

**ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O
NOVO REGIME JURÍDICO DO ERRO MÉDICO EM MACAU —
O PROBLEMA DA UNIDADE E DA AUTONOMIA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRESTADORES DE
CUIDADOS DE SAÚDE**

**澳門醫療過失法律新制的反思—
—兼論醫療責任的制度定位問題**

**Some Reflections on the New Legal Regime for
Medical Errors in Macau — The Issue of Unity and
Autonomy in the Civil Liability of Healthcare Providers**

Rui Amaral

Mestre em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Jurista

*«RESPONSABILIDADE É UMA NOÇÃO CURIOSA ... FOGE-SE
DELA COMO A PROCURAMOS. DESCARTAMO-NOS DELA
COMO TAMBÉM A OSTENTAMOS ... USAMOS O MESMO
VOCÁBULO PARA DESIGNAR UM PODER, ATRIBUIR UM ERRO
OU LOUVAR UMA ASSUMPÇÃO».*

Alain Etchegoyen, in «A Era dos Responsáveis».

Resumo: O presente trabalho tem por principal objectivo uma avaliação global das soluções normativas que o legislador de Macau veio a consagrar no quadro do Regime Jurídico do Erro Médico (Lei n.º 5/2016); esta mesma avaliação parte da análise ao modo como a doutrina e a jurisprudência de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (RAEM) têm vindo a resolver a temática da responsabilidade civil dos prestadores de cuidados de saúde; partindo desta abordagem procuramos compreender as soluções normativas que na RAEM vieram a ser plasmadas no novo *regimen* e que apontam claramente para um modelo autónomo de responsabilidade civil profissional, que embora mantenha a via da responsabilização subjectiva, vem alargar, consideravelmente, a responsabilidade objectiva, matizando, no entanto, bastante a primeira, em um contexto, em que se procura retirar dos ombros do pessoal clínico a cruz da responsabilidade, por forma a deixar de fazer pairar sobre as suas cabeças, a ameaça da assumpção dos danos. Esta nova abordagem procura dar uma resposta mais eficaz e eficiente aos novos desafios que no domínio da resolução de litígios decorrentes da responsabilidade dos profissionais de saúde¹ se vêm a colocar mundialmente e em particular, na República Popular da China, e que acabaram por impôr uma diferente abordagem de política legislativa neste domínio.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; erro médico; responsabilidade civil contratual e extracontratual; acto médico; contrato de prestação de serviços; culpa; dano; ilicitude; negligência; nexo de causalidade; obrigação de meios.

摘要：本研究的主要目的是對澳門《醫療過失法律制度》（第5/2016號法律）所確立的立法解決方案進行整體評估。該評估首先從對葡萄牙與中華人民共和國澳門特別行政區之學說與判例實踐在處理醫療服務提供者之民事責任問題上的方式入手，進而分析澳門新制度所體現的規範邏輯與制度設計。

本研究指出，澳門現行制度明確採取一種專業民事責任的自主模式，雖然保留了以主觀歸責（基於過錯）為主的責任路徑，卻同時大幅擴展了客觀責任的適用領域，並在過錯責任中引入了更多限制與條件。在此模式下，立法者試圖減輕臨床醫療人員承擔損害風險的心理與法律壓力，避免

1 «China has experienced a surge in medical disputes in recente years, on the streets and in courts. Many disputes result in violence. Quantitative and qualitative empirical evidence of medical malpractice litigation and medical disputes in China reveals a dynamic in which the formal legal system operates in the shadow of protest and violence. (...)», in MALPRATICE MOBS: MEDICAL DISPUTE RESOLUTION IN CHINA, Columbia Law Review, Benjamin L. Liebman

責任威脅長期懸而未決，成為醫療實踐的制度性陰影。

這一立法策略反映出對醫療責任領域中日益複雜訴訟樣態的回應，特別是在全球背景下，以及中華人民共和國境內對此類責任處理所出現之政策性挑戰，最終導致澳門在此領域採取了不同於以往的立法政策取向，以期更有效率與效果地解決相關爭議。

關鍵字：民事責任；醫療過失；合同與非合同民事責任；醫療行為；服務提供合同；過錯；損害；不法性；過失；因果關係；手段義務。

Abstract: This work aims primarily to provide a comprehensive evaluation of the normative solutions established by the Macau legislator within the framework of the Legal Regime for Medical Errors (Law No. 5/2016). This evaluation is based on an analysis of how the doctrine and jurisprudence of Portugal and the Macau Special Administrative Region of the People's Republic of China (SAR) have addressed the issue of civil liability of healthcare providers. From this approach, we seek to understand the normative solutions adopted in the SAR under the new regime, which clearly point to an autonomous model of professional civil liability. While maintaining the path of subjective liability, this model significantly expands objective liability, while considerably nuancing the former, in a context where the aim is to relieve clinical personnel of the burden of liability, thereby removing the threat of assuming damages. This new approach seeks to provide a more effective and efficient response to the new challenges arising globally, and particularly in the People's Republic of China, in the field of dispute resolution stemming from the liability of healthcare professionals, which have ultimately necessitated a distinct legislative policy approach in this domain.

Keywords: Civil liability; medical error; contractual and non-contractual civil liability; medical act; service provision contract; fault; damage; unlawfulness; negligence; causal link; obligation of means.

1. Introdução

Em Portugal, tal como na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) até à aprovação da Lei n.º 5/2016 (Regime jurídico do Erro Médico), a relação médico-paciente não é regulada por lei especial².

2 Cf., ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, «Breves Notas Sobre a Responsabilidade Médica

Nos termos do ordenamento jurídico português, os direitos e os deveres dos pacientes encontram-se previstos na Lei de Bases da Saúde (Base XVI da Lei 48/90, 21/8), no Código Penal e noutros diplomas de Direito da Saúde sintetizados na Carta dos Direitos e Deveres dos Utentes, que não tem, contudo, força vinculativa. O extenso catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição da República Portuguesa (CRP) e na Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina, directamente aplicável, acabam por constituir a base do direito médico português.

Na RAEM o catálogo de direitos fundamentais dos pacientes veio a encontrar aconchego não apenas no Código Penal (Decreto-Lei n.º 58/95/M, de 14 de Novembro), mas em diversos outros diplomas legais no domínio do Direito da Saúde, e de entre os quais destacamos, pela sua imediata aplicação, a Lei n.º 2/96/M, de 3 de Junho (Estabelece as regras a observar nos actos que tenham por objecto a dádiva, a colheita e a transplantação de órgãos e tecidos de origem humana) e o Decreto-Lei n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro (Estabelece um regime jurídico de protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina).

A responsabilidade médica na RAEM tal como em Portugal inclui as seguintes modalidades: civil, penal e disciplinar³. Em Portugal, tal como na RAEM até à vigência do Regime Jurídico do Erro Médico, o regime da responsabilidade civil em unidades privadas de saúde, as também designadas «clínicas privadas» e das unidades públicas de saúde, ou seja os hospitais públicos, é, contudo, diverso.

Em Portugal na vigência do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21/11/1967 – que só cessou com a entrada em vigor (no dia 30 de Janeiro de 2008: cfr. o seu artigo 6.º) da Lei n.º 67/2007, de 31-XII, que aprovou o novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e revogou aquele diploma – tanto na jurisprudência, com na esmagadora maioria da doutrina, tem-se vindo, pacificamente a entender, que a relação que se estabelece entre o hospital público e o utente particular (que lá se dirige, seja para ser sujeito a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento médico específico pré-programado, seja para realizar uma simples visita em ambulatório) constitui uma relação de serviço

em Portugal», in Imprensa da Universidade de Coimbra, Revista Portuguesa do Dano Corporal, 2017.

3 Todos os médicos, em Portugal, estão sujeitos à responsabilidade disciplinar da Ordem dos Médicos. Os que forem também funcionários públicos podem ainda ser arguidos num processo disciplinar na administração pública. Em Macau não havendo uma Ordem dos Médicos os médicos do sector privado estão sujeitos à responsabilidade administrativa dos Serviços de Saúde. Sendo funcionários públicos podem ser, no entanto, arguidos, em processo disciplinar promovido pelos Serviços de Saúde ou por outra entidade pública onde exerçam a respectiva actividade profissional.

público, assumindo, pois, os respectivos actos médicos a natureza de actos de gestão pública, visto estarem em causa, sobretudo, actos praticados no exercício de poderes públicos, com vista à realização do interesse público⁴. Nesse mesmo sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, sempre veio a entender, de forma uniforme, que⁵:

- «É enquadrável no âmbito da responsabilidade civil extracontratual – Decreto-Lei n.º 48 051 de 1967.11.21 – a pretensão indemnizatória da autora, relativa a danos emergentes de um procedimento médico-cirúrgico de que foi alvo, num estabelecimento de saúde pública, ao qual recorreu na qualidade de utente.»⁶;

- «a responsabilidade por actos ou omissões na prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos tem natureza extracontratual, incumbindo ao lesado o ónus de alegar e provar os factos integradores dos pressupostos dessa responsabilidade, regulada, fundamentalmente, no Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967»⁷;

- «A responsabilidade civil decorrente de factos ilícitos imputados a um Hospital integrado no Serviço Nacional de Saúde não tem natureza contratual, sendo-lhe aplicável o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos»⁸.

O único aresto que se afastou desta orientação praticamente pacífica e uniforme foi o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 30/11/2012 (Proc. N.º 01425/04.8BEBRG; Relator – ROGÉRIO PAULO DA COSTA MARTINS), no qual se entendeu que «No domínio da prestação dos serviços de saúde é mais adequado à realidade e conduzir a soluções mais justas, a aplicação

4 Cfr., neste sentido, nomeadamente, FREITAS DO AMARAL, in *Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde*, Direito da Saúde e da Bioética, Lisboa, 1991, pp. 121 e ss, GUILHERME DE OLIVEIRA, in *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento informado e Responsabilidade Médica*, incluído in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

5 Cfr. Rui Torres Vouga, in *A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos)*, Centro de Estudos Judiciários, Junho de 2018.

6 Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20/04/2004 [Processo n.º 0982/03; Relator – POLÍBIO HENRIQUES].

7 Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9/06/2011 [Processo n.º 0762/09; Relator – ADÉRITO SANTOS];

8 Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16/01/2014 [Processo n.º 0445/13; Relator – ANTÓNIO SÃO PEDRO];

do regime da responsabilidade contratual do que o regime da responsabilidade extracontratual, pois estamos perante uma situação de facto equivalente à de um contrato de prestação de serviços – art.º 1154.º do Código Civil-, e, por isso, a justificar a mesma protecção legal.». Trata-se, no entanto, de uma decisão inédita, contrária a uma orientação há muito sedimentada na jurisprudência dos Tribunais Administrativos e dos próprios tribunais comuns⁹.

Relativamente a estabelecimentos de saúde privados, segundo JOÃO ÁLVARO DIAS¹⁰, «é hoje praticamente indiscutível que a responsabilidade médica, tem, em princípio, natureza contratual». «Médico e doente estão, no comum dos casos, ligados por um contrato marcadamente pessoal, de execução continuada e, por via de regra, sinalagmático e oneroso»¹¹.

«Pelo simples facto de ter o seu consultório aberto ao público e de ter colocado a sua placa, o médico encontra-se numa situação de proponente contratual»¹². «Por seu turno, o doente que aí se dirige, necessitando de cuidados médicos, está a manifestar a sua aceitação a tal proposta»¹³. «Tal factualidade é, por si só, bastante para que possa dizer-se, com toda a segurança, que estamos aqui em face dum contrato consensual pois que, regra geral, não se exige qualquer forma mais ou menos solene para a celebração de tal acordo de vontades»¹⁴.

Contudo, casos há, «em que a actuação ilícita do médico, causadora de resultados danosos para o doente, pode configurar uma situação de responsabilidade extracontratual»¹⁵.

«Assim, p. ex., no caso de um médico prestar assistência a uma pessoa inanimada ou a um incapaz cujo representante legal não

9 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/12/2008 (Processo n.º 08º3323; Relator – MÁRIO CRUZ), entendeu também, «A prestação de cuidados de saúde, ao abrigo do serviço nacional de saúde, decorre de uma obrigação do Estado para com todos os cidadãos que careçam dos cuidados médico-cirúrgicos, independentemente da vontade da entidade prestadora de saúde em querer ou não querer obrigar-se em prestar esses cuidados, porque a tal não se pode recusar».

10 In «Procriação Assistida e Responsabilidade Médica», Coimbra, 1996, pp. 221-222.

11 JOÃO ÁLVARO DIAS, *ibidem*.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*.

conhece ou, de todo, não poe contactar»¹⁶.

Também na jurisprudência portuguesa tem prevalecido o entendimento segundo o qual, embora a responsabilidade médica assuma, em princípio, natureza contratual, pode, porém, essa responsabilidade configurar-se, por vezes, como extracontratual ou delitual, por violação de direitos absolutos (v.g., os direitos de personalidade).

Assim é que:

- «Na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, pode ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual»¹⁷.

- «Em regra, a relação entre o médico de clínica privada e o doente que o procura configura uma relação contratual, um contrato de prestação de serviços, ou um contrato médico, pelo que lhe serão aplicáveis as regras da responsabilidade contratual. Pode acontecer, contudo, que o dano se mostre consequência de um facto que simultaneamente viole uma relação de crédito e um dos chamados direitos absolutos, como o direito à vida ou à integridade física, ou seja: pode suceder que exista uma situação

16 Segundo JOÃO ÁLVARO DIAS (in ob. cit., p. 226 nota 13), «duas situações podem ocorrer; a primeira é a de o médico se deparar face a um doente por força de circunstâncias puramente fortuitas (v.g., ocorrência de um acidente, qualquer que ele seja, no local onde o médico se encontrava); a segunda diz respeito àqueles casos em que é uma terceira pessoa que chama o médico para assistir o inconsciente ou o incapaz», sendo que, «consoante os casos, assim o tratamento jurídico será diferente». «No primeiro caso, recai sobre o médico um verdadeiro dever legal e deontológico de assistência à pessoa que se encontra em perigo, sendo tal omissão passível de procedimento criminal» (ibidem). (...) «No caso de ser uma terceira pessoa a alertar o médico para cuidar de quem se encontra em estado de inconsciência ou é incapaz poder-se-ia figurar a actuação desse terceiro como uma verdadeira gestão de negócios, que o próprio doente poderá ou não vir a ratificar» (ibidem). «Isto, claro está, na medida em que o terceiro tenha excedido o próprio dever legal que sobre ele também recai de prestar assistência ao doente suscitando a intervenção de uma pessoa qualificada (o médico)» (ibidem). «Na limitada medida, porém, em que possa falar-se aqui de uma situação de gestão de negócios, teremos que a responsabilidade do médico será contratual se a gestão for ratificada pelo paciente» (ibidem). «Em todos os outros casos (actuação por força de um dever legal ou não ratificação pelo doente) estaremos em face de uma responsabilidade de natureza delitual» (ibidem).

17 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/06/2001[Processo n.º 01A1008; Relator: PINTO MONTEIRO].

susceptível de preencher os requisitos de aplicação dos requisitos da responsabilidade contratual e extracontratual»¹⁸.

- «Ocorrendo, durante uma cirurgia ortopédica com anestesia por epidural, uma lesão medular de que resultou paralisia em membro inferior e outras sequelas, ocorre uma situação de cumprimento defeituosos das obrigações contratuais, e, simultaneamente, a violação de um direito absoluto, a integridade física da autora. Verifica-se concurso de responsabilidade civil contratual e extracontratual, aplicando-se o regime daquela por ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada e por ser, em regra, mais favorável ao lesado»¹⁹.

Na RAEM, até à entrada em vigor do Regime Jurídico do Erro Médico, e na vigência, neste domínio, do Decreto-Lei n.º 28/91/M, de 22 de Abril (Estabelece o regime da responsabilidade civil extracontratual da Administração da Região Administrativa Especial de Macau, pessoas colectivas públicas, seus titulares e agentes por actos de gestão pública), era também entendimento pacífico, que a relação que se estabelecia entre o hospital público e o utente particular constituía uma relação de serviço público, assumindo, pois, os respectivos actos médicos a natureza de actos de gestão pública. A jurisprudência do Tribunal de Última Instância da Região Administrativa Especial de Macau, entendia, de uniformemente, que:

- «A responsabilidade por actos ou omissões na prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos tem natureza extracontratual (...) Na verdade, quem recorre a um estabelecimento de saúde pública, fá-lo ao abrigo de uma relação jurídica administrativa de utente, modelada pela lei, submetida a um regime jurídico geral e estatutário pré-estabelecido, aplicável, em igualdade, a todos os utentes daquele serviço público, que define o conjunto dos seus direitos, deveres e sujeições e não pode ser derogada por acordo, com introdução de discriminações positivas ou negativas. Não o faz, portanto, na qualidade de parte contratante, ainda que num hipotético contrato de adesão ou ao abrigo de relações contratuais de facto (...) A semelhança da natureza jurídica da prestação de cuidados de saúde num

18 Acórdão da Relação de Lisboa de 19/04/2005 [Processo n.º 10341/2004-7; Relator: PIMENTEL MARCOS].

19 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/01/2016 [Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1; Relator: MARIA DA GRAÇA TRIGO]

estabelecimento de saúde público com a natureza da relação subjacente a um contrato de prestação de serviços não é suficiente para que os actos médicos em causa caiam no âmbito de aplicação do regime da responsabilidade civil contratual, porque à primeira falha o pressuposto essencial à aplicação desse regime, qual seja o vínculo obrigacional»²⁰.

Porém sobre a relação existente entre o hospital privado e o utente particular, sendo competente o Tribunal Judicial de Base, vigoravam as normas do Código Civil de Macau (CCM), nelas se incluindo as regras relativas ao contrato de prestação de serviços; contudo, veio o Tribunal de Última Instância (TUI) a entender que a responsabilidade civil por actos ou omissões na prestação de cuidados de saúde por entidades privadas livremente acordada com o paciente, tinha, simultaneamente, natureza extracontratual e contratual²¹.

Entendia o TUI que:

- «De entre as teses possíveis para solucionar o problema, (...), a tese que, de longe, reúne actualmente, a preferência dos autores é a que deixa nas mãos do lesado a escolha do regime, corrento o risco da opção que faça²².

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

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

Como ensina LEBRE DE FREITAS²³ é monopólio do autor a indicação dos factos principais que integram a causa de pedir da

20 Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, de 18 de Janeiro de 2006 - Processo n.º 23/2005, publicado no Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau N.º 16, I Série, 2006.4.17, páginas 471 - 501

21 Recurso jurisdicional em matéria cível – Processo n.º 34/2013;

22 Entre outros, ANTUNES VARELA, Das Obrigações..., Vol. I, p. 637, CARLOS DA MOTA PINTO, Cessão da Posição Contratual, Almedina, Coimbra, reimpressão, 2003, p. 411 e 412, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Cláusulas Limitativas ..., p. 430, J. FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, Responsabilidade Médica em Portugal, Boletim do Ministério de Justiça n.º 332, p. 40 e ANTÓNIO HENRIQUES GASPARG, A responsabilidade civil do médico, Colectânea de Jurisprudência, Ano III, 1978, Tomo I, p. 345.

23 LEBRE DE FREITAS, Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto, Coimbra Editora, 1996, p. 130.

acção.

Logo, é o autor que alega o título jurídico na qual baseia a acção, também como decorrência do princípio da autonomia da vontade, correndo os riscos da sua opção.».

Em conclusão quer na doutrina quer na jurisprudência portuguesa e macaense, a natureza da responsabilidade médica não era unitária. Ao lado de um quadro contratual que constituía a regra, deparamo-nos com situações múltiplas, em que se impunha a natureza delitual da responsabilidade médica²⁴.

Esta diversidade de posições tem por imediata implicação respostas diferentes que em nada contribuem para a certeza e segurança que, naturalmente, se exige do Direito.

Ora, apesar da multiplicidade de posições adoptadas nos dois ordenamentos jurídicos sobre a matéria da responsabilidade civil médica, ainda assim, é possível reconhecer, alguns sinais de aproximação dos regimes de responsabilidade civil contratual e extracontratual, de entre as quais se destaca, pela sua clarividência e profundidade, NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA²⁵, e que apontam para a necessidade de uma eventual e necessária autonomia no tratamento da responsabilidade civil dos prestadores de cuidados de saúde. Reconhecendo que *«tem sido por demais debatido a subordinação da responsabilidade civil dos profissionais de saúde aos regimes gerais de responsabilidade civil – ao regime da responsabilidade contratual ou ao regime da responsabilidade extracontratual – ou, eventualmente, a um regime especial»*, constata que, caso se opte, por uma concepção unitária, o regime de responsabilidade civil dos profissionais de saúde configurar-se-á como um regime «transtípico», corrigindo-se a distinção entre os dois «tipos» tradicionais de responsabilidade – a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual; caso se opte por uma concepção dualista ou pluralista, o regime da responsabilidade civil dos profissionais de saúde configurar-se-á como um regime «típico» - ou como o resultado da confluência ou concurso entre dois regimes «típicos» de responsabilidade civil.

2. Análise comparativa das soluções normativas dos dois regimes

Em ambos os ordenamentos jurídicos os requisitos ou pressupostos são comuns na responsabilidade extracontratual e contratual²⁶: (1) o facto voluntário

24 JOÃO ÁLVARO DIAS (in ob, e loc. ultim. cit.).

25 Ob. Cit.

26 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, «Breves Notas Sobre a Responsabilidade Médica em

do agente, que se pode traduzir numa acção ou omissão; (2) a ilicitude; (3) o nexo de imputação, que abrange a imputabilidade e a culpa que se subdivide em dolo ou negligência; (4) o nexo de causalidade, adoptando-se a teoria da causalidade adequada (art.ºs 563.º do CCP e 557.º do CCM) e (5) o dano, que pode ser de natureza patrimonial ou não patrimonial.

Neste contexto, existe responsabilidade extracontratual, nos termos previstos no artigo 483.º do Código Civil Português (CCP) - artigo 477.º do CCM - sempre que haja violação de um direito absoluto, ou de um dispositivo legal - são situações em que, mesmo não existindo compromisso específico de uma das partes no sentido de adoptar um determinado comportamento, ainda assim existe uma obrigação de respeitar a esfera jurídica de outrem que se vê ameaçada por um comportamento danoso²⁷.

A responsabilidade contratual determinaria o cumprimento de uma obrigação convencionada entre o profissional de saúde e o seu paciente, no âmbito de um contrato de prestação de serviços nos termos do artigo 1154.º do CCP e artigo 1080.º do CCM -: «*Contrato de prestação de serviços é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição*», sendo que, por força do artigo 406.º do CCP - artigo 400.º do CCM -, «*[o] contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei*»; a violação do contrato acarretaria, neste contexto, a obrigação de indemnizar, desde que o devedor da prestação tenha agido voluntariamente, com culpa (dolo ou negligência), tenha havido dano e exista um nexo de causalidade entre o facto ilícito culposo e o dano – artigo 483.º, n.º 1 do CCP - artigo 477.º CCM.

Posto que, e antes de se avançar, procede-se a uma comparação entre as soluções normativas previstas nestes dois regimes para que a partir dessa análise se possa melhor compreender a resposta de cada um desses regimes aos problemas que neste domínio se vêm colocar.

É o que farei de seguida.

Como refere RUI MIGUEL PRISTA CASCÃO²⁸ nos termos do Código Civil de Macau, assim como no Código Civil Português as diferenças essenciais entre o regime da responsabilidade extracontratual e da responsabilidade contratual reconduzem-se, basicamente, ao *onus da prova da culpa* (art. 487.º, n.º 1 vs. art. 799.º do CCP e art.º 480.º, n.º 1, vs. Art.º 788.º do CCM) e aos *prazos de*

Portugal», in Imprensa da Universidade de Coimbra, Revista Portuguesa do Dano Corporal, 2017.

27 Nesse mesmo sentido, António HENRIQUES GASPAR, in «A Responsabilidade Civil do Médico», in Cj, Ano III, 1978, pág. 341.

28 In «A responsabilidade civil contratual na prestação de cuidados de saúde em Portugal e Macau»

prescrição (na responsabilidade contratual, vinte anos, art. 309.º do CCP, na responsabilidade extracontratual, três anos, art. 498.º, CCP; na responsabilidade contratual, quinze anos – art.º 302.º do CCM; na responsabilidade extracontratual, três anos – artigo 491.º, do CCM).

Segundo a tendência geral da jurisprudência dos Tribunais Superiores em Portugal²⁹, bem como na jurisprudência do Tribunal de Segunda Instância de Macau³⁰ a presunção de culpa imposta pelo Artigo 799.º/1 do CCP (idêntico ao Artigo 788.º/1 do CCM) é fortemente mitigada no contexto de uma obrigação de meios³¹: em caso de acção de indemnização por dano resultante de acção ou omissão de acto médico, o paciente tem o ónus da prova do incumprimento por parte do prestador de cuidados de saúde do seu dever de diligência, o qual é aferido de acordo com a diligência normal de um *bonus paterfamilias*, ou, no caso de um profissional de saúde, de acordo com as regras da arte da sua profissão, de acordo com as circunstâncias (*leges artis ad hoc*). Só após a prova pelo paciente da falta de diligência do prestador de cuidados de saúde (ilicitude),

29 Acórdãos do STJ de 22/05/2003, Rev. 912/03 (7.ª secção); 18/09/2007, Rev. 2334/07 (7.ª secção); 15/10/2009, Rev. 1800/08 (2.ª secção); 16/06/2009, Rev. 287/09.3YFLSB (1.ª secção); 22/11/2007, Rev. 3800/07 (2.ª secção); 02/10/2008, Rev. 2654/08 (7.ª secção); 24/05/2011, Rev. 1347/04.2TBPNF.P1.S1 (1.ª secção); 13/09/2011, Rev. 10527/07.8TBMAI.P1.S1 (6.ª secção); 15/12/2011, Rev. 209/06.3TVPRT.P1.S1 (1.ª secção); 15/11/2012, Rev. 117/2000.L1.S1 (2.ª secção); 11/06/2013, Rev. 544/10.6TBSTS.P1.S1 (6.ª secção). No sentido contrário, invertendo o ónus da prova da violação das *leges artis* para o prestador de cuidados de saúde: Acórdãos do STJ de 18/05/2006, rev. 1279/06 (7.ª secção); 12/12/2002, Rev. 4057/02 (2.ª secção) e 27/11/2007, Rev. 3426/07 (6.ª secção). Pesquisa baseada na amostra constante na súmula: A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça (Sumários de acórdãos de 1996 a Julho de 2014), Supremo Tribunal de Justiça (Portugal).

30 Acórdãos do TSI de 10 de Novembro de 2011, Processo n.º 125/2009 (Recurso Cível); TSI de 17 de Janeiro de 2013, Processo n.º 218/2011, TSI de 21 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 778/2011.

31 A distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado (*obligations de moyens* et *obligations de résultat*) é atribuída ao insigne jurista francês René Demogue (Demogue R. *Traité des obligations* en Général, vol I. tome V, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, p. 536 ss.), considerando-se que, no caso de uma obrigação de meios, a presunção de culpa do devedor se encontra completamente afastada. Este cânone foi consagrado jurisprudencialmente pelo célebre aresto da Cour de cassation (Supremo Tribunal francês) de 20 maio de 1936, arrêt Mercier, D. 1936.I.88.), no contexto de um contrato de prestação de serviços de saúde. Desde então, é jurisprudência firme e constante da Cour de Cassation que, em caso de obrigação de meios, a presunção de culpa do devedor é afastada. A distinção foi adoptada noutros ordenamentos jurídicos, sendo empregue, por exemplo, nos Países Baixos, (*inspanningsverbinten*is, *resultaatsverbinten*is), na Alemanha (*Erfolgsverbindlichkeiten*, *Sorgfaltsverbindlichkeiten*), em Itália (*obbligazioni di mezzi*, *obbligazioni di risultato*), ou em Espanha (*obligaciones de medios*, *obligaciones de resultado*): Pinna, A. *The Obligations to Inform and to Advise: A Contribution to the Development of European Contract Law*. Haia: Boom Juridische Uitgevers, 2003, p.62.

do dano e do nexo de causalidade, é que poderá funcionar a presunção de culpa. Perante uma obrigação de meios, o prestador de cuidados de saúde exonera-se da responsabilidade em caso de impossibilidade objectiva ou subjectiva que não lhe seja imputável. Na prática, o critério de aferição da ilicitude (violação do dever de diligência) coincide no essencial com o critério da aferição de culpa a título de negligência, em que: a censura do devedor funda-se apenas em ele não ter agido com a diligência ou com o discernimento exigíveis para ter evitado a falta de cumprimento da obrigação, ou para a ter previsto e evitado, quando porventura nem sequer dela se tenha apercebido.

Assim sendo, em termos práticos, a presunção de culpa raramente se revela útil ao paciente, afora do não cumprimento por causa que não seja imputável ao devedor.

Em auxílio deste entendimento o PROFESSOR ANDRÉ DIAS PEREIRA³² vem a afirmar que o ónus da prova deverá flutuar para o prestador de cuidados de saúde apenas naqueles casos em que o paciente tenha que fazer a prova de factos impeditivos ou extintivos do seu direito e não dos factos constitutivos (artigo 342.º/2 do CCP), recorrendo-se à inversão do ónus da prova previsto no artigo 344.º do CCP ou a presunções judiciais simples ou de experiência, nos termos do artigo 349.º do CCP - será este designadamente o caso do ónus da prova do consentimento informado ou em caso de inexistência ou insuficiência do processo clínico, cujo acervo probatório se encontra na esfera de controlo do prestador de cuidados de saúde e faria o paciente incorrer na *probatio* diabólica de facto negativo.

Assim sendo, somos pois, levados a concluir como GENEVIÈVE VINEY, citado por NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA³³, que a responsabilidade dos profissionais de saúde prestadores de cuidados de saúde não se deveria, em princípio, subordinar nem às regras da responsabilidade contratual, nem às da responsabilidade extracontratual.

Refere ainda este último autor que «*O interesse prático da distinção entre os critérios da ilicitude e da culpa na responsabilidade contratual e na responsabilidade extracontratual dos médicos é em todo o caso escasso, em consequência da coordenação dos deveres contratuais do médico ao tipo «obrigação de meios» e que «A concepção dualista da responsabilidade civil dos médicos conduziria a «uma fragmentação/pluralidade dos regimes de responsabilidade aplicáveis em presença de um mesmo e único facto danoso, com consequências dificilmente inteligíveis» e que, «o critério decisivo de qualificação*

32 Dias Pereira, A. O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

33 Obra Citada

da responsabilidade civil dos médicos como contratual ou extracontratual encontrar-se-á na adequação das regras da responsabilidade contratual aos problemas da responsabilidade civil dos médicos: se essas regras conduzissem a resultados correctos – adequados ao sistema e consonantes com o valor de justiça – a responsabilidade civil dos médicos deveria enquadrar-se na responsabilidade contratual; se essas regras não conduzirem a resultados correctos, não deve enquadrar-se aí».

Perante a frustração evidenciada em incluir a responsabilidade civil dos profissionais de saúde na responsabilidade contratual ou na responsabilidade extracontratual, a alternativa deverá passar por uma das seguintes soluções; ou se admite a autonomia da responsabilidade profissional em geral e/ou da responsabilidade civil dos profissionais de saúde em particular ou se recusa essa autonomia e se regressa a uma concepção dualista ou pluralista da responsabilidade civil dos profissionais de saúde.

Em face de tais dificuldades de enquadramento e de opção estamos em crer que o melhor caminho a seguir seria a subtracção da responsabilidade dos prestadores dos cuidados de saúde às estruturas dogmáticas comuns, devendo-se consagrar o seu regime em uma categoria especial de responsabilidade profissional.

A principal força de atracção de uma concepção desta natureza centra-se na sua capacidade de unificar/uniformizar os princípios e as regras de responsabilidade civil aplicáveis: a categoria da responsabilidade civil dos prestadores de cuidados de saúde, longe de se cingir às relações contratuais do prestador de serviços perante a outra parte, deve ser utilizada por forma a abranger as constelações nas quais não existe contacto contratual entre esse prestador e o lesado.

Posto que se prossegue para a análise das opções seguidas pelo legislador macaense no regime de responsabilidade dos prestadores de cuidados de saúde.

3. O regime de responsabilidade consagrado na Lei n.º 5/2016

Aqui chegados, impõem-se discorrer sobre o modelo de responsabilidade civil que o legislador da RAEM veio a adoptar no regime jurídico do erro médico para os prestadores de cuidados de saúde.

Numa análise preliminar às diversas disposições legais previstas na Lei n.º 5/2016, apontam para a adopção, na RAEM, de um modelo autónomo de responsabilidade civil profissional que embora mantendo a via da responsabilização subjectiva, vem a alargar consideravelmente a responsabilidade objectiva e matizando bastante a primeira³⁴.

34 O mesmo entendimento tem Carla Amado Gomes sobre o regime aprovado na Lei n.º 67/2007,

Sendo certo que responsabilidade objectiva, nos termos do ordenamento jurídico português e também o macaense, só existe em casos excepcionais (483.º/2 do CCP e 477.º/2 do CCM), o n.º 1 do artigo 22.º da Lei n.º 5/2016, vem a determinar que os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, sejam eles estabelecimentos públicos ou privados, passam a suportar a responsabilidade pelo risco das actuações dos profissionais de saúde, desde que sobre estes recaia também a obrigação de indemnizar (em termos subjectivistas).

Vejamos, então.

O legislador da RAEM remete-nos, *prima facie*, e nos termos do artigo 20.º da Lei n.º 5/2016, para a responsabilidade extracontratual prevista no Código Civil, ou seja, de imediato se vem a determinar que para o accionamento da responsabilidade civil dos prestadores de cuidados de saúde é necessário o preenchimento dos pressupostos legais elencados no Artigo 477.º do CCM, em particular: *o facto voluntário do agente* (positivo ou negativo), *a ilicitude*, *a culpa*, *o dano* e *o nexo de causalidade entre o facto e o resultado*.

Numa primeira aproximação conceptual, no que ao *facto* respeita, este tem de ser controlável pela vontade do agente, daí que se refira que tem de ser voluntário. Ora, tal voluntariedade não invalida, todavia, a responsabilidade do agente pelas suas omissões que, poderá e deverá, ser valorada no âmbito da responsabilidade civil, mas tal valoração é meramente eventual já que cumulativamente têm de se observar os restantes pressupostos acima elencados.

Sobre o segundo dos pressupostos, *a culpa*, é esta um dos elementos essenciais para que se consubstancie a responsabilidade civil dos profissionais de saúde. O ordenamento jurídico macaense não veio a acolher a teoria do risco, pelo que a inexistência de culpa dará lugar, necessariamente, à inexistência de responsabilidade, porquanto a culpa, seja dolo ou negligência, exprime o juízo de reprovabilidade da conduta do agente que, não só podia actuar de forma diversa, como devia claramente tê-lo feito.

Quanto à *ilicitude* esta revela-se, de uma forma genérica, como uma contrariedade ao direito. É um juízo de desvalor que se concretiza na violação do direito de um terceiro ou de um normativo legal que proteja interesses que lhe sejam alheios.

O *dano*, por sua vez, consiste no prejuízo que se provoca na esfera de um terceiro. Sendo este dano patrimonial será sempre ressarcível, encontrando-se aqui enquadrados os danos emergentes e os lucros cessantes. Já os danos não patrimoniais, como são morais, serão apenas compensados, por não poderem ser avaliados.

Quanto ao *nexo de causalidade* implica que o facto ilícito e culposo praticado seja condição necessária para o resultado obtido.

Sendo certo que com a remissão para a aplicação do artigo 477.º do CCM se vem a consagrar a aplicação do regime extracontratual à responsabilidade dos prestadores de cuidados de saúde de Macau o diploma vem, contudo, introduzir novos conceitos neste ordenamento que a seguir desenvolveremos.

Começaremos, então, e numa segunda aproximação conceptual, delimitar a que factos voluntários se pretende aplicar aquele regime de responsabilidade.

Ora, nos termos dos artigos 2.º, 3.º e 4.º da Lei n.º 5/2016 vêm-se a introduzir novos conceitos no ordenamento jurídico, o de «acto médico», o de «erro médico» e o de «prestador de cuidados de saúde».

Discorre o artigo 2.º que «..., considera-se acto médico o facto praticado pelos prestadores de cuidados de saúde do sector público ou privado, legalmente habilitados para o efeito, visando a prevenção, diagnóstico, tratamento ou reabilitação de pessoas ou grupos».

O artigo 3.º considera «...erro médico o facto emergente de acto médico praticado, com violação culposa de diplomas legais, instruções, princípios deontológicos, conhecimentos técnicos profissionais ou regras gerais na área da saúde, que cause danos para a saúde física ou psíquica dos utentes, quer seja por acção ou por omissão».

Prevê o artigo 4.º que se considera «...prestador de cuidados de saúde qualquer pessoa singular ou colectiva que desenvolva actividades de prevenção, diagnóstico, tratamento ou reabilitação na área da saúde no sector público ou privado».

Destas normas se retira, que o regime ali definido é apenas e tão só aplicável a factos emergentes de actos médicos, definido-se diversos parâmetros para a verificação de quais estes sejam, recorrendo-se, para o efeito, aos critérios da natureza da actividade profissional, da execução típica e regular da actividade e dos seus principais objectivos³⁵.

Ora, atento o critério da natureza da actividade profissional considera-se «acto médico», como um *acto praticado por prestador de cuidados de saúde que integre o sector público ou o sector privado, legalmente habilitado para o efeito*, ou seja, é necessário que o prestador de cuidados de saúde possua um «título habilitante» que lhe permita exercer a respectiva actividade profissional, isto é, que revele qualidades e aptidão profissional para o desenvolvimento da actividades na área da saúde, especificamente, actividades de prevenção, de diagnóstico, de

35 Cfr. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ACTOS MÉDICOS: ENTRE A «PRÉSUMPTION DE FAUTE» FRANCESA E A «OBJECTIVAÇÃO» ESPANHOLA – Breve resenha comparativa: Uma convergência de regimes?, de Isa António de Sousa.

tratamento ou de reabilitação de pessoas ou grupos.

O segundo critério é relativo, essencialmente, às «*legis artis ad hoc*» e que vêm impôr ao prestador de cuidados de saúde a conformação da sua actividade profissional com a diligência e técnicas normais exigidas pelo caso concreto, ao qualificar-se o erro médico como um facto emergente de acto médico praticado *com violação culposa de diplomas legais, instruções, princípios deontológicos, conhecimentos técnicos profissionais ou regras gerais na área da saúde*.

O terceiro e o último dos critérios, o do objectivo da actividade, vem definir os diversos tipos de actos que implicam uma intervenção na área da saúde física ou psíquica dos utentes, especificamente, a) *Actos de prevenção*, que visam adoptar as medidas necessárias para evitar que a doença se verifique; b) *Actos de diagnóstico*, com vista a determinar a natureza e origem da doença do paciente, que se verificou dos exames e análises clínicas; c) *Actos de tratamento*, os quais têm por missão determinar a terapêutica que o paciente deve seguir, após a realização do seu diagnóstico, bem como a execução de medidas idóneas à cura ou melhoria do doente; e, por último, d) *Actos de reabilitação*, que supõem todo um conjunto de acções dirigidas ao restabelecimento do paciente (órgão, membro) ao seu estado saudável.

Nos termos deste novo enquadramento legislativo, só existirá responsabilidade civil do prestador de cuidados de saúde nos termos da Lei n.º 5/2016, quando o facto praticado, por acção ou omissão, em desconformidade com «*as legis artis*» da profissão, seja emergente de um *acto médico*, que vise a prevenção, o diagnóstico, o tratamento ou a reabilitação de pessoas ou grupos e por quem, esteja legalmente habilitado para o efeito.

Avançando no desenvolvimento conceptual das especificidades deste novo regime passamos ao segundo dos pressupostos fundamentais, *a culpa*; como anteriormente referimos, também neste quadro normativo este é um dos elementos essenciais para que se consubstancie a responsabilidade civil do prestador de cuidados de saúde; no contexto do recorte dado no diploma ele está bem patente nos termos do artigo 3.º, «*...considera-se erro médico o facto emergente de acto médico praticado, com violação culposa...*».

Mas como é que se avaliaria, então, a medida dessa mesma culpa (?), nos estritos termos do disposto na regra geral estabelecida n.º 2 do artigo 480.º do CCM; quer-nos, parecer, no entanto, que o referido diploma nos leva um pouco mais além.

Então vejamos.

É que nos termos da responsabilidade civil dos prestadores de cuidados de saúde previstas na Lei n.º 5/2016, em particular o disposto nos artigos 2.º, 3.º, 4.º e artigo 487.º do CCM por força da remissão do artigo 20.º da Lei n.º 5/2016, não nos parece que se pretenda valorar o erro *per se*, nem mesmo a seriedade do

dano provocado. O que está em causa é a existência, ou não, de culpa do agente, aquando da prevenção, diagnóstico, tratamento ou reabilitação.

Pretende-se, assim, aferir se o prestador de cuidados de saúde tinha à sua disposição outros meios, considerados indicados, para chegar a uma medida de prevenção ou um diagnóstico diverso, uma terapêutica ou reabilitação mais seguras ou adequadas, em alternativa àquelas que utilizou. Até porque é fundamental compreender o prestador de cuidados de saúde também como um agente humano, e por isso falível, que trabalha numa base diária, com uma ciência que não é exacta³⁶. Pelo que apenas será aceitável responsabilizá-lo nos casos em que se verifique uma falta grave e inadmissível, podendo esta ser fixada em montante inferior ao que corresponda os danos causados (cfr. artigo 487.º do CCM).

Sobre a ilicitude o legislador da RAEM veio também a inovar procedendo por via do disposto no artigo 3.º da Lei n.º 5/2016, ao alargamento do âmbito da ilicitude determinando, como ilícitas, não apenas as acções ou omissões dos agentes que violem disposições legais como as que infriam «...*instruções, princípios deontológicos, conhecimentos técnicos profissionais ou regras gerais na área da saúde...*». Assim, a violação de regras técnicas ou princípios deontológicos também integram o campo de ilicitude e consequentemente a sua falta gera responsabilidade civil subjectiva.

Vem-se, pois, a consagrar no ordenamento jurídico da RAEM, no âmbito do princípio da culpa e através da extensão da referência da ilicitude ao alargamento do seu conteúdo, incluindo-se, neste contexto, o que podemos considerar, atento o *ratio* do disposto no n.º 1 do artigo 477.º do CCM - «... *disposição legal destinada a proteger interesses alheios...*» - como violação de deveres gerais de protecção no domínio da saúde que venham a integrar as instruções, os princípios deontológicos, os conhecimentos técnicos profissionais ou regras gerais na área da saúde.

Por força deste entendimento, a violação destes *deveres gerais de protecção*, decorrentes do dever de segurança, como sejam, designadamente, a inobservância do controlo de infecção hospitalar por falta de uma desinfecção e limpeza adequadas, a não adopção de medidas conhecidas e adequadas de prevenção de infecções hospitalares, a falta de registo de incidentes ou eventos adversos que tendo sido feito e tratada a informação obviaria a novos incidentes e eventos adversos, a não vigilância da qualidade dos produtos, a não adopção de mecanismos da qualidade do sangue de que resultar a contracção de uma infecção

36 Cfr. «Culpa médica: algumas ideias –força» , in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano IV, n.º 5, págs. 21 e 23, de João ÁLVARO DIAS ao referir que o médico «deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo»

hospitalar que podia ter sido evitada com a realização do cuidado devido, na ocorrência do evento adverso que poderia ter sido obviado com registo de uma ocorrência anterior que teria permitido corrigir o procedimento causador do evento, em danos à integridade física decorrentes da falta de qualidade de um dispositivo médico, na contracção de doença infecto-contagiosa por sangue administrado no hospital, cabem ainda na responsabilidade por facto ilícito³⁷ constituição e regular funcionamento de uma eventual Comissão de Infecções Hospitalar

Neste contexto, importa ainda referenciar o que também, em nosso entender, é uma outra inovação no sistema implementado e que vai no sentido de uma maior tutela e melhor garantia de direitos não apenas do lesado como do profissional de saúde, é o de vir a consagrar-se a solidariedade na responsabilidade, bem como o direito de regresso, caso haja pluralidade de responsáveis, sendo que o direito de regresso entre eles existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advierem, nos termos do artigo 31.º da Lei n.º 5/2016.

No domínio da responsabilidade pela indemnização importa salientar o reforço não apenas na garantia dos direitos dos particulares, como dos agentes profissionais de saúde comissionados ao consagrar-se a responsabilidade objectiva em primeiro grau do comitente, nos termos do n.º 1 do artigo 22.º da Lei n.º 5/2016, o que vem permitir, por um lado, que o doente lesado venha a ser ressarcido pelo seu dano em situações de eventual dano anónimo, ou seja, mesmo que não seja possível identificar com clareza o autor do dano, e por outro, que o agente profissional de saúde comissionado só terá de satisfazer a obrigação de indemnizar *caso o erro tiver resultado de dolo ou de diligência e acto manifestamente inferiores àqueles a que se achavam obrigados em razão do cargo*, conforme disposto no seu n.º 1.

Também no reforço das garantias acima referenciadas, importa sinalizar a determinação, por força do artigo 36.º da Lei n.º 5/2016, da obrigatoriedade na contratualização de um seguro de responsabilidade civil profissional por parte dos prestadores de cuidados de saúde em conformidade com os termos e as condições, limites e montantes, entretanto, definidos pelo Governo.

Em matéria do *dano*, sendo este dano patrimonial será sempre ressarcível, encontrando-se aqui enquadrados os danos emergentes e os lucros cessantes. Quanto aos danos não patrimoniais, como são morais, são apenas compensados, por não poderem ser avaliados.

Esta matéria surge também como uma inovação ao sistema anterior relativamente aos «erros médicos» ocorridos em estabelecimentos do sector

37 Como refere CARLA AMADO GOMES, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO E CLÁUDIA MONGE, In »Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde«, ICJP – 18 de dezembro de 2013, págs. 8 e 9.

privado em que fosse aplicado o regime de responsabilidade civil contratual; ora, por força da remissão determinada pelo artigo 20.º da Lei n.º 5/2016 é aplicável no regime de responsabilidade profissional o disposto no artigo 489.º do CCM, nos termos do qual os danos não patrimoniais também são ressarcíveis.

Finalmente, o *nexo de causalidade* implica que o facto ilícito e culposo praticado seja condição necessária para o resultado obtido³⁸.

Também neste contexto a Lei n.º 5/2016, veio a introduzir algumas inovações; não tanto ao nível dos conceitos, pois, nesse particular mantém-se os que já resultavam da lei até ali vigente - artigo 477.º/n.º 1 do CCM para a responsabilidade extracontratual e artigo 557.º do CCM -, mas ao nível do meios de prova que o diploma veio a garantir e a facultar aos eventuais autores das acções.

É, que 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.

Ora, nos termos do artigo 11.º e seguintes da Lei n.º 5/2016, foi criada a Comissão de Perícia do Erro Médico, à qual cabe proceder, a requerimento dos prestadores de cuidados de saúde ou dos utentes, à investigação e perícia técnica para a verificação do erro médico. A Comissão procede à investigação e perícia técnica, de forma independente e não se encontra sujeita a qualquer ordem, instrução ou interferência, dispondo para o exercício das suas funções de vastos poderes de investigação e recolha de prova, devendo concluir as acções de investigação e perícia técnica no prazo de 90 dias após a recepção do respectivo requerimento. Do relatório pericial elaborado deverá constar, não apenas o objecto da perícia técnica realizada, como a descrição do procedimento da investigação, a análise relativa à verificação do erro médico devidamente fundamentada, e as conclusões da investigação.

Veio-se também pela primeira vez a concretizar o direito de acesso dos utentes, ou dos seus representantes legais, ao processo clínico. Nos termos dos artigos 7.º e seguintes da Lei n.º 5/2016, sendo o processo clínico definido como o conjunto de informações relativas aos utentes, registadas durante a prática dos actos médicos pelos prestadores de cuidados de saúde, no âmbito da sua especialidade, por meios electrónicos ou por qualquer outra forma, estão os prestadores de cuidados de saúde obrigados a entregar, no prazo de 10 dias, cópia do referido processo.

Da mesma forma também se vem a impôr uma obrigação e dever de notificação da ocorrência de erro médico por parte dos prestadores de cuidados

38 Cfr. Causal uncertainty in Chinese Medical Malpractice Law – When Theories Meet Facts

de saúde (artigo 9.º e ss). Os prestadores de cuidados de saúde que tenham conhecimento da ocorrência de erro médico ou suspeitem da sua ocorrência, estão obrigados a notificar os Serviços de Saúde no prazo de 24 horas. Os Serviços de Saúde, após a recepção da notificação referida no número anterior ou quando tenham conhecimento ou suspeitem da ocorrência de erro médico, podem determinar aos prestadores de cuidados de saúde, em prazo que venha a ser fixado para o efeito, a entrega de relatório circunstanciado. Após a recepção da notificação ou do relatório e quando entendam haver fortes indícios da ocorrência de erro médico, os Serviços de Saúde devem informar o respectivo utente da situação e prestar-lhe as informações que possam facilitar a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

As eventuais inovações que ao abrigo deste diploma se vêm a revelar, evidenciam a clara intenção do legislador na procura de um sistema autónomo de responsabilidade profissional com um cariz, eminentemente, objectivista.

4. Conclusões

Em termos gerais, com a nova Lei n.º 5/2016, veio-se a criar na RAEM um regime de responsabilidade civil dos profissionais de saúde, de verdadeira unicidade independentemente de ser gestão pública ou privada, considerando a responsabilidade obrigacional e estabelecendo um regime unitário. Se alguma distinção haveria a fazer não deveria ser em razão da natureza pública ou privada do estabelecimento de saúde, mas antes se o exercício é em prática individual ou através de um estabelecimento de saúde, enquanto estrutura organizada, pois, esse aspecto pode relevar quanto ao fundamento de um regime que acaba por traduzir uma certa socialização do risco.

Sendo importante dar uma resposta para a recomposição dos danos decorrentes dos acidentes médicos, é preciso ter atenção que se não deve, em termos gerais, vir a oferecer um grau de protecção inferior – aos profissionais de saúde e aos pacientes lesados – do que o assegurado pelo sistema tradicional da responsabilidade civil.

Atento este objectivo fundamental, bem como as soluções que neste contexto têm vindo a ser encontradas em outros ordenamentos jurídicos é possível identificar como questão essencial a responder no âmbito da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, a adopção de medidas que promovam uma maior eficiência e eficácia na resolução de conflitos emergentes.

5. Bibliografia

MALPRATICE MOBS: *MEDICAL DISPUTE RESOLUTION IN CHINA*, Columbia Law Review, Benjamin L. Liebman

André Gonçalo DIAS PEREIRA, «Breves Notas Sobre a Responsabilidade Médica em Portugal», in Imprensa da Universidade de Coimbra, Revista Portuguesa do Dano Corporal, 2017.

FREITAS DO AMARAL, in *Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde, Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1991, pp. 121 e ss,

Guilherme De OLIVEIRA, in *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento informado e Responsabilidade Médica*, incluído in *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

Rui TORRES VOUGA, in *A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos)*, Centro de Estudos Judiciários, Junho de 2018.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20/04/2004 [Processo n.º 0982/03; Relator – POLÍBIO HENRIQUES].

«Procriação Assistida e Responsabilidade Médica», Coimbra, 1996, pp. 221-222.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/06/2001 [Processo n.º 01A1008; Relator: PINTO MONTEIRO].

Acórdão da Relação de Lisboa de 19/04/2005 [Processo n.º 10341/2004-7; Relator: PIMENTEL MARCOS].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/01/2016 [Processo n.º 136/12.5TVLSB.LI.SI; Relator: MARIA DA GRAÇA TRIGO].

Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, de 18 de Janeiro de 2006 - Processo n.º 23/2005, publicado no Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau N.º 16, I Série, 2006.4.17, páginas 471 - 501

Recurso jurisdicional em matéria cível – Processo n.º 34/2013;

ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, p. 637

Carlos da MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, reimpressão, 2003, p. 411 e 412

António PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas ...*, p. 430

J. FIGUEIREDO DIAS e Sínde MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Boletim do Ministério de Justiça n.º 332, p. 40

António Henriques GASPAS, *A responsabilidade civil do médico*, Colectânea de Jurisprudência, Ano III, 1978, Tomo I, p. 345.

Lebre De FREITAS, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 1996, p. 130.

João Álvaro DIAS (*in ob*, e loc. ultim. cit.).

André Gonçalo DIAS PEREIRA, «*Breves Notas Sobre a Responsabilidade Médica em Portugal*», in Imprensa da Universidade de Coimbra, Revista Portuguesa do Dano Corporal, 2017.

António Henriques GASPAR, in «*A Responsabilidade Civil do Médico*», in Cj, Ano III, 1978, pág. 341.

«*A responsabilidade civil contratual na prestação de cuidados de saúde em Portugal e Macau*»

Acórdãos do STJ de 22/05/2003, Rev. 912/03 (7.^a secção); 18/09/2007, Rev. 2334/07 (7.^a secção); 15/10/2009, Rev. 1800/08 (2.^a secção); 16/06/2009, Rev. 287/09.3YFLSB (1.^a secção); 22/11/2007, Rev. 3800/07 (2.^a secção); 02/10/2008, Rev. 2654/08 (7.^a secção); 24/05/2011, Rev. 1347/04.2TBPNF.P1.S1 (1.^a secção); 13/09/2011, Rev. 10527/07.8TBMAI.P1.S1 (6.^a secção); 15/12/2011, Rev. 209/06.3TVPRT.P1.S1 (1.^a secção); 15/11/2012, Rev. 117/2000.L1.S1 (2.^a secção); 11/06/2013, Rev. 544/10.6TBSTS.P1.S1 (6.^a secção).

Acórdãos do STJ de 18/05/2006, rev. 1279/06 (7.^a secção); 12/12/2002, Rev. 4057/02 (2.^a secção) e 27/11/2007, Rev. 3426/07 (6.^a secção).

Acórdãos do TSI de 10 de Novembro de 2011, Processo n.º 125/2009 (Recurso Cível); TSI de 17 de Janeiro de 2013, Processo n.º 218/2011, TSI de 21 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 778/2011.

PINNA, A. *The Obligations to Inform and to Advise: A Contribution to the Development of European Contract Law*. Haia: Boom Juridische Uitgevers, 2003, p.62.

DIAS PEREIRA, A. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

Isa António De SOUSA, *A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ACTOS MÉDICOS: ENTRE A «PRÉSUMPTION DE FAUTE» FRANCESA E A «OBJECTIVAÇÃO» ESPANHOLA* – Breve resenha comparativa: Uma convergência de regimes?,

JOÃO Álvaro DIAS, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano IV, n.º 5, págs. 21 e 23, de

Carla AMADO GOMES, Miguel ASSIS RAIMUNDO E Cláudia MONGE, In »*Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*», ICJP – 18 de dezembro de 2013, págs. 8 e 9.

Causal uncertainty in Chinese Medical Malpractice Law – When Theories Meet Facts