

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - A RELAÇÃO ENTRE O MÉDICO E OS DOENTES

Rui Amaral

*Assistente em Tempo Parcial, Faculdade de Direito da Universidade de Macau
Jurista, Direcção dos Serviços de Saúde, RAEM*

Resumo: O erro médico é um dos temas mais desafiantes no debate em torno da judicialização da medicina. Em quase todo o mundo tem-se vindo a constatar um considerável aumento das acções judiciais por erro médico. O dispositivo normativo da inversão do ônus da prova, presente no Código Civil de Macau e em muitos outros ordenamentos jurídicos, constitui, indubitavelmente, para além de um ganho jurídico, político e social, uma possibilidade de recurso sempre presente a que os doentes/lesados poderão sempre lançar mão nas acções que pretendem intentar contra os prestadores dos cuidados de saúde. Contudo, esta realidade não deve fazer olvidar que numa perspectiva ético-profissional este dispositivo normativo interfere directamente numa instituição social que deve também ser preservada: a relação médico-doente. Essa relação que veio a definir, ao longo da história, o papel social do médico não apenas como um mero prestador de serviços, mas como aquele que está legalmente habilitado, tecnicamente apto e socialmente legitimado para exercer a arte da medicina.

Palavras-chave: Erro médico; prova; relação médico-doente; inversão do ônus da prova; presunções judiciais; apreciação livre da prova; papel do médico.

Introdução

O modelo da medicina neste século XXI transformou-se na arte de gerir a e uma enorme complexidade e da avaliação de como tal complexidade pode, de facto, ser dominada de forma mais humana.

A décima edição da classificação internacional de doenças da Organização

Mundial da Saúde tem aumentado exponencialmente tendo, neste momento, distinguido mais de quatorze mil diferentes doenças, síndromes, e diversos tipos de lesões – por outras palavras, mais de quatorze mil maneiras diferentes de o nosso corpo falhar. E, para quase todas elas, a ciência tem-nos revelado coisas que poderemos fazer para ajudar. Se não podermos curar a doença, geralmente poderemos reduzir os danos e o sofrimento que causam. Mas para cada situação os passos a seguir são diferentes e quase sempre nunca são simples. Os médicos têm agora, à sua disposição, cerca de seis mil medicamentos e quatro mil procedimentos médicos e cirúrgicos, cada um com diferentes requisitos, riscos e avaliações.

E assim nos encontramos neste início de século: acumulamos extraordinário conhecimento. Colocá-mo-lo nas mãos de algumas das pessoas mais bem formadas, qualificadas e empenhadas na nossa sociedade e dessa forma temos conseguido alcançar feitos extraordinários. No entanto, esse conhecimento é por diversas vezes incontrolável. Falhas evitáveis são comuns e persistentes, para não mencionarmos desmoralizantes e frustrantes, em muitos domínios - desde a medicina, às finanças e às intervenções governamentais. E a razão dessa situação é por demais evidente: o volume e a complexidade do que sabemos ultrapassou a nossa capacidade individual. O conhecimento tanto nos pode salvar como nos sobrecarrega de informação.

Isso significa que precisamos de uma estratégia diferente para superar o fracasso, que utilize a experiência e tire proveito das pessoas dos conhecimentos adquiridos por forma a colmatar as inevitáveis insuficiências humanas.

1. Conceito de prova e de ónus da prova

Em termos gerais pode dizer-se que a prova é a demonstração da verdade dos factos juridicamente relevantes para certos efeitos.

Do artigo 334.º do Código Civil decorre a noção de prova: as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos. Algo diferente é a noção corrente de prova, geralmente identificada com o acto processual que visa convencer o juiz da verdade de um facto até ali duvidoso para ele. Neste contexto, a produção de determinado meio de prova em juízo tende a criar no espírito do julgador uma certa convicção, uma certeza subjectiva acerca de uma dada ocorrência alegada pela parte como suporte dos interesses que defende no processo.

Em matéria de responsabilidade civil médica, o princípio fundamental é o de que quem invoca um direito tem de alegar o facto ou factos em que o baseia. Só alegando-os poderá vir a prová-los. Só provando-os, poderá fazer triunfar o direito que se arroga, se a prova do facto ou factos for necessária para esse triunfo mediante o convencimento do juiz.

Ao encargo de provar o facto chama-se, na linguagem técnica do processo acolhida no Código Civil, artigos 335.º e 337.º, ónus da prova, mas este ónus tem como pressuposto um outro ónus: o ónus da alegação. Quem quer fazer triunfar um direito subjectivo tem de provar os factos que dão direito a exigir para ele a tutela jurisdicional; mas, para provar esses factos, tem primeiro de os alegar perante o tribunal.

No nosso direito processual civil vigora o princípio do dispositivo que veio introduzir a noção de factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das excepções deduzidas pelas partes, para determinar que o juiz os tome como base para a decisão da causa; mas ao mesmo tempo, admite que sejam officiosamente tomados em consideração os factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa.

Mas o autor ao propor a acção ainda assim não pode limitar-se, em abstracto, a solicitar a tutela dos tribunais. Tem sempre de invocar a existência de uma dada situação jurídica concreta, de invocar factos concretos e de formular perante o tribunal uma dada pretensão com base nesses factos.

Ora, atendendo ao disposto no artigo 3.º, que se define como o princípio da iniciativa das partes, em conjugação com o referido artigo 5.º, se conclui que é sobre os factos que o autor traz ao processo na sua petição, e sobre aqueles que o réu lhe contrapõe ao defender-se, que a prova há-de, em regra recair.

Neste contexto, a iniciativa privada vem assim condicionar os poderes do juiz, não só quanto ao desencadear do processo e à amplitude da tutela jurídica solicitada, mas também quanto à aquisição de factos para o processo.

No sistema dispositivo, a parte está sujeita ao ónus de fornecer e provar os factos – ónus subjectivo – que o tribunal há-de apreciar. Não os provando, e sendo eles essenciais para a definição do seu direito, o juiz, em princípio, julgará contra ela.

2. O desequilíbrio na relação médico-doente

A doutrina e a jurisprudência têm evidenciado, como característica dominante da relação entre o médico e o doente, o desequilíbrio relacional também designado por *hipossuficiência*, e que se vem a reflectir, inelutavelmente, no plano probatório.

Neste contexto, identifica-se o doente como um sujeito que se encontra particularmente enfraquecido porque física ou mentalmente debilitado por força da patologia que o afecta e o médico como uma pessoa capaz de lhe dar a protecção e o tratamento de que carece. A debilidade do doente acentua-se, dada a necessidade de exposição de áreas intimas e reservadas da sua vida ao médico, para que este esteja munido da informação indispensável à prestação de uma

assistência adequada.

Esta assimetria relacional aumenta, pelo carácter especializado da prestação dos cuidados de saúde, e pelo desnível de conhecimentos e preparação técnico-científica entre ambas as partes. O profissional-devedor é um especialista prestador de cuidados de saúde e o doente-credor é, em regra, um leigo nessa matéria o que legitima a exigência de que em caso de dano o segundo não seja obrigado a fornecer provas, por ser considerado em situação desvantajosa ou hipossuficiente. O ónus da prova, que normalmente recairia sobre o acusador, o credor, passa a ser obrigação do acusado, o devedor.

O modelo contratual subjacente a esta concepção sugere o entendimento implícito de que o doente espera do médico, acima de tudo, a prestação de serviço especializado competente. É indiscutível a relevância da competência técnica, imprescindível até mesmo para caracterizar o médico na relação profissional. No entanto, competência técnica não é o bastante. O *ethos* contrapaternalista da ética médica moderna parece ter sido mal compreendido, caso a virtude e a confiança, também símbolos da tradição hipocrática da medicina, venham a ser relegados para segundo plano e o profissional médico transmutado num fornecedor de provas.

Atente-se que a problemática não está no juiz solicitar ao médico o fornecimento de provas. O cerne da questão reside na interferência deste dispositivo jurídico na qualidade da relação médico-doente.

Nesse sentido, parece problemático e perigoso se, especificamente no caso dessa relação (que não pode ser resumida a uma situação comum de consumidor-fornecedor), o esforço de igualar materialmente as partes (mediante a distribuição do encargo probatório) se sobreponha à solicitação de que os médicos devem também cuidar de valores como a da confiança e do trato humanitário dos doentes.

Em tal contexto é pertinente questionar: a vulnerabilidade do enfermo e a hipossuficiência em questão têm a mesma natureza daquela que reconhece o consumidor como parte mais fraca na relação com o fornecedor? Que consequências, a médio e longo prazos, podem advir deste dispositivo jurídico para a relação médico-doente?

No tocante ao contexto ético-profissional da relação médico-doente, é preciso ter em atenção que para que tenhamos uma sociedade onde os papéis sociais, estabelecidos numa complexa rede de relações e valores, não venham originar médicos mais preocupados em como se proteger dos seus doentes e constituir provas do que com a essência da profissão: que é «o de cuidar», e não «o de prestar um serviço». O exercício profissional médico caracteriza-se por ter na prestação de serviço uma decorrência do cuidar e não o cuidado como decorrência da prestação de serviço.

A questão posta trata-se de posicionamento contrário à fixação apriorística da inversão do ónus da prova, anterior ao estabelecimento da relação médico-

doente. Esse posicionamento contrário funda-se inicialmente em constatações de eventos indesejáveis que de forma directa ou indirecta associam-se ao dispositivo normativo em questão: o extraordinário aumento no número de litígios alegando erro médico; o posicionamento defensivo de médicos, o aumento do mercado de seguros profissionais de responsabilidade civil, quer por outras medidas extraordinárias de defesa.

A questão é quando e em que situações o dispositivo normativo de inversão do ónus da prova confere o almejado equilíbrio às partes envolvidas no litígio e em que situações esse mesmo dispositivo, nos limites pretendidos pela Justiça, traz um maior prejuízo colectivo do que um ganho individual.

Em auxílio a estas questões de natureza ética sobrepõe-se a realidade actual de os doentes de hoje disporem de meios informacionais nunca antes vistos, o que vem determinar a existência de um maior envolvimento e participação do doente no programa prestacional, bem como, e particularmente, o de após o momento de cumprimento do programa prestacional acordado, surgida uma querela e solicitada a intervenção de um tribunal, existirem diversos factores cujo funcionamento permite que o apontado desequilíbrio desapareça em juízo¹.

Para este efeito recorre-se a soluções já existentes no âmbito do nosso direito processual, em particular, das regras que distribuem o ónus da prova entre as partes processuais com recurso ao denominado «direito probatório material»², por forma a dar cumprimento a uma ideia de eficácia nessa distribuição, e por consequência, de promoção da busca da verdade objectiva e de satisfação de imperativos de justiça.

Importa, pois, nesta nossa exposição e porque afinal estamos no domínio de instrumentos de natureza processual, analisar alguns dos mecanismos já disponíveis no nosso ordenamento por forma a perceber a necessidade no recurso a dispositivos da inversão do encargo probatório no domínio da responsabilidade médica. Entendemos estes procedimentos como inseridos numa orientação emergente na actualidade, que tende a compreender o direito processual como uma disciplina que se deve adaptar à situação que em concreto é objecto de julgamento, assente numa conceitualização dinâmica da distribuição do ónus probatório atendendo às características particulares de cada litígio para identificar a parte processual que se encontra *in casu*, em melhores condições para provar determinado facto, e a quem se atribui, portanto, o ónus de cumprir tal tarefa probatória³.

1 Cfr. Juan SONODA (Perdida de chances de curación y sobrevida, in Revista Lecciones y Ensayos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998/99 – 72/73/74, p. 364, nota 45).

2 Cfr. entre nós RIBEIRO DE FARIA.

3 Cfr. Vazques FERREYRA, Prueba, p. 154 e Micheli.

Esta é uma concepção que tem por base a relação obrigacional complexa como a que encontramos no domínio da relação médico-doente⁴⁵, e que se projecta na relação processual, impregnando toda a actividade desenvolvida em juízo. Trata-se, pois, de um corolário do princípio da boa fé, que rege toda a vida da relação obrigacional, incluindo os períodos de crise que ela atravesse, e, portanto também, a discussão judicial tendente a resolvê-los.

Mas antes de tal explicitação sumária dos efeitos desta doutrina em matéria de inversão do ónus da prova, importa salientar como ensina Cândida da Silva Antunes Pires⁶ que, no nosso actual sistema processual, os poderes inquisitórios do tribunal abrangem uma ampla iniciativa, traduzida na atribuição *ex officio* de relevantes poderes instrutórios que resultam, fundamentalmente, da conjugação do preceituado nos artigos 5.º, 6.º e 8.º do CPC: o que alguma doutrina refere como o *princípio da oficialidade* ou da *livre iniciativa do tribunal*.

Tendo este princípio como pano de fundo, começaremos por referir os dispositivos que se orientam primacialmente, para um objectivo de facilitação da actividade probatória, numa perspectiva de racionalização e optimização da tarefa demonstrativa da realidade dos factos controvertidos e depois atentaremos noutros que se dirigem, sobretudo, a corrigir a distribuição do ónus probatório, em homenagem a uma ideia de justiça, agravando a posição daquele que, com o seu comportamento seu, criou «um risco injustificado» de verificação do dano ocorrido e a conseqüente dificuldade de *ascertainment* do curso factual.

3. Mecanismos simplificadores da actividade probatória atendendo à regularidade dos acontecimentos

Em vários ordenamento jurídico, foram-se desenvolvendo instrumentos, que, através da prova de determinados elementos fácticos – de (mais) fácil

4 Importa ter em consideração que a actividade médica «é melhor qualificada como uma obrigação de risco ou de resultado aleatório, porque o médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável. Ainda que o médico não possa responder pela obtenção de um resultado, ele é responsável perante o doente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento».

5 *A relação jurídica Médico/Doente perspectiva-se, hoje, como uma relação complexa é uma rede formada por uma trama intrincada de posições jurídicas que se orientam para o fim uno e comum a todas, e que se modificam em ordem à sua satisfação. Assim, o programa obrigacional imanente a essa relação é “delimitado em função da finalidade última, que é a consecução da cura do doente, a melhoria do seu estado de saúde ou a atenuação do seu sofrimento”.*

6 Lições de Processo Civil de Macau – Processo de Declaração, Procedimentos Cautelares, Processo de Execução, 2.ª Edição revista e ampliada, Universidade de Macau, Almedina.

demonstração, pelo doente –, possibilitam, que o juiz se convença, à luz de um raciocínio dedutivo, da verificação *in casu* de certos pressupostos fundadores da responsabilidade civil – cuja prova se revela mais difícil. Trata-se de dispositivos que apresentam uma acentuada afinidade com o mecanismo das presunções judiciais e que auxiliam o julgador, no procedimento complexo – que envolve «*una rete di passaggi inferenziali*» racionalmente fundada – de escolha da «*migliore narrazione*» dos factos, de entre aquelas, que lhe foram apresentadas.

Em Itália, nessa operação, as máximas de experiência derivadas da regra da experiência comum e da normalidade aparecem como um instrumento útil e válido, desde que sujeitas a «*valutazione complessa*» e «*controlli di coerenza e congruenza*». À luz daquela regra, o que é evidente não necessita de demonstração, pelo que, quem alega um curso regular de acontecimentos ficará dispensado de os provar. Incumbirá a quem argúi um desvio a um padrão de normalidade, a demonstração da verificação *in casu* dos factos atípicos.

Próximo deste instituto se situa a *Res ipsa Loquitur*. Trata-se de uma regra probatória aplicada nos países de *Common Law*, que assenta em evidências circunstâncias, na medida em que, perante os específicos contornos do caso concreto, e «*in the light of common experience and knowledge*», é possível extrair uma inferência sobre a verificação de determinada factualidade.

Assim, perante o dano detectado e as circunstâncias em que o mesmo ocorreu, os acontecimentos falam por si mesmos: o dano só pode ser explicado pela prévia prática de um acto censurável. São situações em que os factos são eloquentes – a culpa, o nexos causal aparecem *in re ipsa* dos fenómenos analisados e dos resultados danosos produzidos. Caberá ao demandado desmenti-los, fornecendo a versão real dos acontecimentos – apresentando uma explicação razoável, para os danos sofridos pelo demandante, isenta de qualquer intervenção negligente da parte do demandado.

4. Mecanismos sancionatórios, ao nível probatório, da criação injustificada de um risco potenciador do dano ocorrido

A estes mecanismos subjaz o princípio à luz do qual, se uma pessoa der origem culposamente a uma situação que configura uma fonte de perigo para terceiros, e se um (ou mais) desses terceiros sofrer(em) um dano que constitui uma concretização normal daquele perigo, deverá aquela, em princípio, responder por esse dano.

Só se eximirá da obrigação de indemnizar, se conseguir demonstrar que o dano não procedeu daquela fonte, por ela, gerada e controlada. Nas demais situações, a afirmação da responsabilidade encontra a sua justificação no facto de, apesar de não se poder asseverar com certeza que, sem aquela fonte de perigo o

dano não se teria verificado, poder afirmar-se que a existência da mesma aumentou as possibilidades de ele se vir a verificar.

Tal entendimento foi desenvolvido no Reino Unido, a propósito de hipóteses, em que ocorre uma violação de normas de segurança por parte do empregador e uma concomitante verificação, num trabalhador, de um dano que aquelas normas pretendiam evitar, mas para cuja produção poderão ter sido decisivos outros factores presentes *in casu*. Da ocorrência de uma «innocent source» com uma «guilty source», emergem dificuldades na afirmação do liame causal entre o acto desvalioso do agente e o dano, semelhantes às existentes no âmbito da reponsabilidade do profissional de saúde.

Em 1972, no caso *McGhee v National Coal Board*, a *House of Lords*, num aresto que representa um marco no percurso da jurisprudência deste tribunal superior do Reino Unido, consagrou o princípio, segundo o qual, existindo a violação de um dever («a statutory duty») e produzindo-se o dano que a sua imposição visava evitar, sem que seja possível demonstrar, de acordo com o «*current state of medical knowledge*» que o respeito por aquele dever teria impedido a produção deste dano haverá lugar à inversão do ónus da prova, recaído sobre o lesante demandado o encargo de provar que não existiu um nexo causal entre aqueles dois factos, já que «*it is a sound principle that where a person has, by breach of duty of care, created the risk, and injury occurs within the area of that risk, the loss should be borne by him unless he shows that it had some other cause*».

A razão de uma tal inversão do ónus da prova, no âmbito da responsabilidade médica, encontra-se, não só no conjunto de conhecimentos técnicos que o mesmo, como profissional, detém, mas também, no facto de ter sido ele que, com o seu erro, «criou a situação que não permite apurar com suficiente certeza, qual teria sido o decurso da doença, se o tratamento tivesse sido realizado correctamente, secundum *legem artis*».

Para além destes mecanismos inversores do ónus da prova que bem poderão ser aplicados no quadro do nosso ordenamento poderemos ainda encontrar outros mecanismos.

5. Inversão do ónus probatório (n.º 2 do artigo 337.º)

Perante a existência de uma qualquer norma que estabeleça uma presunção ou dispense ou libere o ónus da prova (ou convenção que produza iguais efeitos, quando seja de admitir a sua validade) – vide n.º 1 do artigo 337.º – o nosso legislador admite uma situação em que, a título excepcional, se prevê tal efeito: a do circunstancialismo do n.º 2 do artigo 337.º: «(...) quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado(...)».

Avultam, aqui, dois requisitos, para a inversão do ónus da prova – o do comportamento culposo da parte não onerada com a demonstração de um facto controvertido e o da impossibilitação, por esse facto, da respectiva prova.

Assim, a mera «falta de preparação técnica da parte onerada» ou a «especial dificuldade da prova» devida não serão, em princípio, argumentos capazes de fundar uma alteração ou inversão da repartição legal do ónus da prova.

Exemplos paradigmáticos de hipóteses subsumíveis àquele preceito serão, pelo contrário, as situações, em que a parte contrária destrói documentos, que seriam necessários para que aquele que invoca um direito pudesse fazer prova de um facto constitutivo do mesmo.

Um exemplo das virtualidades deste dispositivo, a nível da responsabilidade de que ora se trata, é o da destruição dolosa pelo médico da ficha clínica do doente, que, por aquele deve ser elaborada, custodiada e conservada. Tal comportamento culposo do profissional pode inviabilizar a actividade processual do doente, já que aquele documento reveste uma grande importância probatória – dele constam referências aos vários actos adoptados pelo médico, às reacções do doente, permitindo reconstruir o iter seguido pelo profissional de saúde e o raciocínio em que se baseou a opção por uma dada terapia, a rejeição de outra e a razão de ser de uma inflexão num dado tratamento. Por isso, por força daquele acto destrutivo do profissional de saúde, pôr-se-á a seu cargo a prova de que agiu adequadamente.

Outro exemplo fornecido por Vaz Serra de uma situação que caberia no preceito considerado, dizia respeito à responsabilidade médica e fora retirada de um caso decidido pelo Tribunal Federal alemão. Para averiguar a culpa de um médico, era necessário conhecer a dimensão e o material (algodão ou gaze) de que era feita uma compressa, que não havia sido removida da verida causada por uma operação. A compressa foi inutilizada pelo médico, inviabilizando a prova que cabia ao doente. O tribunal alemão, invertendo o ónus da prova, considerou o médico onerado com a demonstração da sua não culpabilidade.

6. Presunções judiciais, prova *prima facie* e apreciação livre da prova

Ao lado do mecanismo inversor do ónus probatório referidos anteriormente, existem outros mecanismos de grande utilidade, para o lesado, que são as «presunções judiciais» – artigo 344.º – que permitem extrair de um facto conhecido (facto com significado de dano) um facto desconhecido (a produção do dano).

Assim em certas situações típicas, os tribunais, ao apreciar os factos de acordo com a experiência da vida inferem a verificação de outros factos, cuja demonstração não se mostrou inequívoca.

Na verdade, a operação de apreciação do produto da actividade probatória desenvolvida pelas partes, apesar de apresentar, de uma forma inelutável, uma

margem de discricionariedade, não constitui um espaço de liberdade sem constrangimentos para o julgador. Este deve movimentar-se aí em obediência a critérios de «coerência lógica», que permitam a sindicância do raciocínio e do percurso argumentativo que o conduziram à decisão que, por fim, adoptou.

A convicção do juiz funda-se numa representação hipotética dos factos, construída a partir daquela versão que, de entre as duas – logicamente plausíveis – que as partes em confronto deles apresentam, aparece mais atendível – mais provável – com base nos resultados das provas. As regras da experiência e a probabilidade figuram como critérios prestáveis, a que o julgador pode recorrer, no exame crítico do produto da actividade probatória.

É, então, ao nível da operação de apreciação da prova que a denominada prova *prima facie* ou de primeira aparência – que se apresenta familiar das presunções naturais referidas – aparece como um mecanismo susceptível de ser empregue, no nosso ordenamento, face às dificuldades inegáveis, nomeadamente na prova do nexo causal entre o acto (positivo ou negativo) do médico e o dano verificado. Encontra-se uma base fundante para tal precisamente no princípio da livre apreciação das provas, previsto no n.º 1 do artigo 558.º do CPC.

Ora, o julgador, no juízo que venha a formular sobre a actividade probatória desenvolvida, deverá ponderar as especiais dificuldades que ela acarretou para a parte onerada. Desta forma, poderá «julgar suficiente uma prova que, noutra situação, não seria bastante para a prova do facto».

7. A solução prevista no n.º 6 do artigo 560.º

Por fim, pretendemos trazer para discussão, dadas as virtualidades que encerra, uma norma que consagra uma disciplina que permite aprisionar juridicamente a dúvida na determinação do *quantum* reparatório. Trata-se do n.º 6 do artigo 560.º, onde se dispõe que: «Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julga equitativamente dentro dos limites que tiver por provados».

A letra do artigo refere-se, apenas, à situação de existir uma impossibilidade quanto à determinação do montante dos danos. No entanto, Vaz Serra entende que o regime nele previsto deve aplicar-se, com as necessárias adaptações à situação em que a própria existência de danos seja insusceptível de averiguação. Este alargamento, conseguido ou por interpretação extensiva ou por aplicação analógica, justifica-se, segundo o Autor, pelo facto de ambas as situações merecerem tratamento idêntico. Desta forma, se alcança um regime próximo do consagrado no parágrafo 287 da Ordenança de Processo Civil alemã, e do que constava do articulado proposto por Vaz Serra, para o Código Civil de 1966.

Assim, e citando Larenz a propósito do referido parágrafo da lei alemã: «A

afirmação de que de um determinado evento nasceu um dano e em determinado montante não pode muitas vezes ser no caso concreto, exactamente feita e provada, porque depende de simples avaliações e juízos de verosimilhança». E continua o mesmo autor «(...) com base numa considerável verosimilhança por ele [tribunal] afirmada pode ele fixar uma conexão causal, quando esta lhe basta para a formação da sua convicção». Estas palavras valeriam, segundo Vaz Serra, para o nosso direito, à luz do disposto no n.º 6 do artigo 560.º e no artigo 563.º.

Aceitando esta virtualidade expansiva da letra do n.º 6 do artigo 560.º, bastará ao autor alegar e provar um facto que contenha ínsito «um normal ou presumido significado de dano» para que o tribunal considerar esse dano e o valore equitativamente. Para confortar este entendimento pode ainda ser chamado à colação o n.º 1 do artigo 434.º do Código do Processo Civil, que dispensa a alegação e prova dos factos notórios.

À semelhança do caso analisado por Vaz Serra, relativo à perda de habitação que «causa, em regra danos à pessoa que perde esta, e que tem de procurar nova habitação e levar para ela os seus objectos», o comportamento culposo do médico que, sem causa justificativa, se desvia das *leges artis* causa, em princípio, danos (nomeadamente aqueles que as normas desrespeitadas visavam evitar) à pessoa do doente lesado. Trata-se, pois, de um significado danoso contido no próprio acto desvalioso que, à luz da equidade, deverá ser quantificado.

Portanto, à luz desta concepção, e na medida em que o recurso ao referido preceito permite presumir o nexó causal entre o facto e o dano, tal norma proporciona a facilitação da tarefa probatória do doente.

8. Conclusões

O estudo e análise realizados permitem-nos formular as seguintes considerações finais:

- Ante a complexidade na vigência da relação médico-doente, só é possível ditar as regras de aplicação do dispositivo normativo de inversão do ónus da prova após o estabelecimento da relação e instalação do conflito;

- A relação médico-doente é a instituição social que definiu ao longo da história o papel do médico não como mero prestador de serviço, mas como aquele tecnicamente apto e socialmente legitimado a exercer a arte da medicina. Tal exercício não quer dizer apenas obter resultados esperados; exercer essa arte significa predominantemente gerir nas relações sociais o abismo que por vezes se coloca entre o esperado e o alcançado. Dito de outra forma, o médico actua como mediador entre o conhecimento e o doente, na compreensão do intervalo entre o resultado previsto e o obtido por meio de intervenção cientificamente reconhecida, moralmente admitida e juridicamente permitida;

- Em face da evidência de o exercício da actividade dos profissionais de saúde ir parametrizado numa realidade incontornável, o facto de o organismo humano ser por vezes imprevisível e incompreensível, é um fardo extremamente pesado e injusto, em determinadas situações, a inversão do ónus da prova dos médicos, devendo dar-se prioridade, na composição de conflitos daí decorrentes, a instrumentos processuais em detrimento da criação de presunções legais, até porque das mesmas surgem naturais dificuldades de prova em contrário com influência decisiva sobre a relação jurídica controvertida.

Finalmente, concluo com a seguinte observação, sendo certo que o erro médico é a excepção e não a regra da medicina nesta Região Administrativa Especial de Macau, e sendo certo, que a maioria dos nossos médicos seja composta por profissionais comprometidos e empenhados no exercício da boa arte médica, seria lamentável se a tentativa de gerar equilíbrios nos casos em que se supõe que o doente como minoria viesse abalar ainda mais a instituição «relação médico-doente» – a qual não pode ser reduzida a um contrato seco, desprovido das marcas históricas que definiram o papel social do médico. É preciso ter cuidado para que as reivindicações jurídicas, certamente crescentes na regulamentação do exercício do profissional médico, não venham a conferir-lhe o carácter legalista reinante nos Estados Unidos da América.

Se a crescente onda de judicialização da medicina podem ser vistos como indícios de desenvolvimento do nosso ordenamento jurídico, também indica que em paralelo a esse avanço se impõe pensar a desejada dosagem da intervenção nas relações sociais, mais precisamente na relação médico-doente, como exemplo de uma relação social que não pode ser reduzida à mera competência técnica (mesmo que condição *sine qua non*) ou unicamente ao contrato implícito (apesar da sua excelência histórica), tão pouco cabe reduzi-la à fixação legal (mesmo perante a sua protecção do bem jurídico como a vida e a saúde).