itália, *apud*, Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit.*, pág. 31.

121 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit.*, pág. 31.

122 *Idem,* pág. 32.

123 *Idem, ibidem*.

124 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit.*, pág. 33.

se contam, entre outros, o interrogatório (anamnese), a inspecção (primeiro geral, ou seja, a somática, como a atitude, facies, estado nutritivo, etc.), a palpação, a mensuração, a percussão, a auscultação e, por fim, os métodos complementares de diagnóstico, isto segundo o esquema de Surós, seguido por Álvaro Gomes Rodrigues[125].

Mas a apreciação do erro ou falha no diagnóstico não poderá ser feita através de regras positivamente fixadas, porque não existem, segundo A.H. Gaspar – citado por Álvaro Gomes Rodrigues –, pois, sendo o diagnóstico uma *simples hipótese*, só em caso de ignorância grosseira, ou esquecimento imperdoável é que poderá o médico ser responsabilizado por erro de diagnóstico[126].

Prognóstico Clínico

O prognóstico consiste na apreciação do grau da gravidade e da evolução posterior de uma doença e o seu desenlace[127].

A prognose médica, segundo Crespi – referido por Álvaro Gomes Rodrigues – é um juízo sobre o processo e o desenlace futuro da enfermidade, estando ligado (tal como, a anamnese) à averiguação diagnóstica[128].

O prognóstico deve ser sempre revelado ao doente, mas pode não o ser quando o doente assim o deseje (art. 50.º/2 e 3 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal, aprovado em 26 de Setembro de 2008). Nos casos em que o prognóstico seja revelado ao doente, este deve ser feito com prudência e delicadeza, e "*ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar*", segundo o número 4 do mesmo artigo. Ora, em Macau encontramos preceito equivalente no art. 151.º CP que determina que "[p]*ara efeitos do disposto no artigo anterior* [art. 150.º CP], *o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento,* ***salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave ofensa à saúde, física ou psíquica*** [negrito nosso]". Esta parte final parece coincidir com o conceito de "*privilégio terapêutico*"[129] (que estava expressamente consagrada no art. 150.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos portuguesa, entretanto revogado). O privilégio terapêutico,

125 *Idem, ibidem.*

126 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit.*, pag. 34; a este propósito o Autor, cita (na nota n. 40, pág 33 deste livro) António Henriques Gaspar (*a responsabilidade civil do médico*, pág 335 a 355, Col. Jur. 1978, ano III, Tomo I) o seguinte:"*O diagnóstico é "grosso modo" a determinação da doença. Perante o doente que se queixa, o médico utiliza os seus conhecimentos para determinar o mal do doente e, uma vez determinado, lhe ministrar o tratamento adequado.*
A elaboração do diagnóstico pode não ser fácil; é mesmo na sua elaboração que mais se pode evidenciar a inteligência, os conhecimentos, a capacidade, a perspicácia e a intuição do médico. Elabora-se através do estudo dos sintomas que são a sua necessária premissa".

127 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit.*, pág. 37.

128 *Idem, ibidem.*

129 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit.*, pág. 37; Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º, dirigido por Figueiredo Dias, pág. 601, §13 e ss, anotações ao arts. 156.º e 157.º, 2ª Edição, Coimbra Editora, Maio de 2012.

segundo Costa Andrade, tem como fim "*evitar colocar o médico na situação contraditória de: poder ser condenado por não esclarecer; e ao mesmo tempo, poder ser também condenado pelos danos desencadeados pelo esclarecimento* (*violação das* leges artis)"[130] . Esta excepção consagrada no nosso CP surge no âmbito do princípio *favor vitae vel salutis*, uma vez que pode dar-se o caso do médico, ao fazer o prognóstico do doente poder provocar neste estados de prostração, desânimo, desespero (muitas vezes levando ao suicídio) que possa pôr em causa o tratamento e eventual cura deste[131] . Todavia, ressalva o Autor, esta excepção só deve funcionar em casos pontuais, em que exista *verdadeiramente* aquela possibilidade, não devendo funcionar em situações de mera suposição[132].

Em termos de responsabilidade civil, cremos que o mesmo raciocínio se deve aplicar a este tipo de situações, uma vez que o que está em jogo é a vida/integridade física da pessoa, um bem que tanto é tutelado na Lei Básica (art. 30.º) como no CC (art. 70.º).

Mas, como escreve Álvaro Gomes Rodrigues, há que ter sempre presente que um prognóstico é apenas isso, uma *previsão*, pelo que existe sempre a possibilidade de, dependo do caso, a doença evoluir de forma inesperada[133].

No caso do prognóstico fatal, pensamos, tal como Álvaro Gomes Rodrigues, que o privilégio terapêutico deverá funcionar na medida em que, ao prognosticar-se um desenlace fatal este poderá ter efeitos indesejáveis sobre o doente, já de si fragilizado, nomeadamente no agravamento do seu estado de saúde ou até no cometimento de qualquer acto contra a sua vida[134].

Nesta situação, como em outras situações, (dizemo-lo com Álvaro Gomes Rodrigues) o *bom senso* e a *ponderação* deverão ser critérios norteadores do médico no exercício da sua actividade[135].

Dever de Esclarecimento

O dever de esclarecimento é outro ponto delicado, na medida em que requer uma explicação, por vezes bastante técnica e de difícil compreensão por parte do doente. Todavia, o médico deve informar o doente acerca do seu estado de saúde e dos riscos que podem advir, quer espontaneamente, quer devido à acção do diagnóstico ou da terapêutica; mas essas informações dependem das capacidades intelectuais e psicológicas do doente[136].

Ora, a grande parte dos exames e da terapêutica podem estar conexionadas riscos e até acidentes e, por isso, o médico cometerá falta grave se não esclarecer convenientemente o doente dos riscos a estas inerentes. Mas, se o médico não pode ser exaustivo nas explicações dadas ao doente, deve explicar a situação de uma maneira clara e exacta para que o doente possa,

130 Andrade, Manuel da Costa, *op. cit.*, pág. 639, §16.

131 *Idem*, *ibidem*.

132 Idem, pág. 639 e 640 §16 a 18.

133 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit.*, pág. 38.

134 *Idem, ibidem*.

135 *Idem, ibidem*.

136 Pina, José António Rebocho Esperança, *A Responsabilidade..., cit.*, pág. 97

esclarecidamente e com consciência consentir no respectivo acto. Todavia este deve-se limitar à evolução ou aos riscos possíveis ou previsíveis, em função da experiência pessoal do médico e dos dados estatísticos[137].

Na lei civil o conhecimento do lesado está consagrado no art. 332.º. No número 1 diz-se que o acto lesivo é lícito desde que haja consentimento por parte do lesado; porém, o número 2 do mesmo artigo estipula que o consentimento do lesado não exclui a ilicitude do acto se for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. Por fim, o número 3, prescreve que se presume o consentimento quando o acto lesivo se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumida.

O consentimento é fundamental para o exame do doente e subsequente terapia, sendo "*um dos aspectos básicos da relação médico-doente*"[138] . Ora, o consentimento, segundo José Esperança Pina, "*é constituído por três elementos, a capacidade, a voluntariedade e a informação:*

A capacidade *implica a competência para decidir, traduzindo a concordância do doente com o tratamento;*

A voluntariedade *expressa-se num consentimento natural, visto que algumas vezes o consentimento pode ser dado sob constrangimento ou coercivamente;*

A informação *constitui a base da estabilidade ao consentimento, sem o qual o médico não deve utilizar meios de diagnóstico e de terapêutica sofisticados, sem explicar os riscos e sem apresentar alternativas, incluindo o que poderá surgir se o doente não se tratar"*[139].

O consentimento pode ser obtido oralmente (que, em regra, é feito diante de uma testemunha sem ligação familiar ao doente) ou por escrito.

Todavia, não raros são os casos em que não é possível obter-se o consentimento do doente. Nesse caso, deve recorrer-se à família, ou a outras pessoas a quem a lei atribua competência para tal, de modo a obtê-lo. Noutros casos, terá de ser o próprio médico a decidir pelo que não poderá ser responsabilizado pela sua escolha[140].

Nos casos em que o doente, por exemplo, já tenha dado o seu consentimento para uma intervenção cirúrgica e, durante a operação, o médico-cirurgião se deparar com uma complicação inesperada e cuja acção poderá deixar sequelas, deverá o médico parar a operação para obter o consentimento, *quid iuris*?

Na opinião de José Esperança Pina, o mais lógico será o cirurgião decidir e prosseguir com a operação, uma vez que, interrompendo-a para depois a retomar, seria mais nocivo para o doente; todavia, deve-se sempre prevenir a família para tais riscos (embora, por vezes, seja impossível no decurso de uma operação)[141].

Mas, segundo o mesmo Autor, não constituindo a intervenção médica uma ofensa corporal, ela conforma uma intervenção arbitrária se for levada a cabo sem consentimento do doente, e preenche um crime contra a liberdade deste, punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa (art. 150.º/1 CP). Por outro lado, diz o Autor, que o consentimento não será necessário

137 *Idem, ibidem*.

138 *Idem*, pág. 98.

139 *Idem*, págs. 98 e 99.

140 *Idem*, pág. 99.

141 *Idem, ibidem*.

se se operar a justificação do consentimento presumido, conforme está estabelecido no art. 38.º CP, não sendo punível, assim, nos casos previstos nas alíneas a) e b) do art. 150.º CP[142].

Mas aqui, surge igualmente, a questão do privilégio terapêutico. Quando se falou antes do dever do médico de revelar todas as consequências previsíveis de uma dada terapia (nomeadamente numa intervenção cirúrgica delicada) poderá haver a possibilidade do doente, ao saber dos riscos envolvidos, sofrer um grave dano para a saúde, devendo, deste modo, o tratamento jurídico da questão ser tratada conforme o conceito precedente, na medida em que há aqui um *favor vitae vel salutis*.

Costa Andrade escreve que o esclarecimento "*não tem de obedecer a um modelo único de densidade e intensidade. Ele pode ser reduzido em maior ou menor medida ou ser, pura e simplesmente recusado. E isto logo em nome do* "favor vitae vel salutis*" que aflora em muitos aspectos do regime jurídico-penal das intervenções médico-cirúrgicas.*

Uma experiência que pode ditar a não comunicação dos factos ou circunstância quando o seu conhecimento pelo paciente pode pôr em perigo a sua vida ou integridade física. É a este propósito que se fala em privilégio terapêutico, *uma ideia a que a lei penal portuguesa* [e de Macau] *acordou guarida expressa ao dispensar a* "comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física e psíquica""[143].

Relativamente às disposições do CC relativas ao consentimento e esclarecimento do doente, o número 1 do art. 67.º consagra a tutela geral da personalidade e no art. 69.º/1 estatui que "[*t*]*oda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se disser respeito aos interesses indisponíveis, se for contrária aos princípios da ordem pública ou se contrária aos bons costumes"*. Por sua vez, a segunda parte do número 2 deste artigo diz que *"a limitação voluntária dos direitos de personalidade é eficaz se nela consentir maior de 14 anos que possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*".

Deste modo, como se vê, não existem requisitos de forma para o consentimento, embora, como escreve José Esperança Pina, não seria indesejável que a lei o fizesse quanto a intervenções a que esteja ligado um risco sério para a vida ou saúde[144].

Tratamento Médico Curativo

Segundo Carl Stoos, *apud* Álvaro Gomes Rodrigues, o tratamento médico "*é a acção benéfica para a saúde da pessoa exercida sobre o seu corpo*", mas Crespi *apud* Álvaro Gomes Rodrigues acrescenta dizendo que o tratamento médico-cirúrgico consiste numa "*acção levada a cabo por médico no exercício da sua actividade profissional, destinada a favorecer as condições de vida*

142 *Idem*, pág. 100.

143 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit*., págs. 43 e 44 citando Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contrubuto para a Fundamentação de um Paradigma Dualista), dis*. de doutoramento pág. 461, nota 293, Coimbra Editora, 1991.

144 Pina, José António Rebocho Esperança, *A Responsabilidade..., cit*., pág. 102.

de um ser humano"[145].

São várias as definições para este conceito. De todo o modo, salientam-se três requisitos essenciais do tratamento médico-cirúrgico curativo[146]:

i. A finalidade curativa;
ii. A indicação médica;
iii. A execução de acordo com as *leges artis*.

i. A Finalidade Curativa

Esta finalidade (que é um requisito subjectivo[147]), como bem se depreende, é dirigida essencialmente ao melhoramento do estado de saúde do doente, com o intuito do restabelecimento funcional do organismo humano em termos de normalidade (*tratamento terapêutico*), ou apenas com o objectivo de aliviar o seu sofrimento psico-fisiológico em situações incuráveis ou irreversíveis (*tratamento paliativo*). O tratamento médico, em geral, encerra um conjunto de elementos químicos, físicos, biológicos e psíquicos utilizados para curar, atenuar ou abreviar uma doença ou o próprio sofrimento[148]. Todavia, a terapia engloba um lado de experimentação[149]. De facto, com os resultados obtidos em determinado doente, consegue-se retirar conclusões sobre a aplicação terapêutica, mas tal não lhe retira a qualificação de tratamento curativo.

Contudo, segundo Eberhard Schmidt (citado por Álvaro Gomes Rodrigues), para se poder falar na finalidade curativa torna-se necessária a "*concorrência da tendência objectiva de tal tratamento para o favorecimento da saúde do paciente e a conformidade do tratamento com as regras da arte médica (*leges artis*)"*[150]. E só estes três requisitos, juntamente com a qualificação médica do agente, podem integrar o conceito do tratamento médico curativo, no entanto, cada um deles mantém-se autónomo, não se confundindo com os restantes[151].

Porém, para Álvaro Gomes Rodrigues, bastam os requisitos da observância das regras da arte médica e a indicação médica objectiva para caracterizarem, por si, o tratamento médico, embora esses requisitos tenham autonomia relativamente à finalidade curativa[152].

ii. Indicação Médica

Este é um elemento objectivo, pois, funciona independentemente de qualquer intenção do médico: trata-se de um tratamento determinando que deve ser objectivamente indicado para

145 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade...*, pág. 44; citando Stoos, *Chirurgische Operation und ärtliche Behandlung, apud* C. Romeo Casabona, *El Médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, págs. 3 e 4, Bosch, S.A., Barcelona, 1981.

146 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit.*, pág. 45.

147 *Idem*, pág. 46

148 *Idem*, págs. 45 e 46.

149 *Idem*, pág. 46

150 *Idem*, pág. 46; citando Ebhardt Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, pág. 39, Leipzig, 1939.

151 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit.*, pág. 46.

152 *Idem, ibidem*.

determinada situação patológica do doente[153].

Álvaro Gomes Rodrigues, segundo Mantovani, escreve que se requer a real idoneidade curativa do tratamento adoptado, isto é, a sua utilidade terapêutica, a qual só pode ser determinada por meio de conhecimento prévio, segundo o actual estado da ciência médica, dos previsíveis benefícios e riscos do tratamento, assim como da relação e proporção entre os mesmos, por forma a que os benefícios superem os riscos[154].

Para Hans Luttinger, referido por Álvaro Gomes Rodrigues, a indicação médica é um prognóstico que, pela sua natureza, deve ser formulado a partir de uma situação concreta e prévia, pois a indicação não depende do resultado efectivamente alcançado. A valoração posterior não conta, nem tal poderia ser de outro modo, segundo o Autor, uma vez que os pressupostos de justificação de uma cirurgia têm de se verificar no momento em que o médico deve actuar – não podem permanecer suspensos até que o tempo decorra e até que se conheçam os resultados posteriores[155].

iii. A Execução de Acordo Com a *Leges Artis*

Este requisito será abordado mais adiante, quando falarmos da *leges artis* em geral[156].

Dever de Assistência

No art. 2.º do Decreto-lei nº 111/99/M, que estabelece um regime jurídico de protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina resultante da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina, aprovado e ratificado por Macau, estipula o seguinte: "[o] *interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência*". O direito à integridade física tem por pressuposto o direito à saúde, que, tal como o direito à vida, se insere no quadro dos direitos fundamentais[157]. A este direito contrapõe-se o irrenunciável dever de assistência dos profissionais de saúde, dever este que vai mais além do simples dever de tratamento.

O dever de assistência médica engloba, segundo Álvaro Gomes Rodrigues, o dever de tratamento mas, em rigor, não se restringe só a ele, embora correntemente, apareçam como equivalentes. Além disso, este dever engloba o da preparação do próprio médico, o de elaboração do diagnóstico, o de tratamento em sentido estrito e o dever de vigilância ou de acompanhamento[158].

O dever de assistência – uma vez que é mais amplo que o dever de tratamento – começa para o médico com a própria aceitação do doente ou a afectação deste àquele, consoante o

153 *Idem*, pág. 47.

154 *Idem, ibidem*.

155 *Idem*, págs. 47 e 48.

156 *Vide infra*, pág. 37.

157 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit..*, pág. 50.

158 *Idem*, pág.51.

estabelecimento de saúde onde exerça a sua actividade, e só termina ou com a cura do doente ou a irreversibilidade do seu estado ou com o falecimento deste[159].

E, nas situações em que a evolução natural da condição do doente é infausta convencionou-se (pelo menos em Portugal no art. 58.º do Código Deontológico dos Médicos), para evitar o "*encarniçamento terapêutico*" ou "*obstinação terapêutica sem esperança*", deve o médico limitar-se à assistência no bem-estar do doente, nomeadamente, prestar assistência moral[160].

Leges Artis

Um dos conceitos fundamentais de todo o direito médico é, nas palavras de Álvaro Gomes Rodrigues, a "*lex artis ad hoc*"[161].

A *lex artis ad hoc* é o critério valorativo da correcta execução de um acto médico realizado por um profissional de medicina que se destina a qualificar esse acto como conforme, ou não, à técnica normal requerida[162]. Dissequemos esta noção.

Lex implica uma regra de avaliação de conduta segundo critérios e limites valorativos desta, cujo objectivo é a avaliação da conduta médica e se esta corresponde à generalidade das condutas profissionais em situações semelhantes. Os princípios ou normas da profissão médica, enquanto regra científica, exteriorizam-se de acordo com a técnica e com a arte pessoal do agente, sendo que este deve ser um profissional médico[163].

É importante não confundir, segundo Álvaro Gomes Rodrigues, nem sobrepor o conceito da observância da *legis artis* com a finalidade curativa (requisito subjectivo) do tratamento médico como tal ou com a indicação médica (requisito objectivo), pois, segundo Karl Engisch, citado por aquele Autor, a indicação médica "[q]*uestiona o* ***se*** *da intervenção médico-cirúrgica, enquanto que a "lex artis" refere-se à problemática do* **como** *de tal intervenção*"[164].

A *lex artis ad hoc*, deste modo, constitui regras de *know-how* sobre o tratamento médico que devem estar ao alcance de qualquer clínico no âmbito da sua actividade profissional: isto é, são regras de conteúdo técnico-científico e também de ética profissional[165].

Através da sua observância, permite-se a exclusão, em princípio, do "*erro médico*", nomeadamente o "*erro de tratamento*", de que mais adiante iremos falar[166].

Pressupostos da Responsabilidade Médica

159 *Idem*, pág. 52.

160 *Idem, ibidem*.

161 *Idem*, pág. 53

162 *Idem, ibidem*.

163 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit*., págs. 53 e 54.

164 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit*.., pág. 54; citando Karl Engish, *Die rechtliche Bedentung der ärtlichen Operation*, pág. 1524 cit. Barreiro, Agustín Jorge, *La Imprudencia..., cit*., pág. 25.

165 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit*. pág. 54.

166 *Idem*, pág. 55, *vide infra* págs. 44 e ss.

Passemos à análise dos pressupostos da responsabilidade civil médica.

Faremos uma abordagem a ambos os tipos de responsabilidade (contratual e extracontratual), uma vez que a responsabilidade civil médica, é na maior parte dos casos, uma responsabilidade contratual. Por vezes, contudo, há casos em que esta é de natureza extracontratual[167].

Tal como faz Álvaro Gomes Rodrigues, apenas abordaremos a ilicitude, a culpa e o dano, já que os outros pressupostos não parecem suscitar grande controvérsia na matéria aqui em análise.

Ilicitude

Estando já assente que, em regra, a responsabilidade civil médica é de ordem contratual, sendo o pressuposto em análise *a "desconformidade entre a conduta devida (a prestação debitória) e o comportamento observado"*[168] , são raros todavia os casos de não cumprimento ou mora do médico[169].

Obviamente que o médico não se pode obrigar a curar a doença da pessoa, pelas razões anteriormente apontadas[170]. Constituindo um critério geral aquela norma jurídico-penal que diz que "*a intervenção ou tratamento que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrar indicado e for levado, de acordo com as regras da profissão, por médico ou outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se considera ofensa à integridade física*" (art. 144.º CP). Deste modo, a ofensa à integridade física só se verificará, para efeitos do art. 477.º/1 CC, se a intervenção médica ou cirúrgica se fizer em desconformidade com as *leges artis*, poder-se-á, neste caso, falar numa situação de cumprimento defeituoso quer da obrigação principal (obrigação de tratamento), quer dos deveres acessórios que integram a relação contratual destinadas à protecção do doente[171].

Apesar das *leges artis* serem o diapasão da distinção entre a licitude e a ilicitude de uma intervenção médica, é muito difícil conseguir estabelecer uma distinção lapidar entre estas situações[172]. Portanto, o acto ilícito médico pode consistir na violação de qualquer norma legal, regulamentar ou estatutária, que regule as relações entre o médico e o doente ou a inobservância das *leges artis*[173].

Quanto à violação das normas legais e regulamentares, não se apresentam grandes dificuldades, uma vez que tais normas impõem deveres ou proibições concretas sobre certos comportamentos médicos[174]. Mas maiores dificuldades surgem aquando da determinação da violação das *leges artis* sempre que se coloca o problema do *erro médico*, que será melhor

167 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit*., pág. 198.

168 *Idem, ibidem*; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral,* vol. II, pág. 94, 7.ª ed., Edições Almedina.

169 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit*., pág. 198.

170 *Vide supra*, pág. 8.

171 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit*., pág. 198.

172 *Idem*, pág. 200.

173 *Idem,* págs. 200 e 201.

174 *Idem,* pág. 201.

tratado em sede própria[175].

Culpa Médica

A responsabilidade civil do médico baseia-se na culpa (arts. 480.º e 788.º CC). Segundo a lei civil, a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família e tendo em conta as circunstâncias de cada caso (art. 482.º/2 e 788.º CC). Mas este critério do homem médio terá, necessariamente, de ser adaptado no caso da responsabilidade médica (critério do *médico médio*); do mesmo modo, se se tratar de um médico especialista o critério será o do "*especialista normalmente diligente*"[176].

"*A culpa no direito civil é, essencialmente, um conceito ético normativo, no sentido de que o seu parâmetro de apreciação é recortado pela lei, através do recurso à figura do tal homem em abstracto ou* bonus pater familias *e não ético - psicológico com acolhimento no direito penal. Por outras palavras*" – conclui Álvaro Gomes Rodrigues – "*em direito civil a culpa aprecia-se* in abstracto*, enquanto no direito penal tal apreciação é* in concreto."[177]. Mas isto não quer dizer que esta avaliação do direito civil da culpa olvide os elementos concretos e *ficcione* uma "culpa" de modo arbitrário[178]. Pelo contrário, tal como nos é afirmado no art. 480.º/2 CC, a apreciação da culpa é feita tendo em conta as circunstâncias de cada caso[179].

Como se sabe, o CC classifica os factos ilícitos em dolosos ou meramente culposos (art. 477.º/1 CC)[180].

Não abordaremos a actuação dolosa por parte do médico, até porque são raros os casos em que o médico age com *animus nocendi*[181], e porque não cabe no escopo do nosso trabalho.

Assim, analisaremos os casos de negligência, onde surge logo à cabeça o erro médico, que será analisado em ponto próprio[182].

Dano ou Prejuízo

O dano para Antunes Varela, "*é a perda* in natura *que o lesado sofreu, em consequência de um certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar*". Ou seja, é "*a lesão causada no interesse juridicamente tutelado*"[183] da pessoa. Essa lesão, por imperícia ou imprudência do médico, pode gerar

175 *Vide infra*, pág. 40 e ss.

176 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, págs. 205 e 206.

177 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, pág. 206.

178 *Idem, ibidem*.

179 *Idem, ibidem*.

180 *Idem, ibidem*; Antunes Varela, *Das Obrigações..., cit.*, vol. I, pág.569 ss.

181 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, pág. 206.

182 *Vide infra*, pág. 40.

183 Antunes Varela, *Das Obrigações..., cit.*, vol I pág. 598.

danos tanto patrimoniais como não patrimoniais.

Como foi referido anteriormente, admite-se a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais tanto na responsabilidade delitual como na contratual.

O sofrimento doloroso em resultado de uma lesão, os danos estéticos resultantes de cicatrizes ou deformidades irreversíveis, entre outros, podem ser apontados como danos não patrimoniais susceptíveis de ressarcimento *pretium doloris* (os "*danos de relação*")[184].

Os danos patrimoniais são os emergentes (despesas de tratamento, internamento, transporte, etc.) como também os lucros cessantes, ou seja, aquilo que o lesado deixou de beneficiar em resultado da lesão[185].

Feita a distinção deste modo, parece fácil. Todavia, na prática, as lesões advindas da negligência médica não são tão lineares. Isto porque, são grandes as dificuldades em que o doente se encontra que nada têm a ver com actividade médica danosa[186]. Álvaro Gomes Rodrigues aproveita o seguinte exemplo de Álvaro Dias: "*se o doente ficar completamente cego na sequência de uma intervenção cirúrgica negligente, quando antes não via nada de um olho e do outro tinha uma visão de 2/10, o dano produzido deve ser determinado em função da diferença entre a invalidez preexistente e a invalidez total e definitiva actua*l": é a chamada "*teoria da diferença*"[187].

Outra grande dificuldade apontada por Álvaro Gomes Rodrigues, tem a ver com situações em que há cura através de um tratamento negligente mas aquela produz um dano corporal igual ou superior ao mal que se propunha tratar[188].

Álvaro Dias, referido por Álvaro Gomes Rodrigues, defende que, como todo o tratamento contém em si uma dose de risco cujas consequências (boas ou más que sejam) não podem ser separadas, apenas se pode proceder a uma correcta determinação do prejuízo depois da verificação do benefício colhido. Assim, para aquele Autor, "*em situações limite*" sempre que o benefício seja maior que o prejuízo não haverá lugar a qualquer tipo de ressarcimento[189].

Apesar desta posição merecer o apoio de Álvaro Gomes Rodrigues, o Autor não é despiciendo à discutibilidade da dicotomia benefício/dano, uma vez que se poderá sempre proceder judicialmente contra o médico pelos danos sofridos em caso de, por exemplo, intervenções não consentidas livre e esclarecidamente[190].

A maioria dos autores admite a compensação por danos não patrimoniais mesmo em caso de responsabilidade contratual, como se disse atrás. Mas, o critério da redução equitativa consagrado no art. 487.º CC não parece, segundo diz Álvaro Gomes Rodrigues, obter consenso na doutrina, na medida em que consideram incompatíveis com a natureza da responsabilidade contratual. Contudo, no estrito campo do dano não patrimonial, desde

184 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit*., pág. 210.

185 *Idem*, pág. 211.

186 *Idem, ibidem*.

187 *Idem, ibidem*.

188 *Idem, ibidem*.

189 *Idem,* págs. 211 e 212.

190 *Idem,* pág. 212.

que se admita a sua ressarcibilidade no plano da responsabilidade contratual, haverá que permitir o accionamento de tal dispositivo legal, posto que está expressamente previsto no art. 489.º/3 CC[191].

Outro problema é o da determinação do dano como *condição de certeza*, uma vez que há danos actuais susceptíveis de evolução futura (como no caso de lesões em crianças) e por outro, poderão surgir complicações imprevisíveis ou até previsíveis em consequência de uma intervenção negligente.

Tendo em conta esta dificuldade, os defensores da teoria do cúmulo das responsabilidades, invocam a dificuldade criada pelo prazo de prescrição da responsabilidade extracontratual que é de três anos (art. 49.º/1 CC)[192].

Para Álvaro Gomes Rodrigues, que segue a opinião de Almeida Costa no que concerne à teoria da consumpção, esta dificuldade será mais uma razão de ordem pragmática, para considerar a natureza contratual da responsabilidade médica, embora note que o prazo para a prescrição só começa a decorrer a partir da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete (art. 491.º/1 CC).

Mas, segundo Pires de Lima e Antunes Varela, no seu Código Anotado, "*são dois os prazos estabelecidos no número 1* [do art. 491.º CC de Macau]. *Logo que o lesado tenha conhecimento do direito à indemnização, começa a contar-se o prazo de três anos. Desde o dano começa porém, a correr o prazo ordinário, ou seja o de vinte anos* [quinze em Macau]."[193].

O Nexo de Causalidade

Tudo o que ocorre na vida tem de ter uma causa. E, no direito, sobretudo em responsabilidade civil, para o apuramento desta, tem sempre de haver um facto que dê causa a uma lesão; tem de haver algo que gera um dano (*causa debet praecedere effectum*). É a chamada teoria do nexo de causalidade.

Todavia, é tão vasto o lastro do conceito da causalidade (como muito bem o nota Manuel de Andrade nas suas lições de Teoria Geral das Obrigações, constitui um excelente exemplo de escola[194]), que se torna insuficiente e, até difícil, a determinação dos responsáveis concretos do

191 *Idem, ibidem*.

192 *Idem*, pág. 213.

193 *Idem, ibidem;* Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, pág. 503, 4.ª ed., Coimbra Editora.

194 Andrade, Manuel A. Domingues de, Teoria Geral..., cit., pág. 354, o Autor dá-nos o seguinte exemplo: "... um homem que se dá mal com a sua mulher, sem que todavia as suas desinteligências com ela o autorizem a pedir o divórcio, vem para casa bastante alcoolizado. A mulher exprobra-lhe o estado em que aparece. Então o homem exalta-se, puxa de um revólver e dispara sobre ela, ferindo-a.
A mulher faz-se tratar por um curandeiro e morre, quando se teria salvo se fosse tratada por um médico capaz. Qual é a causa de morte? Na linguagem usual podem ser indicadas várias causas, conforme as preocupações particulares da pessoa a quem se ponha a questão. Um reformador social dirá: a causa da morte foi a falta de uma boa lei do divórcio; um apóstolo do anti-alcoolismo: foram as bebidas alcoólicas; um pacifista; foi o não estar eficazmente proibido o uso de armas de fogo; um representante dos interesses da classe médica: foi o curandeiro. E em todas estas respostas o emprego do termo causa está conforme aos usos correntes."

dano.

São várias as teorias que discorrem acerca do nexo de causalidade, sendo impraticável e completamente lateral ao trabalho em mãos descrevê-las com profundidade. Apenas enunciaremos, com Álvaro Gomes Rodrigues[195], as três principais doutrinas que gravitam em torno desta noção.

A primeira teoria é a da *conditio sine qua non*, que considera o dano como qualquer acontecimento, produto de uma miríade de factores que decorrem tanto da acção como da omissão do homem e que, para produção do resultado, se cada um desses factores forem idóneos à produção do resultado deve ser considerado como sendo a causa. Esta teoria é atribuída a dois autores, Von Buri e Glaser.

A segunda tem a ver com as *teorias selectivas*, que são, entre outras, a doutrina da última condição ou de causa próxima "*injure non remota, sed proxima causa spectatur*" segundo a qual a causa seria o evento causal mais próximo do dano, postulada por Bacon.

Por último, temos a teoria da *causalidade adequada* segundo a qual a causa de um dano é a condição necessária (causal), mas na qual também se exige que, em abstracto, se mostre adequada a produzi-lo. Ou seja, tem de se fazer um juízo de prognose póstuma, não só às circunstâncias cognoscíveis à data da produção do facto, por um *bonus pater familias*, como às realidades que são conhecidas do agente[196].

O CC de Macau, tal como o CC português, adoptou esta última teoria proposta por Von Kries, estando consagrada no seu art. 557.º [197].

Mas, como adverte Álvaro Gomes Rodrigues, não se pode confundir a idoneidade para a produção de um evento com a sua previsibilidade, uma vez que esta releva no âmbito da culpa e, assim sendo, se o médico agiu em desconformidade com a *leges artis* não previu, por descuido ou negligência o resultado danoso da sua conduta, sendo, pois, o médico considerado culpado. Deste modo, no plano teórico, não parece ser difícil a imputação do dano à actuação do médico. Mas, bem diferente e mais difícil, é no plano prático[198].

É muito difícil estabelecer-se um correcto nexo de causalidade no caso da responsabilidade médica, na medida em que entram em jogo uma série de factores exógenos (qualidade sanitária das instalações médicas, entre outros) e endógenos (como, por exemplo, a própria condição física e mental do doente) que estão completamente fora das mãos do médico, fazendo com que muitas vezes os próprios relatórios médicos sejam inconclusivos[199]. E, conforme escreve Álvaro Gomes Rodrigues, se se acrescentar a isso a doutrina e a "*considerável jurisprudência*" que defendem que a obrigação contratual médica é uma obrigação de meios colocando o ónus da prova sobre o doente mais difícil se torna a possibilidade de sucesso de uma acção indemnizatória em sede de responsabilidade civil[200].

Ora, conscientes destas dificuldades tanto a doutrina como a jurisprudência estrangeiras, têm,

195 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, págs. 214 e 215.

196 *Idem*, pág. 215; Almeida Costa, *op. cit.*, pág. 665.

197 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, pág. 215; Pires de Lima e Antunes Varela, *op. cit.*, pág. 578.

198 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, pág. 215.

199 *Idem,* pág. 216.

200 *Idem, ibidem*.

segundo o já muitas vezes citado Álvaro Gomes Rodrigues, buscado novas formas de atenuar essas dificuldades de prova ao nível do nexo causal entre o acto ilícito e o dano[201]. Entre estas doutrinas têm surgido a "*perda de Chance na recuperação*" ou "*Perte de chance de Guérison ou de survie*", teoria de cunho objectivista que, através de uma fórmula de compromisso, permite a possibilidade de se obter um ressarcimento, ainda que de forma parcial, do dano sofrido pelo doente, mesmo que não provado de forma categórica o nexo causal; outras doutrinas, por sua vez, defendem um alargamento da responsabilidade objectiva[202]. A teoria, que tem ganho adeptos, que é a "*res ipsa loquitour*" ("*a coisa fala por si própria*"), que consiste em, perante a morte do doente ou o agravamento da sua condição, presumir a negligência médica, invertendo-se o ónus da prova para o médico, falando-se, por conseguinte, no "*direito de evidência circunstancial*"[203].

5. Inadmissibilidade ou Admissibilidade da Exclusão da Responsabilidade por Parte do Médico?

Resta-nos apenas referir acerca da possibilidade ou não do médico se poder eximir da responsabilidade *tout court*.

A esta resposta teremos de dar um rotundo não, pois, se não o fizéssemos estaríamos a violar a norma disposta no art. 798.º/1 CC, pois o credor (o doente) não pode renunciar antecipadamente quaisquer direitos que lhe são facultados sob pena de ser considerada nula. Todavia a última parte do número 1 do mesmo artigo reserva uma excepção a este clausulado remetendo-nos para o número 2 do art. 789.º, que estipula que a responsabilidade "*pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública*". Segundo Moitinho de Almeida, é praticamente unânime entre a doutrina e jurisprudência que "*as regras profissionais cuja observância é necessária para a protecção da vida ou da integridade física de terceiros, devem ser consideradas normas de ordem pública para o efeito de, caso sejam violadas, se tornar inoperante a exclusão da responsabilidade*"[204]. Tratando-se, neste caso, de direitos indisponíveis (integridade física e direito à vida) que estão consagrados na Lei Básica, no art. 30, nos arts. 60.º, 69.º, 70.º e 71.º CC e, igualmente, nos Pactos Internacionais de protecção dos Direitos do Homem, que estão em vigor em Macau, percebe-se bem porque é que qualquer exclusão de responsabilidade ou qualquer renúncia a estes direitos seria posta em causa pelo próprio ordenamento jurídico de Macau.

201 *Idem, ibidem*.

202 *Idem*, págs. 217 a 219; para se obter um mais aprofundado conhecimento sobre esta matéria, vide, Pedro, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil..., op. cit.*, nomeadamente, págs. 170 e ss; Gonçalves, Carla, *A responsabilidade médica objectiva, in* Responsabilidade Civil dos médicos (Integrado no projecto de investigação bianual Responsabilidade Civil dos Médicos), Coimbra Editora, 2005.

203 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, pág. 220.

204 Moitinho de Almeida, *A responsabilidade civil do Médico e o seu seguro,* pág. 347, Scientia Iuridica, Tomo XXXI, 1974, *apud* Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, pág. 221.

No caso dos médicos e das instituições hospitalares, segundo Álvaro Gomes Rodrigues, há bastante tempo que se tem vindo a considerar nula qualquer cláusula de limitação ou exoneração de responsabilidade advindas do exercício da actividade médica, um vez que, segundo Pinto Monteiro, *apud* Álvaro Gomes Rodrigues "[s]*ão deveres de ordem pública aqueles que, em regra, o médico está adstrito – tanto relativamente aos cuidados que lhe são exigíveis, como à actualização do seus conhecimentos e à aplicação dos meios técnicos auxiliares de acordo com a evolução registada pela ciência médica, maxime tratando-se de um especialista – não podendo antecipadamente isentar-se da responsabilidade em que incorrerá, emergente v. g., de deficientes juízos diagnóstico, de prescrição de tratamento errado ou inadequado, ou de qualquer descuido ou atitude negligente em intervenções cirúrgicas*."[205].

Apesar de Pinto Monteiro relevar o facto da obrigação do médico ser uma obrigação de meios, não estando obrigado a mais do que, simplesmente, pôr em prática os seus conhecimentos e perícia em respeito às *leges artis* de modo a curar o doente – mas sem se comprometer a tal desiderato – o autor considera que mesmo assim não pode haver qualquer cláusula limitativa ou exoneratória da responsabilidade uma vez que estão em causa os valores como "*a vida, saúde integridade humana – cujo respeito e protecção decorre de princípios fundamentais de ordem pública, não podendo o médico beneficiar de qualquer cláusula hipoteticamente aceite pelo doente*". O que, segundo Álvaro Gomes Rodrigues, é posição unanimemente aceite[206].

6.0 Erro Médico

Em 2000 um relatório publicado pelo Instituto de Medicina norte-americano, indica que o erro em medicina tem sido uma das principais causas de morte nos últimos anos (superando até o número de vítimas causadas pelo SIDA, ou acidentes de viação, entre outros), tendo-se tornado lugar comum a expressão "*epidemia do erro*"[207].

Perante tais constatações, começou-se a pensar em formas de tentar minorar e antecipar estas situações.

Segundo o entendimento actual acerca do modo de compreender a ocorrência do erro em medicina, tem de se ter em conta, segundo Sónia Fidalgo, duas perspectivas: a do "*indivíduo"* e a da "*organização onde o médico actua*"[208].

A perspectiva tradicional do erro médico procurava identificar e punir a pessoa que errou e descobrir as razões próximas que o levaram ao erro e encontrar os meios técnicos indicados para

205 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, pág. 223, cintando, António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, pág. 809, Coimbra, 1985.

206 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, pág. 223.

207 Fidalgo, Sónia, *Responsabilidade penal por negligência.., op. cit...*, págs. 24 e 25; segundo este relatório norte-americano, morrem todos os anos entre 44.000 e 98.000 pessoas nos Estados Unidos da América em consequência de erros cometidos durante o tratamento. Tal significa que morrem mais pessoas por esta razão do que por acidentes de viação, SIDA ou cancro da mama, Kohn, L.T. / J.M. Corrigan / M.S. Donaldson, *To err is human. Building a safer health system*, pág. 26, Washington DC: National Academy Press, 2000.

208 Fidalgo, Sónia, *op. cit.*, pág. 25.

remediar o dano[209].

Mas, ao mesmo tempo que o erro médico origina um dano para o doente (incapacidade física ou psicológica, eventualmente permanente ou, até, a morte), também é infausto para o médico na medida em que se vê envolvido num processo judicial e, quiçá, penal. E, na verdade, segundo Sónia Fidalgo, muitos erros médicos são consequências de *falhas organizacionais* no âmbito das quais os médicos exercem a sua profissão[210].

A propósito destas falhas organizacionais Sónia Fidalgo escreve o seguinte acerca do que é conhecido como "*modelo do queijo suíço*": "*num sistema complexo, quando uma trajectória de erro se alinha devido à coincidência de actos pouco seguros (erros humanos e violações) e de falhas latentes do sistema (aparelhos complexos, desenho desadequado do sistema, decisões erradas tomadas a montante) e sempre que neste alinhamento de trajectória as defesas pré-estabelecidas (por exemplo, protocolos de actuação em caso de complicações pouco usuais) não conseguem barrar a trajectória, esta consegue passar por todos os buracos do queijo e o acidente acontece*"[211].

Ora, actualmente, a avaliação dos erros médicos já não se preocupa apenas em identificar o causador do dano, mas também em identificar o que é que correu mal ao longo de todo o processo. Não faz sentido responsabilizar unicamente o "*homem da pistola fumegante*"[212].

Além disso, como diz Ebhard Schmidt, "*todo o erro, cometido por um médico durante a assistência a um doente, deve ser aqui abordado como sendo um "*erro profissional""[213] . Deste modo, o erro médico será sempre entendido como uma falha profissional, isto é, será sempre considerado como um erro do ponto de vista *técnico*, um "*defeito de aplicação dos métodos técnicas e procedimentos nas distintas fases da actuação do médico (técnica exploratória, diagnóstico, prognóstico, realização do tratamento)*"[214].

Vaz Rodrigues escreve que o erro "*consiste num desacerto entre o conhecimento (aqui incluído a vontade e a diligência) e a acção, ou omissão, com eventuais consequências*"[215].

Germano Marques da Silva considera que o erro médico advém de uma conduta profissional inadequada devido à utilização incorrecta de técnica ou terapia que resultam em lesão do doente, acrescentando também que, é necessário distinguir o "*erro médico culposo" do "erro médico resultante de acidente imprevisível*" fruto de um qualquer imponderável susceptível de ser previsto ou evitado. Este autor acrescenta igualmente, que não é erro "*o resultado incontornável, isto é, o que decorrer da situação incontornável de curso inexorável quando até ao momento da*

209 *Idem, ibidem*.

210 *Idem, ibidem*.

211 *Idem*, pág. 26.

212 *Idem,* pág. 27.

213 Eberhard Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, pág. 138, Leipzig, 1939, *apud,* Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade Médica..., cit.*, pág. 287;

214 C.M. Romeo Casabona, *El Médico ante el Derecho* (*la responsabilidad penal y civil del médico*) pág. 79, 3ª reimp., Ed. Min. San.Y Consumo, Madrid, 1990, *apud*, Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *op. cit.*, pág. 288.

215 Vaz Rodrigues, *Onde erra o médico*, pág. 54, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 29, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, Lisboa, Nov./Dez., 2003, *apud*, Gonçalves, Carla, *Sistemas Alternativos de Responsabilidade Médica* (texto escrito em português do Brasil), pág. 136, nota n.º 3, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, N.º 19, Ano IX, 2005.

ocorrência a ciência médica e a competência profissionais não dispõem de soluções"[216].

Assim, o erro médico não supõe uma valoração jurídica, pois aqui apenas se faz uma comprovação fáctica de que um determinado acto cirúrgico ou clínico não está correcto do ponto de vista técnico[217], pois, como lembra Carla Gonçalves, antiga docente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, o erro não gera *per si* uma reacção do direito[218].

Como nota Álvaro Gomes Rodrigues, nem todo o erro médico resulta necessariamente de uma violação (dolosa ou negligente) das *leges artis*, uma vez que o médico pode ter seguido com toda a diligência as leis da arte e, no decurso de uma intervenção, por exemplo, cirúrgica em que houver uma lesão de um nervo facial ao ser retirado ao doente um tumor na parótida. Nem poderá haver erro médico, se este se desviar dos padrões de terapia médica para uma determinada doença e ser bem sucedido[219].

Segundo o Autor, o importante será saber se, dentro da liberdade de escolha de tratamento, haverá ou não erro médico se for desrespeitada a *communis opionio* para determinada técnica ou procedimento; acrescente-se, também, que não é considerado erro se o médico emprega todos os meios ao seu alcance mas sem sucesso[220].

Porém, no entendimento de Carla Gonçalves, a própria noção de erro está sujeita a interpretações diferentes, além de que, em matéria de responsabilidade civil, tendo em conta a regra geral da responsabilidade subjectiva, faria muito mais sentido, na opinião da Professora, falar-se em *culpa* do que em *erro*. Mas, apesar disso, a Autora é de opinião que o *erro médico* deverá ser considerada autonomamente por dois motivos: o facto do *erro* poder existir sem haver culpa (*erros* estes que a Professora designa por "*erro escusável*" ou "*desculpável*", que são definidos por Ana Prata como sendo aquele "*em que incorre uma pessoa, não obstante ter actuado diligentemente; é, pois, o erro invencível com um grau médio de diligência e inteligência*); o segundo motivo reside no facto de ser ténue a linha que separa a culpa do erro, tendo os juízes, deste modo, "*uma certa flexibilidade no momento de julgar os médicos*"[221].

Para Sónia Fidalgo, os "*erros*", na senda dos Autores acima referidos, não são cometidos de forma deliberada: é um risco inerente em qualquer actividade que o Homem pratique. Estes *erros*, são, nos termos da Autora citada, os "*erros honestos*"[222] (ou "*erro desculpável*", nas palavras de Carla Gonçalves).

Sónia Fidalgo faz a distinção entre "*erro humano*" e "*violação*"[223].

Os erros, por outro lado, podem ser subdivididos em "*faltas*", ou "*lapsos*", e "*enganos*".

216 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade Médica..., cit.*, pág. 291, citando J. Germano de Sousa, *Negligência e Erro Médico*, págs. 12 a 14, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 6, 1999.

217 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade Médica..., cit.*, pág. 288.

218 Gonçalves, Carla, *op., cit.*, BFDUM, pág. 137.

219 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade Médica..., cit.*, pág. 289.

220 *Idem, ibidem*.

221 Gonçalves, Carla, *op. cit.*, pág. 136, nota 3; Prata, Ana, com a col. de Jorge Carvalho, *Dicionário Jurídico*, pág. 603, 5.ª ed. (actual. e aumentada), Almedina, Coimbra, Janeiro, 2008.

222 Fidalgo, Sónia, *op. cit.*, pág. 28; as várias classificações, segundo Sónia Fidalgo, pensadas para avaliação e compreensão do erro variam segundo o ponto de vista dos seus autores, embora muitas vezes, segundo a Autora, acabem por não divergir substancialmente uma das outras.

223 *Idem, ibidem*.

Os primeiros (que podem ser considerados como "*erros de destreza*") surgem, segundo a Autora, quando a pessoa sabe o que vai fazer e tenciona agir correctamente, mas acaba por se não verificar o resultado esperado e advêm, em regra, de falhas de atenção, sendo frequente, segundo a mesma, em pessoas especializadas, no âmbito do exercício mecânico de várias tarefas. Acontecendo, por exemplo, quando o erro do auxiliar a quem o cirurgião pede para cortar uma linha de sutura e, sem querer, corta um fio do pace-maker ao lado. Mas este lapso momentâneo de concentração não quer dizer necessariamente que se tenha agido sem cuidado, ela é natural depois de um longo período de concentração e natural cansaço[224].

Por outro lado, o *engano* "*corresponde a uma deficiência de julgamento ou desenvolvimento de uma estratégia*". No engano, o agente age como tinha planeado mas, como tomou a decisão errada o resultado será, naturalmente, errado[225].

São causas do engano, entre outras, o conhecimento geral ou experiência insuficientes, falha de memória ou informação incompleta. Nestes casos pode-se enquadrar a situação do médico-cirurgião em internato que, fazendo uma operação sozinho, se depara com uma situação inesperada que não reconhece, por falta de informação ou inexperiência e, depois de ponderar sobre o caso, toma uma decisão que pensa ser a correcta, mas que, na realidade, se revela infausta[226].

Assim, os enganos podem surgir da aplicação das regras ou de erros relacionados com o conhecimento. O primeiro advém da realização de que no caso houve uma tergiversão ao plano inicial e, "*fazendo actuar o princípio da inércia*", a melhor solução será a de "jogar pelo seguro" e optar por uma conduta em que, por experiência, se tenha obtido uma solução em situação semelhante. Todavia, ao recorrer-se a essa conduta, na prática, o resultado acaba por ser inadequado ao caso em concreto, porque, precisamente, o pressuposto inicial teve como origem num pressuposto falacioso[227].

O segundo tipo de engano, o relativo ao conhecimento, surge quando a pessoa se apercebe da existência de um problema e reconhece que não consegue resolvê-lo através da aplicação de uma regra pré-estabelecida e, após o diagnóstico do novo problema e de ter ponderado bem acerca daquela nova ocorrência, o médico tem de decidir como deve agir. Da escolha das alternativas disponíveis, e tendo em conta o tipo de técnicas envolvidas, o médico deve optar por aquela que tenha obtido maior hipótese de sucesso[228].

Para Sónia Fidalgo "[q]*uanto maior é a experiência do médico, mais frequente se torna o recurso a práticas automáticas e a regras que se sabe terem resultado em casos anteriores. Por este motivo, os erros de destreza e os erros resultantes da aplicação de regras são mais comuns nos médicos de maior experiência. Os médicos com menor experiência, por se sentirem menos seguros, manifestam menos falhas de atenção, realizam exames mais completos e requerem mais exames complementares. No entanto, por terem menos conhecimentos e menos experiência* [e, acrescentamos nós, por ainda não terem o *olho clínico* "maduro"], *os médicos mais novos apresentam mais dificuldades em resolver situações em que não possam mobilizar uma regra*

224 Fidalgo, Sónia, *op. cit.*, pág. 28.

225 *Idem*, pág. 29.

226 *Idem, ibidem*.

227 *Idem, ibidem*.

228 *Idem*, págs. 29 e 30.

pré-disponível, estando consequentemente, mais sujeitos aos erros de conhecimento."[229].

Por outro lado, Álvaro Gomes Rodrigues (segundo Novah Moraes), afirma que ainda se deve distinguir o erro médico *stricto sensu* do *acidente* e da *complicação*[230].

O *acidente* segundo estes Autores consiste numa ocorrência infausta não esperada mas previsível, como as intercorrências que acontecem, tanto no processo de diagnóstico como no terapêutico, como são os casos de acidentes radiológicos, anestésicos ou cirúrgicos. Por outro lado, como lembra Carla Gonçalves em nota de rodapé, este termo não está isento de interpretações e de debate, uma vez que, Santiago Segura, citado pela Autora, define o *acidente médico* como sendo um acontecimento inesperado, principalmente de carácter nocivo, que complica o decurso natural de uma doença, sem ser por causa dela, ou surge inesperadamente durante uma operação cirúrgica[231]. Neste caso, não parece acentuar-se a ideia de culpa, ao contrário da definição do termo apresentado por Novah de Moraes. Vê-se que, quanto a este ponto, a doutrina divide-se, notando a Autora, por outro lado, que o *acidente*, por vezes tem uma acepção mais restritiva, como sejam as situações lesivas advindas, independentemente da culpa; mas, noutras vezes, este termo surge englobando acções culposas e não-culposas[232].

A *complicação* deriva do aparecimento de uma nova condição mórbida no desenvolvimento de uma doença, por causa ou não desta, como é o caso de um doente que tendo sido sujeito ao tratamento de uma gangrena, sofre um enfarte do miocárdio no dia da alta hospitalar.

Mesmo assim, lembra Álvaro Gomes Rodrigues, não se deve esquecer que, por detrás destes actos, pode estar subjacente um erro em sentido próprio, seja ele de percepção ou de execução[233].

O erro, no plano da responsabilidade civil, faz parte da negligência, que, por sua vez, se situa no âmbito da culpa[234].

Para a maior parte da doutrina especializada, segundo Álvaro Gomes Rodrigues, existem dois tipos de erro, o "*erro de diagnóstico*" e o "*erro de terapêutica*"[235].

Como foi referido anteriormente, o diagnóstico consiste, genericamente, na determinação da doença ou lesão que a pessoa tenha[236].

Do ponto de vista do Direito, o diagnóstico, não será o critério mais fiável para se responsabilizar o médico na medida em que o diagnóstico não é um ponto de partida exacto para a determinação em concreto da responsabilidade deste, conforme, aliás, vimos antes[237]. De facto como nota Javier Costales, para além da preparação académica, em muitas situações é necessária perspicácia na interpretação do que se vai observando, ou seja, às vezes é necessário ter "*olho clínico*" – algo que só se treina e apura ao longo de muitos anos de prática. Deste

229 *Idem*, pág. 30.

230 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade ..., cit.*, págs. 297 e 298.

231 Gonçalves, Carla, *Sistemas..., cit.*, pág. 135, nota 1; a Autora ressalta, na nota de rodapé que ao utilizar a expressão *acidente médico*, tem o intuito de evitar "*juízos de valor negativos acerca da conduta do profissional da medicina, muito embora reconheçamos que a negligência médica possa também estar aí incluída*".

232 Gonçalves, Carla, *Sistemas..., cit.*, pág. 136 em continuação da nota1.

233 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade..., cit.*, pág. 298.

234 Idem, *Reflexões..., cit.*, pág. 206.

235 Idem, ibidem; Costales, Javier, *Responsabilidad..., cit.*, pág. 115 e ss e 199 ss.

236 *Vide supra*.

237 *Vide supra*, pág. 30 a 31.

modo, determinar a responsabilidade médica com base em erro de diagnóstico é muito difícil, uma vez que se entra em domínio técnico que o Direito não se encontra apto a aduzir um juízo lapidar. Por outro lado, tem de se ter em conta as circunstâncias que rodeiam o médico aquando da produção de um diagnóstico, pois, como exemplifica o Autor, um médico rural não terá as mesmas condições técnicas e de instalações que um médico de cidade, ou um médico que terminou recentemente o internato face a um médico com muitos anos de experiência. O erro, aqui, terá de ser graduado conforme as reais circunstâncias pessoais do médico e do meio em que exerce[238].

No mesmo sentido, nota A. H. Gaspar, citado por Álvaro Gomes Rodrigues, aquando da apreciação do "*erro ou falha, não se poderá atender a critérios positivamente fixados, que nem existem. Sendo o diagnóstico uma simples hipótese, uma mera probabilidade, só uma ignorância indesculpável ou o esquecimento das mais elementares regras profissionais, que se revelem de modo evidente, poderão determinar a responsabilização por erro de diagnóstico*"[239].

Portanto, sempre que seja seguido um tipo de diagnóstico, ou exames laboratoriais e outros auxiliares de diagnóstico usados, que sejam também utilizados ou seguidos frequentemente por outros médicos, não se deve admitir a responsabilidade médica por erro de diagnóstico, segundo escreve Álvaro Gomes Rodrigues[240].

O mesmo critério segue a maioria da doutrina quanto ao erro de terapêutica, uma vez que, como nos relembra aquele Autor, tem de se ter sempre em conta que o médico não tem por fim a cura do doente, mas sim "*prestar-lhe todo o tratamento necessário em demanda dessa cura*"[241]. Além disso, o médico tem liberdade de escolha no tratamento a administrar ao doente (isto, segundo o art. 32.º/2 do Código de Deontologia da Ordem dos Médicos de Portugal e art. 30.º do Código de Deontologia Médica de Espanha) consoante o resultado do diagnóstico deste e desde que seja considerado pelo médico um tratamento mais eficaz na procura da cura do doente. Todavia, esta liberdade de escolha de tratamento não é absoluta em Portugal: pelo contrário, o art. 30.º do C.D.M. espanhol, dispõe que "[o] Médico deve ter a liberdade *absoluta* [itálico do Autor] para prescrever tudo aquilo que considere mais apropriado tendo em conta as circunstâncias a fim de determinar o diagnóstico ou encontrar a terapia mais adequada[242]. Sem embargo de algumas limitações legais e as constantes no C.D.M. espanhol, segundo Javier Costales[243]. Coisa que, o próprio C.D.O.M. português, na parte final do nº. 2 do art. 32.º establece limites a essa liberdade ao dizer expressamente que o médico se deve abster de prescrever desnecessariamente exames ou tratamentos onerosos, ou de realizar actos médicos supérfluos.

É pertinente referir, ainda, como é que o sistema russo trata da questão do erro médico.

No ordenamento russo o conceito de erro médico ainda, tal como em outros ordenamentos, não é claro, existindo, divergências entre o que os médicos consideram como sendo erro médico

238 Costales, Javier, *Responsabilidad..., cit.*, pág. 116.

239 António Henriques Gaspar, A Responsabilidade Civil do Médico, pág. 347, *in* Col Jur., ano III, 1978, *apud*, Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., cit.*, pág. 207.

240 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., op. cit.*, pág. 208.

241 *Idem, ibidem*.

242 Tradução nossa.

243 Costales, Javier, *Responsabilidad..., cit.*, pág. 120.

e o que os juristas defendem da interpretação deste.

Segundo Eric Maîtrepierre, os conceitos existentes no Ordenamento Jurídico russo, deram-se pelas mãos dos médicos[244].

Tradicionalmente, segundo o Autor, o erro médico era considerado como sendo um "*facto não ofensivo que levava a um prejuízo na preparação do relatório consciencioso do médico, no que toca às suas obrigações*". Apesar da sua existência como conceito legal seja controversa, juristas houve que adoptaram uma definição legal de erro médico[245].

Assim, o erro médico deve corresponder a uma "*incorrecta conduta do médico, tendo como fundamento o desconhecimento de elementos científicos e de métodos e protocolos médicos, ou resultante de um desenvolvimento atípico da doença, ou a formação insuficiente do médico, se, nestas condições, não surgirem elementos de descuido, desatenção ou ignorância médica*."[246]

A definição mais utilizada de erro médico, hoje em dia, é atribuída a I. Davidovski que diz o seguinte "[o] *erro médico é o resultado da incorrecta aplicação da boa fé do médico na execução das suas obrigações profissionais. A diferença essencial do erro médico, em relação a outras deficiências na realização de cuidados médicos, reside na exclusão de actos criminais premeditados, o descuido, desatenção e a ignorância*."[247]

Segundo, Maîtrepierre, V. Akapov recusa considerar o erro médico como um conceito legal, tanto que não existe o termo no Código Penal da Federação Russa.

Por outro lado, "*o erro médico é caracterizado pela ausência de qualquer tipo de erro, a presença de um prejuízo causado à vida ou à saúde e um comportamento ilegal. Isto é, a actuação do médico foi exacta, adequada e oportuna relativamente ao diagnóstico que estabeleceu, mas mostrou ser errado devido à incorrecta aplicação da sua boa fé*"[248].

Segundo o Comentário ao Código Penal da Federação Russa, define-se o erro como sendo "*uma incorrecta aplicação no que concerne às circunstância do facto ou ao significado da lei*" e considerando o erro médico como uma causa de exclusão da responsabilidade, esta não serve, segundo Maîtrepierre, uma vez que os dois tipos de erro são determinados pela consciência da pessoa, ou seja, é um acto premeditado, o que não se presta à interpretação do erro médico dada acima. Como tal, diz o Autor, o erro médico não é considerado como sendo uma infracção, porque a responsabilidade objectiva não é admitida[249].

Assim, para os juristas russos, o erro médico deve ser controlado, não pela lei, mas por normas de ética, e o prejuízo causado à vida ou à saúde, em consequência de um erro médico, tem de ser alvo de discussão em conferências médicas de modo a serem debeladas no futuro. Como nota o Autor, a vasta utilização do conceito de erro em medicina, afasta uma série de actos disconformes à lei. Por outro lado, alguns juristas consideram que todo o erro médico corresponde à negligência, tendo, neste sentido, proposto a introdução do erro médico no Código

244 Maîtrepierre, Eric, *A Responsabilidade Médica*, pág. 173 e ss, in Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo II, versão portuguesa, Dezembro de 2007.

245 *Idem*, pág. 174.

246 *Idem, ibidem*.

247 I. Davidovski*, apud,* Maîtrepierre, Eric, *op. cit*., pág. 174.

248 Maîtrepierre, Eric, *op. cit*., págs. 174 e 175.

249 *Idem*, pág. 176.

Civil russo[250].

O erro, segundo Maîtrepierre, é usado pelos "*médicos honestos*" como fonte de partilha de conhecimento, ou seja, os médicos não escondem os seus erros, pelo contrário, aproveitam-nos para debater com os colegas, porque entendem que cada um aprende com os seus erros e que os mesmos podem servir como meio de prevenção das deficiências dos cuidados médicos[251].

*

Ainda nesta matéria de responsabilidade, convém voltar a reflectir sobre algumas questões que não foram abordadas com devida profundidade, nomeadamente no que toca à culpa, sobretudo, em matéria do ónus da prova de culpa em matéria de responsabilidade.

Ora, em matéria de responsabilidade extracontratual a lei determina o ónus da prova ao lesado (art. 480.º/1 CC). Por outro lado, em matéria contratual, o ónus cabe ao devedor inadimplente (art. 788.º CC).

Vimos anteriormente que a jurisprudência francesa[252] acolheu a noção de obrigação de meios e obrigação de resultados, afirmando que a obrigação do médico é uma de meios, acabando por haver uma inversão do ónus da prova cabendo ao credor/lesado a sua prova.

Ora, é sabido que a maior parte dos profissionais médicos actua com a necessária diligência e zelo, podendo até "*considerar vexatória e ofensiva a presunção de culpa de tal profissional*"[253]. Mas igualmente é certo que, na grande maioria dos casos, é difícil ao doente lesado provar que o médico não agiu com a diligência requerida, até porque - e principalmente – o doente é um leigo!

Como tal, a discordância de Álvaro Gomes Rodrigues, quando se refere à posição adoptada por Teixeira de Sousa, parece-nos merecer a nossa concordância quando este Autor escreve o seguinte:

"*Essa presunção de culpa do devedor não se justifica na área da responsabilidade médica.*

Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregado, através de repartição do ónus de prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual. Apesar do concurso entre responsabilidade contratual e extracontratual, o ónus da prova de culpa do médico determina-se exclusivamente pelo regime daquela responsabilidade delitual pelo que este último absorve a inversão característica da responsabilidade contratual."[254]

Tal como Álvaro Cunha Rodrigues, não conseguimos vislumbrar qualquer justificação de monta para abrir uma excepção à presunção de culpa estabelecido no art. 788.º CC, quer se entenda que a obrigação contratual do médico é uma obrigação de meios quer se entenda que a mesma é uma obrigação de resultado. Pois, segundo Álvaro Cunha Rodrigues, o "*ónus da prova de diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso.*"[255]

250 *Idem, ibidem*.

251 *Idem*, pág. 176.

252 *Vide supra*, págs. 18 e ss.

253 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., op. cit.*, pág. 208

254 Miguel Teixeira de Sousa, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica, in* Direito da Saúde à Bioética, pág. 137, AAFDL, 1996, *apud*, Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., op. cit.,* pág. 209.

255 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., op. cit.*, pág. 209, assim deverá ser, segundo o Autor (em nota de rodapé), pelo menos nos casos em que o efeito da actuação do médico seja incompatível com as consequências de uma

Por outro lado, dizem Antunes Varela e Pires de Lima, no Código Civil Anotado, quando se dedicam à análise deste preceito (em Portugal, a norma equivalente ao art. 788.º CC de Macau encontra-se no art. 799.º CC português), nomeadamente, no ponto 2 da apreciação deste artigo, em que procedem à análise do n.º 2 do art. 799.º CCP (788.º/2 CCM), estabelecendo que a "*culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil*", que resolve o problema da apreciação da culpa, na qual a posição do Código pendeu para a apreciação desta *in abstracto*, tal como acontece no caso da apreciação da culpa na responsabilidade aquiliana[256]. Posição esta a que os autores se opõem, preferindo a tese da culpa "como erro de conduta (*envolvendo também a falta de perícia, de aptidão ou de conhecimento) e não como uma simples deficiência da vontade (falta de zelo ou de empenho) na realização da prestação devida*"[257]. Isto, pelo simples facto de que "*não seria justo*" que a ineptidão, a imperícia, a incompetência, etc., em vez de colocar o ónus sobre do agente que deu causa ao dano, coloque, antes pelo contrário, esse ónus sobre os ombros da vítima (esta afirmação, apesar de ser relativa à responsabilidade extracontratual, adapta-se perfeitamente à responsabilidade contratual, segundo afirmam os Autores[258]).

Com isto não se está a querer dizer que se deve sancionar o agente, como acontece no Direito Penal, mas sim que, em sede de responsabilidade civil, se trata de uma questão de *justiça comutativa*, no sentido de se saber se será mais justo que quem suporte o dano seja, neste caso, o titular do direito lesado, se o autor do facto ilícito[259].

Por outro lado, segundo Antunes Varela, trata-se de uma solução mais "*educativa ou pedagógica*", da perspectiva do indivíduo e que favorece as exigências de segurança social, assim como os interesses gerais da contratação e do comércio jurídico[260]. Esta solução é, para o Autor, uma forma de incentivar as pessoas no exercício da sua actividade profissional, para que tentem "*corrigir as suas deficiência naturais ou a sua falta de competência*", na medida do possível, para, desta forma, se aproximarem o mais possível do *bonus pater familias*, que o nosso ordenamento tem como pedra de toque nas suas exigências[261].

Mas Antunes Varela ressalva que a noção de culpa, definida pelo critério das possibilidades individuais, não deve levar o julgador a exigir da pessoa "*um esforço superior às suas forças, impondo-lhe um dever que ele é naturalmente incapaz de cumprir, e consagrando aqui, como* Nipperdey *afirma, não uma culpa, mas uma* criptoculpa", reconhecendo o Autor que não é fácil definir em concreto o limite máximo das capacidades de cada pessoa e não se aceitam, ainda segundo Antunes Varela, limitações quanto às possibilidades de correcção ou aperfeiçoamento

terapêutica normal, conforme foi decido pelo Tribunal de Siena em 1938, sendo esta decisão mencionada por Jeanine Ambialet, (*Responsabilité du fait d´autrui en droit médical*, pág. 51), citado por Moitinho de Almeida, *in A Responsabilidade Civil do Médico e o seu seguro, cit*., pág. 8.

256 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, págs. 54 e 55, Volume II (arts. 762.° a 1250.°), 4.ª Edição, Coimbra Editora, 1997.

257 *Idem, ibidem*.

258 Antunes Varela, *op. cit*., pag. 579; Pires de Lima e Antunes Varela, *op. cit*., pag. 55.

259 Antunes Varela, *op. cit*., pag. 579.

260 *Idem, ibidem*, Pereira Coelho (O problema da causa virtual na responsabilidade civil, pág. 295, nota 76, 1955), segundo Antunes Varela, invoca além das exigências de segurança social, dos interesses gerais da contratação e das necessidades do tráfico, invoca ainda em favor da tese referida o regime da responsabilidade imposta às pessoas "inimputáveis".

261 Antunes Varela, *op. cit*., pag. 579.

da vontade da pessoa perante a vontade do *homem médio*, pois "*mal se compreende que elas hajam forçosamente de ser estabelecidas em relação às outras faculdades do homem*."[262]

Ainda segundo este Ilustre Autor, a tendência de grande parte da doutrina e jurisprudência alemãs (que, segundo o mesmo, "*nenhuma razão há para não aceitar em face do direito português vigente*" e, porque não, também em face do direito de Macau, acrescentamos nós) é norteada no sentido de incorporar, na determinação da negligência, um "*padrão objectivo e abstracto*" quanto à diligência da vontade como também aos conhecimentos e às capacidades exigíveis à pessoa.

Mas estes conhecimentos e aptidões exigidos objectivamente podem variar consoante a profissão ou até a idade das pessoas, ou até das condições que o rodeiam (lembre-se o exemplo do médico urbano e do médico rural, referido antes[263]) ou dos conhecimentos ou especial preparação das pessoas, dando Antunes Varela, o exemplo do médico especialista que deve ter "*cuidados especiais*", cuja falha ou omissão é tolerada ao médico de clínica geral, aquando do tratamento de doenças do âmbito da especialidade daquele[264].

Contudo, para Antunes Varela, nas obrigações de meios, não é suficiente a prova da não obtenção do resultado previsto com a prestação para se poder considerar provado o não cumprimento. Pois para o Professor não "*basta alegar a morte do doente ou a perda da acção para se considerar em falta o médico que tratou do paciente ou o advogado que patrocinou a causa. É necessário provar que o médico ou o advogado não realizaram os actos em que normalmente se traduziria uma assistência ou um patrocínio diligente, de acordo com as normas deontológicas aplicáveis ao exercício da profissão*"[265]

Neste caso, parece ter de se indagar sobre a justiça comutativa falada anteriormente, ou seja, é justo que quem suporte o ónus da prova do dano seja a pessoa que se considera lesada? Não será que o devedor "*estará em melhores condições para alegar e provar os factos que o tornam inimputável o não cumprimento do que o credor para provar o contrário*"[266]?

Note-se, que com isto, no entender de Álvaro Gomes Rodrigues (e no nosso entender), não se está a agravar a posição processual do médico, pois, este "*disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos*"[267].

Por outra parte, segundo o mesmo Autor, esta posição tem a mais valia de "*não dificultar substancialmente a posição do doente que, desde logo, está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente*."[268]

262 *Idem, ibidem*.

263 *Vide supra*, pág. 49.

264 Antunes Varela, *op. cit.*, pag. 581.

265 *Idem, op. cit.*, vol II, pág. 101.

266 *Idem*, nota 1.

267 Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões..., op. cit.*, pág. 209

268 *Idem, ibidem*.

Capítulo III

ANÁLISE DA PROPOSTA DE LEI DO ACIDENTE MÉDICO

7. A Responsabilização Médica em Macau. Análise da Proposta de Lei do Acidente Médico

Antes de passarmos à análise do modo como irá ser tratada a negligência médica (e dentro desta, o *erro médico*) em Macau, propomos, uma análise breve dos sistemas de responsabilização médica, ou os "*sistemas alternativos de recomposição dos danos médicos*"[269] em alguns países.

Estes sistemas alternativos são originais na medida em que saem do âmbito da responsabilidade civil, embora, como nota Carla Gonçalves, na maior parte dos casos, os sistemas tradicionais de indemnização do doente não tenham sido totalmente abandonados, apesar daquele sistema ser incentivado por causa das limitações desta[270]. Apesar de alguns países terem já chegado à conclusão de que o mecanismo da responsabilidade civil fundado na ideia de culpa, não consegue resolver muitos dos danos causados no âmbito da actividade médica[271].

Deste modo, tem-se vindo a falar, ultimamente, que a responsabilidade civil devia ser substituída pela protecção dos seguros de responsabilidade, em que esta, numa primeira fase, ocuparia de uma maneira progressiva o lugar do lesante, tendo este apenas de pagar o prémio de seguro. Assim, segundo a Autora, a responsabilidade civil perderia o seu duplo carácter sancionatório-reparatório para passar a focar-se na reparação do lesado[272].

Num segundo momento, constituir-se-ia um fundo de garantia, subsidiado por uma "*colectividade organizada*", com o intuito de cobrir os danos que não fossem tutelados pelos mecanismos normais da responsabilidade civil.

Finalmente, a reparação dos danos seria suportada pela segurança social e/ou por sistemas paralelos, tendo em conta a própria lesão sofrida, e não aquilo que estivesse na

269 Gonçalves, Carla, *Sistemas..., cit.*, págs. 153 e ss e *vide* também a segunda parte desta dissertação no vol. 20, págs. 133 e ss, BFDUM, 2005.

270 Idem, pág. 148.

271 Gonçalves, Carla, *A Responsabilidade Civil Médica no Sistema Jurídico de Macau*, pág. 326, in Formação Jurídica e Judiciária - Colectânea, Tomo IV, Março, 2010.

272 Gonçalves, Carla, *Sistemas..., cit.*, pág. 149.

sua origem. Neste caso, a reparação do prejuízo sofrido deixaria de estar condicionada às regras da responsabilidade civil[273].

Todavia, Carla Gonçalves nota que o declínio da responsabilidade civil é tanto mais possível quanto mais evoluído for o sistema de segurança social e/ou sistemas paralelos dum determinado país sendo, portanto, natural que a responsabilidade civil perca terreno à medida que a segurança social vá evoluindo e se apresente como solução eficaz para a reparação dos danos[274]. Mas estas novas perspectivas só funcionarão com um "*amadurecimento legal, político, económico e social do país em causa*"[275].

Comparação dos Sistemas Alternativos com o Sistema Tradicional da Responsabilidade Civil

Existem dois grandes tipos de sistemas alternativos de recomposição dos danos médicos: o sistema de "*no fault*" (ou o sistema "sem culpa") e o *sistema misto*[276].

O sistema "*no fault*" surgiu primeiro na Nova Zelândia e foi seguido e adaptado pelos países escandinavos (Noruega, Suécia, Finlândia e Dinamarca)[277].

O *sistema misto* foi, por sua vez, adoptado pela França e pela Bélgica[278].

Como se sabe, na responsabilidade objectiva a culpa não releva para a indemnização no sentido que, caso se verifique que o agente lesante tenha actuado com culpa, a pessoa responsável pela indemnização poderá exercer o seu direito de regresso contra o agente culpado[279]. Por outro lado, no sistema "*no fault*", a culpa é indiferente, tanto na perspectiva do lesado como do lesante; ou seja, mesmo que o profissional de saúde aja com culpa, o ressarcimento dos danos ocorrerá precisamente nos mesmos termos, ou seja, sem o accionamento do direito de regresso.

Quanto ao sistema misto, a ausência de culpa será um critério fundamental para que o lesado se possa valer dum mecanismo alternativo de compensação dos danos[280].

Quanto aos órgãos com competência para tutelar as reclamações de pessoas que tenham sido vítimas de *acidente médico*, variam consoante os sistemas. No sistema tradicional de responsabilidade civil são os tribunais judiciais ou administrativos (consoante seja um estabelecimento de saúde privado ou público) os órgãos competentes para derimir estes litígios. No sistema "*no fault*", em regra, são os órgãos do próprio estabelecimento de saúde a quem compete a solução dos litígios advindos de acidente médico, o que, segundo, Carla

273 *Idem*, pág. 150.

274 *Idem, ibidem*.

275 Gonçalves, Carla, *Sistemas..., cit*., pág. 150.

276 Idem, pág. 151.

277 Para um conhecimento mais aprofundado sobre esta matéria *vide* Gonçalves, Carla, *op. cit*, págs. 151 e ss. e págs. 130 ss no vol. 20, BFDUM, 2005.

278 *Idem, Sistemas..., cit*., pág. 133 a 146, Vol. 20, BFDUM, 2005

279 Gonçalves, Carla, *Sistemas..., cit.,* pág. 151, Vol. 19, BFDUM, 2005.

280 *Idem, ibidem*.

Gonçalves, faz com que haja um processo mais célere de compensação das vítimas[281].

Nos sistemas mistos, a compensação dos danos fica sujeita à tutela dos tribunais, tal como no sistema tradicional, e, caso as regras da responsabilidade civil não "*atenderem ao propósito em causa*" o lesado, no sistema francês, pode recorrer ao Gabinete Nacional de Indemnização de Acidentes Médicos, Afecções Iatrogénicas e Infecções Nosocomiais (ou O.N.I.A.M. – *Office National de d´Idemnziation des Accidents Médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*), instituição pública administrativa, sob tutela do Ministério da Saúde francês, financiado por fundos do Estado no âmbito da dotação da Segurança Social[282].

A responsabilidade médica, em geral, contempla o princípio da reparação integral dos danos. Mas, no sistema "*no fault*", existem plataformas pré-fixas de compensação, fazendo com que o lesado seja obrigado a suportar sozinho parte dos seus prejuízos. O sistema misto por seu turno, assenta numa solução intermédia, uma vez que os seguros podem estipular limites máximos de compensação; mas, por outro lado, o lesado pode litigar a reparação integral do dano recorrendo a um fundo instituído para o efeito, caso o dano tenha sido causado sem culpa do profissional de saúde[283].

Análise da Proposta de Lei do Acidente Médico

Em 2005, os Serviços de Saúde de Macau (por intermédio da equipa de trabalho do Conselho Consultivo da Reforma da Saúde de Macau), lançaram um texto para consulta sobre a "Lei do Erro Médico", de forma a procurar solucionar a questão da indemnização por responsabilidade médica.

No texto inicial, partem da breve introdução sobre os sistemas de indemnização por dano resultante de erro médico nos vários ordenamentos jurídicos, acabando por propor um mecanismo de indemnização por dolo ou culpa e por "*riscos inerentes ao exercício da actividade*" médica, sugerindo, igualmente, a criação de um fundo por parte do governo de Macau, financiado em parte por de contribuições do "*sector médico*"[284].

Nesta primeira versão, propôs-se um *sistema de responsabilidade pelo risco*[285].

Em 2006, o Conselho Consultivo da Reforma da Saúde de Macau procedeu à elaboração de um segundo texto sobre o tema, desta vez, rebaptizado de "Lei do Acidente Médico" e submetido, de novo, a discussão pública.

Nesta segunda versão, não surge a referida proposta de criação, pelo Governo, de tal fundo, dizendo o art. 7.º da Proposta que o "*pessoal médico fica obrigado a subscrever, nos termos legais, um seguro obrigatório de responsabilidade civil profissional*" que ficará a cargo

281 *Idem, ibidem*.

282 Maîtrepierre, Eric, *Responsabilidade Médica*, pág. 80 e ss, Tomo II, CFJJ, 2007.

283 Gonçalves, Carla, *A Responsabilidade..., cit.*, pág. 327.

284 Texto para consulta relativo à "Lei do Erro Médico", págs. 25 e 26, ponto 3, 2005.

285 *Idem*, pág. 28.

das companhias seguradoras que exerçam essa actividade em Macau[286]. Quanto a esta questão não podemos deixar de citar Carla Gonçalves quanto a este assunto:

"*Ora bem, se, por um lado, resta evidente que uma parcela significativa dos danos médicos não encontra solução nos apertados limites da responsabilidade baseada na culpa, por outro lado, é também fato que a introdução de sistemas alternativos de responsabilidade médica – por mais atrativos que possam ser – pode encontrar barreiras intransponíveis no plano econômico, de modo que nada adianta criar uma situação artificial neste contexto. No entanto, mesmo que a "Lei do Acidente Médico" não se proponha a romper com as regras tradicionais da responsabilidade civil, ao menos não crie um mecanismo mais desfavorável do que aquele que resulta dos termos gerais*"[287].

Bom: mas, por outro lado, perguntamo-nos, que "*barreiras intransponíveis*" no plano económico são essas, sabendo que actualmente a situação económico-financeira de Macau é bem capaz de transpor essas barreiras...? De certo seria melhor a manutenção da proposta da criação governamental de um fundo que compense o doente lesado, do que estar a sujeitar o médico à subscrição de um seguro de responsabilidade profissional, uma vez que, em grande parte dos casos, as seguradoras não se mostram receptivas a segurar os médicos[288].

Por outro lado, no preâmbulo desta segunda versão, a Equipa de Trabalho encarregada de elaborar o projecto de Lei, recomenda que, nesta versão, se aplique o "*o mecanismo de indemnização por negligência*"[289], ao contrário do que afirmava na primeira versão do texto (em que se defendia optar por um sistema de "*responsabilidade por erro médico*"). Ora, no entender da Professora Carla Gonçalves, o resultado desta opção seria semelhante ao das regras gerais da responsabilidade civil. Uma vez que, no entender da mesma, a versão anterior (apesar de merecer algumas críticas), sempre era mais ambiciosa, ao tentar prever soluções, também, para o problema da compensação dos danos não culposos, derivados da actividade médica (e não só para os danos consumados com negligência), sendo esta opção tomada pelo grupo de trabalho, na opinião da Autora, "*pouco inovador*[a]" [290].

Por outro lado, ao optar-se por um mecanismo de indemnização por negligência, no texto preambular, parece deixar-se de fora os actos médicos dolosos (que estavam previstos na primeira versão), que, apesar de raros, não significa que não os haja[291].

No artigo 2.º desta Proposta de Lei define-se o *acidente médico* como sendo "*o dano pessoal provocado ao utente, no decurso da prestação de serviços de saúde, pelas instituições médicas ou pelo seu pessoal médico, em consequência de negligência resultante de violação de normas estipuladas em lei, regulamento administrativo, regras profissionais ou outros actos normativos*"[292]. Efectivamente, como escreve Carla Gonçalves, será uma questão controversa,

286 *Idem*, pág. 22.

287 Gonçalves, Carla, *A Responsabilidade...., cit*., págs. 328 e 329.

288 Veja-se, por exemplo, o caso francês, em que houve a necessidade de se promulgar uma lei a obrigar as companhias seguradoras a segurarem o médico, Maîtreperre, *Responsabilidade Médica, cit*., pág. 81 e ss.

289 Preâmbulo, pág. I, Lei do Acidente Médico (texto para a consulta pública de segunda fase).

290 Gonçalves, Carla, *A responsabilidade...,cit*., pág. 329.

291 *Idem, ibidem*.

292 Ou seja: faz-se aqui uma associação do acidente médico a uma conduta negligente, o que, em nossa opinião, e tendo em conta aquilo que se disse anteriormente, não será uma mais correcta associação, uma vez que, relembramo-lo,

mas, para a Autora, "*a controvérsia gira em torno de saber se a expressão acidente médico seria aplicável igualmente aos danos consumados com ou sem culpa, ou, apenas aos danos consumados sem culpa*"[293].

Por outro lado, Carla Gonçalves nota que este artigo parece restringir o dano que advém do exercício da medicina ao dano pessoal, e pergunta-se se o princípio da reparação integral não tenha sido contemplado no artigo 4.º/1 e, a ser esse o caso, será então uma solução que se afasta bastante das regras tradicionais da responsabilidade civil em matéria de protecção dos sujeitos lesados[294].

Carla Gonçalves, e o Nosso também Professor João Paulo Rocha, dizem que o próprio conceito de *dano pessoal* não está devidamente sedimentado na doutrina jurídica, uma vez que a nossa doutrina diz que o *dano*, por norma, pode ser patrimonial ou não patrimonial. E, assim sendo, os Professores questionam o alcance pretendido com este conceito de *dano pessoal*. Para, em seguida, darem uma "*interpretação possível – ainda que não desejável*" no sentido de que, provavelmente, a utilização deste conceito tenha o propósito de excluir uma possível indemnização de terceiros, a não ser o próprio lesado[295].

Quanto a nós, será que a utilização desta expressão apenas serviu para delimitar o âmbito do dano, restringindo-o apenas aos *direitos absolutos*, nomeadamente, à lesão dos direitos de personalidade, havendo, deste modo, uma imprecisão na redacção deste artigo? Ou terá sido uma tradução directa de uma expressão que não encontra equivalente no nosso Ordenamento?

De facto, cremos haver uma utilização imprecisa do termo *danos pessoais*, uma vez que o art. 21.º estabelece quem tem direito à indemnização (o que será analisado mais à frente). Pelo menos – esperemos que sim – visto que a possível interpretação dada acima, afigura-se-nos funesta e contrária ao estipulado no art. 489.º CC.

No âmbito, ainda, da responsabilidade, o art. 4.º/2 da Proposta de Lei, dispõe que "[a]*s instituições médicas respondem civilmente pelos danos pessoais resultantes de acidente médicos causado pelo seu pessoal médico, nos mesmo termos em que os comitentes respondem pelos actos ou omissões dos seus comissários*", ou seja, o *pessoal médico* responde nos termos do art. 493.º CC. Neste número do artigo da Proposta de Lei, Carla Gonçalves põe em dúvida a possibilidade de as instituições médicas poderem gozar de um poder equivalente ao *pessoal*

---

o acidente "*consiste numa ocorrência infausta não esperada mas previsível, como as intercorrências que acontecem, tanto no processo de diagnóstico como no terapêutico, como são os casos de acidentes radiológicos, anestésicos ou cirúrgicos. Por outro lado, como lembra Carla Gonçalves em nota de rodapé, este termo não está isento de interpretações e debate, uma vez que, Santiago Segura, citado pela Autora, define o acidente médico como sendo um acontecimento inesperado, principalmente de carácter nocivo, que complica o decurso natural de uma doença, sem ser por causa dela ou surge inesperadamente durante uma operação cirúrgica", vide supra*, pág. 45.

293 Gonçalves, Carla, A responsabilidade..., cit., pág. 330.

294 Idem, ibidem.

295 Gonçalves, Carla / João Paulo Rocha, *Uma visão crítica sobre a futura lei do acidente médico*, pág. 234, *in* BFDUM, Vol. 26, 2008. Embora, neste caso, os Autores façam uma ressalva de não pretender excluir terceiros do direito de receber uma compensação pelos danos sofridos por um determinado sujeito, seja, em si, uma figura estranha ao direito de Macau. Os autores dão como exemplo o contrato de transporte, previsto no art. 758.º do C.Comercial, no qual a responsabilidade do transportador também aparece limitada aos danos que atinjam a pessoa do passageiro (e os danos nas bagagens que lhe forem confiadas). Seja como for, dizem os Autores, é certo que o recurso à expressão *dano pessoal "há de trazer algum embaraço para os operadores do Direito", caso a Lei do Acidente Médico* seja aprovada.

médico[296].

Quanto a este ponto, temos algumas dúvidas.

A relação de comissão pressupõe, como bem lembra Carla Gonçalves, uma "*uma relação de dependência e subordinação entre o comitente e comissário*"[297] e (acrescentamos apoiando-nos em Antunes Varela) que permita que o comitente dê ordens ou instruções ao comissário, uma vez que só com essa possibilidade de direcção é capaz de justificar a responsabilização do primeiro pelos actos do segundo[298]. Podemos dar como exemplo o caso do empregado face à entidade patronal, no qual se insere o médico[299].

Além desta relação de subordinação, há autores que – segundo constata Antunes Varela – dão como requisito essencial da comissão, a "*liberdade de escolha*" do comissário por parte do comitente; mas, segundo o mesmo Autor, este requisito é duvidoso, na medida em que surgem casos em que não existe essa liberdade de escolha, no que concerne à pessoa destacada para executar tal tarefa, na medida em que só poderá ser exercida por pessoa com diploma, ou que esteja inscrita em determinado organismo ou, no caso em que o interessado delega noutro o encargo da escolha não se podendo duvidar, todavia, da existência da comissão, uma vez que está em funcionamento uma relação de subordinação entre comitente e comissário[300].

Quanto ao facto de haver uma certa contradição quando, no art. 2.º consagra que o acidente médico pode advir da negligência das instituições médicas e, por outro lado, estas, segundo o art. 4.º/2 respondem em termos de um relação de comissão, temos as nossa dúvidas, pense-se na falta de actualização dos equipamentos médicos que está a cargo da administração da instituição médica[301].

Por fim, no número 3 do mesmo artigo, estabelece que "[a]*s instituições médicas assumem responsabilidade administrativa pelo dano pessoal* ***mais grave*** [negrito nosso] *ou pela morte resultante de acidente médico*". Neste ponto, também perfilhamos a mesma opinião da Professora ao dizer que este número não é suficientemente claro. Além de nos suscitar as mesmas questões que à Professora, ou seja, qual é a responsabilidade administrativa aceite pela instituição médica, e terá o doente lesado algum benefício na assunção dessa responsabilidade por parte dessa instituição? E o que se entende por "dano pessoal mais grave"?

Relativamente ao artigo que estabelece os critérios de exclusão da responsabilidade (art. 6.º) várias são as dúvidas que se levantam.

Desde logo, o proémio deste artigo: a nosso ver, não está preciso na sua formulação, o dizer-se que "[o] *pessoal médico e as instituições médicas* ***não assumem*** [negrito nosso] *a responsabilidade nos seguintes casos*". Ora, a questão da assunção da responsabilidade, aqui, está subtraída à vontade destes, uma vez que a lei pretende elencar os casos em que não existe responsabilidade do *pessoal médico* e das *instituições médicas*, pois qualquer existente responsabilidade para este efeito, é independente da *opinião* do médico ou do estabelecimento

296 Gonçalves, Carla, *A Responsabilidade..., cit.*, pág. 330.

297 *Idem, ibidem*.

298 Antunes Varela, *op. cit.*, vol I, pág. 640.

299 Neste sentido, *vide* Antunes Varela, *ibidem*.

300 *Idem*, pág. 641.

301 Gonçalves, Carla, *op. cit.*, pág. 331.

de saúde sobre o resultado concreto da sua conduta. Assim, seria melhor que o proémio deste artigo estivesse redigido da seguinte forma: "*O pessoal médico e as instituições médicas* ***não são responsabilizados*** *nos seguintes casos*".

O inciso 2) refere ainda que o *pessoal médico*, bem como as *instituições médicas*, não assumem a responsabilidade, ou melhor, estas não são responsabilizados no caso de "[i]*ncidente médico resultante de anomalia da doença ou das condições físicas particulares do utente durante as* ***actividades médicas*** [negrito nosso]". Achamos que o termo "*actividade médica"* é demasiado abrangente, uma vez que, tendo em conta o que se disse ao longo do texto e a doutrina especializada referida ao longo deste trabalho, o conceito de actividade médica é utilizada para referir a *profissão de médico*, ao passo que o conceito de *acto médico* é, precisamente, para se descrever o *acto de tratar do doente*, isto é, o acto que requer perícia, técnica e conhecimentos necessários para aplicar determinada terapia ao doente.

Será preferível, a nosso ver, que se substituísse aquela expressão lata, por uma mais restrita, pois a actividade médica pode conter em si uma miríade de actividades que podem não ter a ver, directa ou indirectamente com o doente. Um exemplo de actividade médica, pode ser o dever do médico estar sempre a actualizar-se através de cursos de formação.

O inciso 4) exclui a responsabilidade do *pessoal médico* e *instituições médicas* em caso de "[c]*onsequência negativa resultante de transfusão não culposa de sangue contaminado*". Ora, este inciso 4) é ambíguo, no mínimo, que quererá dizer "*transfusão não culposa de sangue contaminado*"? Em caso de negligência ou *mera culpa* tanto o *pessoal médico* como as *instituições médicas* podem estes eximir-se de qualquer responsabilidade?

Por um lado, a entidade que faz a análise e recolha do sangue, estará abrangida pelo conceito de *instituição médica*? Se sim, então, não haverá lugar a responsabilidade por negligência?

Por outro lado, por que é que se utiliza o conceito de *culpa*, quando, na definição de *acidente médico* (art. 2.º), aquela nem sequer aparece? Não haverá aqui contradição de termos?

Ainda, que se entende por "*força maior*" no inciso 5)?

No que tange ao direito à informação e direito de opção são direitos que assistem ao doente. Todavia, salientam Carla Gonçalves e João Paulo Rocha, esta informação pode ser omitida a favor do doente (lembre-se do *privilégio terapêutico*[302]) e, como tal, não parece ser líquido que o doente (ou o *utente* como refere o projecto de lei) a ela tenham sempre direito. Por outro lado, questionam-se os Autores, se o doente em causa for maior, mas considerado inabilitado em razão da sua habitual prodigalidade, dará o direito ao médico de violar o sigilo profissional e revelar ao curador do doente determinadas informações sobre o seu estado de saúde[303]?

Quanto, ao artigo 9.º concordamos com Carla Gonçalves e com João Paulo Rocha, quando escrevem que a epígrafe "*segurança médica*" não tem nada a ver com o conteúdo[304], uma vez que este estará mais relacionado com o funcionamento do estabelecimento de saúde e a conduta dos médicos e dos para-médicos do que com os doentes. Porém, acrescentam os Professores, que este dever, imposto às *instituições médicas*, não se afigura como boa solução uma vez que, tendo em conta ordenamentos jurídicos "*mais evoluídos*", vão na direcção da auto-regulamentção

302 *Vide supra*, pág. 28.

303 Gonçalves, Carla / João Paulo Rocha, *op. cit*., pág. 236

304 *Idem, ibidem*.

profissional por parte dos médicos[305].

Por outro lado, os Autores não entendem qual o sentido do dever atribuído ao *pessoal médico* por forma a que estes actualizem os seus conhecimentos (art. 9.º/2). Será que os médicos vão ter de suportar essas despesas de formação contínua? Em que medida é que as *instituições médicas* participam no apoio e na formação dos seus profissionais?[306]

Também nos suscita dúvidas, tal como nos autores citados anteriormente, o art. 10.º, que tem como epígrafe "*Processo Clínico*", nomeadamente quanto ao seu número 2, que prevê que "[o] *utente tem o direito à obtenção de cópias, autenticadas pela instituição médica, dos relatórios de todos os exames a que haja sido submetido, do relatório médico bem como de outros elementos do processo clínico,* ***desde que autorizados pela instituição médica*** [negrito nosso]". Esta última parte causa-nos espécie pelo facto de o direito da pessoa a ter acesso ao seu processo clínico estar dependente de autorização... Qual será a *ratio* de uma instituição, seja ela qual for, de proibir uma pessoa o acesso a documentos que *lhe digam directamente respeito*? Sobretudo em matéria de apuramento de responsabilidades, no caso de lesão derivada de acto médico. Esta situação, conforme notam Carla Gonçalves e João Paulo Rocha, pode ser vista como "*uma forma de denegar a própria justiça*"[307].

Outra situação que suscita dúvidas é, mais uma vez, a utilização de um conceito indeterminado, neste caso, o conceito de "*quantia razoável*" (art. 10.º/3).

Outra questão é relativa ao art. 11.º sob a epígrafe de "*tratamento urgente*", dado que não tem muito a ver com o capítulo em que está inserido ("*Capítulo III: Perícia*") e nem com o conteúdo, conforme também notam Carla Gonçalves e João Paulo Rocha[308]. Esta epígrafe pressuporia a situação em que o doente necessitasse de um tratamento médico urgente, derivado de uma complicação determinada ou o estado morboso do doente requer um "*tratamento urgente*", e como tal, o médico teria de fazer uma intervenção sem, sequer obter consentimento do doente para debelar essa complicação. Ou a ser esse o seu estado: de que forma é que essa intervenção deveria ocorrer, e, em caso de iatrogenia, haverá ou não lugar a responsabilização, por exemplo...

Por outro lado, a forma de notificação do acidente médico parece ser pouco prático, principalmente no quadro de um sistema que se baseia na apreciação da negligência do profissional de saúde (art. 11.º/2), perguntando, por fim, os Professores sobre a forma de como fazer com que os médicos comuniquem essas falhas, uma vez que tal informação poderá ser usada contra o médico[309].

Quanta à perícia, no art. 14.º, discordamos da posição dos Professores, na medida em que, a nosso ver, o Conselho Médico terá competência para "*determinar a proporção de responsabilidade das partes envolvidas*" (art. 14.º/2), e igualmente determinar o nexo causal constante do art. 19.º, uma vez que este Conselho, segundo consta do Texto para consulta relativo ao Conselho de Assuntos Médicos, aquele tem poderes de fiscalização e de disciplina sobre os médicos[310].

305 *Idem, ibidem*.

306 *Idem, ibidem*.

307 *Idem, ibidem*.

308 *Idem*, pág. 237.

309 *Idem, ibidem*.

310 Proposta de Lei de Acidente Médico, pág. 18.

Todavia, pensamos nós, que este número se destina ao âmbito estritamente disciplinar da questão. Pois, da maneira que está redigido este artigo, dá a entender que o Conselho Médico, aquando da perícia, parece exorbitar a sua esfera de competência, sobrepondo-se ao poder judiciário. Até porque, em juízo no Tribunal, este não tem de se vincular ao que foi deduzido em sede de procedimento disciplinar (art. 383.º CC). E, se uma das partes estiver inconformada com a decisão do Conselho Médico, esta pode recorrer aos tribunais, como aliás é seu direito (art. 36.º LB e art. 1.º CPC). Isto, pelo menos, a nosso ver.

Quanto ao dever de colaboração estabelecido no art. 18.º, não se consegue discernir o alcance do dever de colaboração de "*outras pessoas*"[311].

Relativamente às despesas referidas, em epígrafe, no art. 20.º, concordamos com a observação dos Professores[312], quando escrevem que não conseguem discernir o critério para a possibilidade de cobrança das perícias por parte do Conselho Médico: a quem são cobrados? Em que situações podem ser cobrados os custos da realização da perícia médica, na primeira, na segunda (art. 14.º/2) ou em ambas? Aliás, não é a *realização da perícia* o dever daquele? Além disso, a possibilidade de se cobrarem custos não poderá fazer com que o lesado desista da queixa com receio de depois lhe serem cobrados os "*custos devidos decorrentes da realização de perícias*", o que conduzirá à denegação de justiça? Em caso de desistência de uma das partes quem deve pagar os custos das perícias? E se se chegar a sede de Tribunal, não seria melhor ser este a determinar quem deve pagar tais custos, de acordo com a sentença proferida?

Quanto ao direito de indemnização constante dos arts. 21.º e seguintes, também concordamos plenamente com aquilo que escrevem Carla Gonçalves e João Paulo Rocha, quando dizem que os critérios utilizados para determinar o valor da indemnização não correspondem àquilo que vem regulado nos termos gerais do CC e que "*peca por defeito*"[313]. A primeira questão surge logo no facto de o doente lesado não figurar no elenco das pessoas a indemnizar, do art. 21.º (tal como notam os referidos autores). Na alínea 1) deste artigo, diz-se que têm direito à indemnização os herdeiros legítimos do utente, em caso de morte deste. Ora, o preceito desta alínea não se nos afigura precisa[314], uma vez que, não são *só* os *herdeiros legítimos* com direito à indemnização – pelo menos segundo consta dos arts. 488.º/3 e do 489.º/2 CC, e segundo a doutrina[315].

Por outro lado, o inciso 2) estipula que tem direito à indemnização o "*utente que haja sofrido danos pessoais causado por acidente médico*, ***ou a pessoa que exerça o poder paternal, o tutor o curador, ou o representante legal*** [negrito nosso]". Ora, segundo a doutrina, "*tem direito à indemnização o titular do direito violado ou do interesse imediatamente lesado com a violação da disposição legal, não o terceiro que só reflexa ou indirectamente seja prejudicado*"[316], ou seja: ao contrário do que esta alínea dispõe, o titular do direito à indemnização é o *lesado* e não a pessoa que exerça o poder paternal, etc.[317]. Se bem que, ainda que a título excepcional, segundo

311 Assim como Gonçalves, Carla / João Paulo Rocha, *op. cit.*, pág. 237.

312 *Idem, ibidem*.

313 *Idem, ibidem*.

314 Neste sentido, Gonçalves, Carla / João Paulo Rocha, *op. cit.*, pág. 238.

315 Antunes Varela, op. cit.,vol I, pág. 622.

316 *Idem*, págs. 620 e 621.

317 Neste sentido, Gonçalves, Carla / João Paulo Rocha, *op. cit.*, pág. 237.

Antunes Varela, a indemnização pode também, ou somente, caber a terceiro[318], como no caso do art. 488.º CC.

Quanto ao princípio de indemnização consagrado no art. 22.º, deparamo-nos logo com uma grave imprecisão, que é a seguinte: "*Na determinação do valor da indemnização, **pode*** [negrito nosso] *observar-se o princípio da equidade...*". Ora, se no Código Civil está estabelecido que as formas de indemnização são fixadas equitativamente (arts. 489.º/3 e 560.º/6), porque é que aqui se desvia da formulação feita no CC?

Deste modo, achamos nós, que é preferível substituir-se a palavra *pode*, por *deve* ou até, alterar o proémio da seguinte maneira: *Na determinação do valor da indemnização observar-se-á o princípio da equidade....* Sugerimos isto, pelo simples facto de que, no caso de lesões advindas de intervenção médica, por vezes, é difícil apurar a real extensão da lesão causada ao doente e, com esta alteração, permitir-se-ia uma melhor tutela dos direitos do doente lesado.

Por outro lado, referir-se que se *pode* observar o princípio da equidade conduziria a situações iníquas, uma vez que, tratando-se de um doente com elevadas condições de vida, a sua indemnização seria muito menor pelo simples facto de ser rico. De outro modo, se se tratar de um médico com muitas posses levaria a que este estivesse sujeito a uma indemnização muito mais elevada que em circunstâncias análogas, pelo simples facto deste ser rico.

Pois, convém não esquecer que a equidade não é um conceito distinto da justiça, mas sim "*uma sua dimensão ontológica: é a justiça do caso concreto*". É "*um momento da concreta realização do direito*."[319]

8. Conclusão

Que considerações se nos oferece tecer acerca desta temática?

Como é óbvio, não é o propósito deste trabalho dizer qual *é* a solução correcta. Pelo contrário, o que queremos com esta exposição é dar a conhecer alguns modos de pensar a responsabilidade médica.

É um tema complexo, pois, como vimos, as variáveis são tantas, que não é possível determinar, com certeza, absoluta se o dano teve como causa uma actuação concreta do médico.

A medicina não é uma ciência exacta, porque não é estática, mas, antes, essencialmente crítica e auto-crítica.

Mas podem estabelecer-se certos critérios para tornar o acto médico mais exacto – ou melhor –, tão enquadrado quanto possível.

Uma das soluções para esse enquadramento, pode advir da regulação da actividade médica, nomeadamente através dessa Lei do Acidente Médico, que, presentemente, se encontra em discussão na Assembleia Legislativa. Realmente, esta medida é de considerar, dado ser necessário proteger o doente de actos médicos danosos, quer por negligência, ou dolo (embora, sejam poucos neste último caso).

318 Antunes Varela, *op. cit.*, vol I, pág. 622.

319 Justo, António dos Santos, *Introdução ao estudo do Direito*, págs. 72 e 73, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2003.

Mas, neste momento, essa legislação reguladora terá de ser o mais pormenorizada possível, devendo – em nosso entender –, o legislador evitar ao máximo o recurso a conceitos indeterminados, visto que, estando esta questão ainda em debate e em evolução, o legislador terá aqui o dever de ser o mais preciso possível para evitar suscitar incerteza tanto por parte do doente, como – e principalmente – do médico, para que se não obstaculize o trabalho deste, especialmente através do recurso à *medicina defensiva* (coisa que se nos afigura perniciosa para ambas as partes).

Em resumo: o que é necessário é que se faça uma lei de forma a conferir segurança tanto ao médico como ao doente.

Mas, provavelmente, antes de se avançar com uma legislação deste género, não seria melhor, em primeiro lugar, criar regras deontológicas para regular a actividade médica? Regras estas prescritas pelos próprios médicos, através de uma associação geral que os congregue?

Esta solução poderia ser adoptada, uma vez que, ao fazer-se uma lei sobre a responsabilidade médica, pressupõe-se, desde logo, a existência um Código Deontológico que regule a profissão. Sem esse Código, como poderá alguém (seja de que sector profissional for) saber se está a agir de maneira correcta, ou não?

É uma questão a reflectir.

A concluir: não podemos deixar de citar N. Bourdenko, académico e cirurgião russo de renome, que nos deixa umas palavras de alento[320]:

"*Confesso que pessoalmente já cometi, na minha actividade, erros de diagnóstico e de técnica operativa. Os nossos falhanços e a imperfeição dos nossos actos não devem invocar exaustão, mas sim uma maior sede de pesquisa e perfeição*."

320 N. Bourdenko, *apud*, Maîtrepierre, Eric, *A responsabilidade médica, op. cit.*, págs. 176 e 177.

BIBLIOGRAFIA

- Andrade, Manuel A. Domingues de, Teoria Geral das Obrigações, com a colaboração de Rui de Alarcão, 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1963.
- Andrade, Manuel da Costa, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131.º a 201.º, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012.
- Costa, Mário Júlio de Almeida, Direito das Obrigações, 12ª Edição, Edições Almedina, S.A., Novembro, 2009.
- Costales, Javier Fernández, Responsabilidad civil médica y hospitalaria, La Ley, Edilex, S.A., 1987.
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, *Parte Geral/Questões fundamentais/A doutrina geral do crime*, Tomo I, pág. 177 e ss, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007.
- Fidalgo, Sónia, Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, nº 13, Coimbra Editora, 2008
- Furtado, Rui Manuel da Mota, O Erro e a Responsabilidade dos Médicos, in Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo IV, versão portuguesa, Março de 2010.
- Gonçalves, Carla, Sistemas alternativos de responsabilidade médica, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, vols. 19 e 20, ano IX, 2005;
    - A Responsabilidade Civil Médica no Sistema Jurídico de Macau, in Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo IV, versão portuguesa, Março de 2010;
    - João Paulo Rocha, Uma visão crítica sobre a futura lei do Acidente Médico, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, vol. 26, ano XIII, 2008.
- Lima, Fernando Andrade Pires de e João de Matos Antunes Varela, Código Civil Anotado, volume I (Artigos 1.º a 761.º), Com colaboração de M. Henrique Mesquita, 4.ª edição, Coimbra Editora, Limitada, 1987.
    - Código Civil Anotado, volume II (artigos 762.º a 1250.º), 4.ª edição, Coimbra Editora, 1997.
- Maîtrepierre, Eric, Responsabilidade Médica, in Formação Jurídica e Judiciária –

Colectânea, Tomo II, versão portuguesa, Dezembro de 2007;

- A Responsabilidade Médica, in Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo II, versão portuguesa, Dezembro de 2007.

- Oliveira, Guilherme de Oliveira, O fim da "arte silenciosa", in Temas de Direito da Medicina, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 1999.
- Pina, José António Rebocho Esperança, A responsabilidade dos Médicos, LIDEL – Edições Técnicas, Limita, 1994
- Prata, Ana, com a colaboração de Jorge Carvalho, Dicionário Jurídico, Vol. I, 5ª Edição, Edições Almedina, SA, Janeiro, 2008.
- Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos, in Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. XIV, Tomo 3, 2000;
    - Responsabilidade Médica em Direito Penal – Estudos dos Pressupostos Sistemáticos, Edições Almedina, Março, 2007.
- Justo, António Santos, Introdução ao estudo do Direito, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2003;
- Varela, João de Matos Antunes, Das Obrigações em Geral, vol. I, 10ª edição, 4ª reimpressão, Edições Almedina, S.A., Novembro, 2009;
    - Das Obrigações em Geral, vol. II, 7.ª edição, 3.ª reimpressão, Edições Almedina S.A., Setembro, 2007.
- Texto para consulta relativo à "Lei do Erro Médico",

  http://www.ssm.gov.mo/design/news/document/p_ccrsm_20050112.pdf;
- Texto para a consulta de segunda fase relativo à "Lei do Acidente Médico",

  http://www.ssm.gov.mo/design/news/document/p_ccrsm_20050112.pdf;
- Biografia de Asaph Harofe http://jama.ama-assn.org/content/205/13/912.extract;
- Biografia de Maimónides http://www.muslimphilosophy.com/ip/rep/J014.

Jurisprudência – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Tribunal de Última Instância, Processo nº. 23/2005.

Legislação de Macau

- Lei Básica;
- Código Civil de Macau;

- Código Penal de Macau;
- Lei das relações de trabalho;
- Regime Jurídico da Função Pública de Macau;

- Decreto- Lei n.º 28/91/M, de 22 de Abril (que estabelece o regime da responsabilidade civil extracontratual da Administração do Território, pessoas colectivas públicas, seus titulares e agentes por actos de gestão pública).
- Decreto- Lei n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro (estabelece o regime jurídico dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina).

Legislação Portuguesa e Estrangeira

- Código Deontológico da Ordem dos Médicos (aprovado em 23 de Fevereiro de 1985);
- Código Deontológico da Ordem dos Médicos (aprovado em 26 de Setembro de 2008);
- Código Civil espanhol
  http://www.alicante.es/urbanismo/baja_ley.php?codigo=50&nombre=/C%F3digo+Civil..pdf

A responsabilidade médica tem sido, nos últimos tempos, sujeito de debate no seio da comunidade jurídica e médica de Macau, tendo sido várias as posições contra e a favor da criação de uma lei específica que regule a responsabilidade civil do médico no exercício da sua profissão.
Com a presente publicação propusemo-nos oferecer uma visão geral sobre a responsabilidade médica e os elementos que a compõem. Assim, abordaremos a História da responsabilidade médica, a relação entre médico e doente, a responsabilidade médica e o erro médico. Por último, analisaremos, criticamente, a Proposta de Lei sobre o Acidente Médico.

官樂怡基金會
FUNDAÇÃO RUI CUNHA
Por Macau, Mais e Melhor 為澳門，無私奉獻，精益求精

CREDDM
Centro de Reflexão, Estudo
e Difusão do Direito de Macau
澳門法律反思研究及傳播中心

ISBN 978-99965-954-7-9
9 789996 595479