



---

## Direitos dos pacientes e responsabilidade médica

**Autor(es):** Pereira, André Dias

**Publicado por:** Imprensa da Universidade de Coimbra

**URL persistente:** URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/43558>

**DOI:** DOI:[https://doi.org/10.14195/1647-8630\\_27\\_2](https://doi.org/10.14195/1647-8630_27_2)

**Accessed :** 30-Mar-2021 10:56:02

---

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.





# Direitos dos pacientes e responsabilidade médica<sup>1</sup>

André Dias Pereira<sup>2</sup>

**Resumo:** Direitos dos pacientes e responsabilidade médica.

Este texto corresponde à apresentação da tese de Doutoramento “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, tocando em alguns dos temas mais sensíveis dessa extensa Dissertação de 1000 páginas. Destaca-se a visão de conjunto que se procurou dar a este dissertação panorâmica, apontando para a necessidade de uma nova compreensão da relação médico-paciente que postule a existência de um conjunto alargado de direitos e deveres dos intervenientes, que se entrecruzam não apenas numa relação jurídica linear, mas, a maior parte das vezes, numa relação jurídica múltipla quanto aos sujeitos e complexa quanto ao conteúdo. Abordam-se ainda alguns dos aspetos mais críticos afirmando-se algumas teses parciais em matérias que vão desde o estatuto do nascituro à proteção do cadáver, à necessidade de uma revisão da dogmática da responsabilidade médica, com vista à promoção dos princípios do Direito da Medicina.

**Palavras-chave:** Direitos dos pacientes; responsabilidade médica; segurança do doente; direitos de personalidade.

**Summary:** Patients rights and medical responsibility.

This text corresponds to the presentation of the doctoral thesis “Patients’ Rights and Medical Responsibility”, touching on some of the most sensitive subjects of this extensive Dissertation of 1000 pages. It is worth highlighting the overall vision that this panoramic dissertation sought to point out, notably the need for a new understanding of the doctor-patient relationship that posits the existence of a broad set of rights and duties of the parties, which intertwine not only in a relationship, but more often than not, in a multiple legal relationship as to subjects and complex as to content. Some of the most critical aspects are also mentioned, with some partial theses on matters ranging from the status of

---

<sup>1</sup> Texto da apresentação da Dissertação apresentada à Faculdade de Direito, em provas públicas de Doutoramento em Ciências Jurídico-civilísticas, no dia 10 de janeiro de 2014, na Sala dos Grandes Atos.

<sup>2</sup> Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Presidente da Direção do Centro de Direito Biomédico

the unborn to the protection of the corpse, to the need for a revision of the dogmatics of medical responsibility, with a view to promoting the principles of Medical Law.

**Key-words:** Patient rights; medical responsibility; patient safety; personality rights.

Se o título indicia estarmos perante uma **tese-panorâmica** – na clássica classificação enunciada por **Umberto Eco** – , na verdade há uma *linha de Ariadne* que atravessa todo o texto que nos permite afirmar estarmos – ou estarmos também – perante uma **tese monográfica**, ou uma **tese-problema**.

Se o tema ou panorama são desde logo evidenciados por duas locuções facilmente assimiláveis pelo público a que se destina, bem como pelos leigos, **Direitos dos Pacientes** e **Responsabilidade Médica**, já os interstícios da referida linha condutora terão que ser descortinados por uma leitura atenta que passa pelos seguintes códigos:

1. Da análise da relação entre a vida humana, desde antes de nascer, até depois de morrer, e em especial da relação entre a Pessoa Doente e os Profissionais de Saúde, podemos detectar um conjunto de interesses, valores, anseios e expectativas, muitos dos quais se erigem em **bens jurídicos**, outros mesmo em **direitos subjetivos**, que nesta aurora do Século XXI nos levam a topar uma relação jurídica – ora sob a forma de contrato, ora sob a forma de uma relação extranegocial – que assenta nos seguintes direitos fundamentais do paciente:

- o direito a ser informado, a consentir ou a recusar o tratamento, incluindo através de uma diretiva antecipada de vontade,
- o direito a um processo clínico e o acesso à informação de saúde,
- o direito ao sigilo médico e à proteção dos seus dados pessoais,
- e – naturalmente – o direito a um tratamento adequado de acordo com *as leges artis*.

A enunciação destes 4 direitos, que analisámos com o desenvolvimento que nos pareceu adequado a uma Dissertação desta índole, coloca em evidência algo que aqui importa reiterar: esta relação obrigacional complexa ou – na linguagem da *Law and Economics* na pena de Fernando Araújo – este **contrato relacional** não assenta num dever principal (tratamento adequado) e num conjunto de deveres acessórios (consentimento informado, documentação, sigilo) – **não!** Nestes tempos de 2014 só é possível verdadeiramente compreender a relação jurídica que se estabelece se entre o paciente e o profissional de saúde se estabelecerem estas 4 pontes ou estes 4 pilares – acima referidos. Esta compreensão dinâmica e complexa é uma exigência

de uma medicina altamente tecnológica, de uma prática de cuidados de saúde em equipa e da progressiva informatização da informação.

2. Por outro lado, desde os estudos de **Harvard** e do **Institute of Medicine** que sabemos que a atividade médica causa muitos danos, muitos evitáveis, seja em razão das infeções nosocomiais, seja dos erros de medicação, ou de falhas na transmissão da informação dentro da equipa.... a exigir uma reformulação do direito da responsabilidade médica, que atenda às exigências da **segurança do doente**. Donde, não pode o jurista manter-se atavicamente preso a concepções jurídicas de um positivismo próprio de uma economia agrária ou quanto muito de uma primeira ou segunda industrialização...

3. Por isso, é exatamente pela consideração das especiais características desta relação médico-paciente, que iremos tirar consequências ao nível do regime da responsabilidade civil, ao menos *de lege ferenda*. Consequências que passam por afirmar que o direito da responsabilidade civil médica *pode* – ou mesmo **deve** – afastar-se do direito da responsabilidade civil profissional em geral. Isto é, a especificidade desta relação não se pode bastar com os critérios pensados e aplicados na responsabilidade civil dos Advogados, dos Arquitetos ou dos canalizadores.

Por um lado, estão em causa, em primeira linha, direitos de personalidade e não meros interesses económicos; por outro lado, a intervenção ritualista e conceptualista ainda dominante no mundo do direito da responsabilidade e do processo civil pode afetar – em boa verdade os estudos estão aí para o comprovar – *afeta* a **qualidade humana da relação**, e a **segurança do paciente** – um dos objetivos fulcrais de todas as pessoas que pensam a saúde.

Donde, impõe-se uma mudança de paradigma: o objetivo do Direito da Medicina deve ser o de contribuir para a **segurança do paciente**, a **gestão do risco** e a *clinical governance*.

E com vista a essa mudança de paradigma, a doutrina mais atenta vem defendendo uma reforma profunda que passa pelos eixos da **institucionalização da responsabilidade**, **socialização do risco** e a criação de **instâncias alternativas de resolução de conflitos**.

4. Vejamos, pois, qual o caminho que trilhámos nesta Dissertação.

- i. A Parte I apresenta o grande pano de fundo da relação entre o Direito e a Medicina na Aurora do Século XX, o qual não é um mero cenário, mas é já o palco mesmo da tese que aqui apresentamos. Por isso se trata já de

uma Parte I e não de uma mera Introdução. Aqui, após uma apresentação dos contornos atuais da relação entre a pessoa-doente e o profissional de saúde, advogamos a emergência do Direito da Medicina e explicamos a Crise da Responsabilidade Civil Médica. É sob este palco que vamos depois erguer as 3 partes seguintes: a Parte II sobre a Pessoa e o seu contacto com a Medicina, a Parte III sobre os Direitos do Paciente e a Parte IV sobre a Responsabilidade Médica.

- ii. Assim, como dizíamos na Parte II, procuramos traçar um desenho de Direito Civil sobre quem é a Pessoa Doente? Delineámos aí os contornos desse encontro da pessoa humana e outras dimensões da vida humana juridicamente protegidas com a Medicina, desde a fase de nascituro à tutela do cadáver, mas tendo um olhar atento aos direitos de personalidade, ao ressarcimento dos danos corporais em direito civil.
  - a. No que respeita o **estatuto jurídico do nascituro**, revemo-nos na sua concepção tradicional e largamente sufragada pela Escola de Coimbra e que poderíamos enunciar citando **Habermas**: “o ser humano só é pessoa “no pleno sentido da palavra” com o nascimento, pois só a partir desse momento passa a integrar um “contexto *público* de interação de um mundo da vida intersubjetivamente partilhado.”
  - b. Relativamente ao **respeito devido ao cadáver e à memória do defunto**, seguimos a *teoria do dever geral de conduta*. Neste sentido, se não atraíçoa-mos o pensamento do Autor, nos encontramos com **Oliveira Ascensão**, para quem a personalidade cessa com a morte, mas “a proteção do valor pessoal prolonga-se ainda depois da morte. Prolonga-se no que respeita ao cadáver, pois este é tutelado como emanção da pessoa, e não como coisa. Pois também tem de se prolongar no que respeita ao espírito.” (...) “Mas chegados a este ponto, já não podemos falar da tutela de direitos de personalidade. *O bem jurídico em causa passou a ser a memória do falecido*. Banem-se condutas que a possam atingir.” Para tanto apoiamo-nos também, em larga medida, no *Direito Penal português*.
  - c. Relativamente à panóplia de intervenções médicas e médicolegais que se realizam sobre o cadáver, a lei portuguesa mostra-se “generosa” e de índole *comunitarista*. Ou seja, o direito nacional, pelo menos desde os *Estatutos pombalinos*, deu grande peso aos interesses de investigação e ensino e – desde os anos 60, com os estudos jurídicos de *Gomes da Silva* e a meritória atividade dos nossos cirurgiões, começando pelo pioneiro *Prof. Linhares Furtado*, – aos valores da solidariedade, expressos pelo **sistema do consentimento presumido** para a colheita e transplante de órgãos.

- iii. Na Parte III, expomos e desenvolvemos a doutrina dos Direitos dos Pacientes: informação, consentimento, diretivas antecipadas de vontade, documentação clínica e segredo médico. Em todos estes direitos, mas de forma mais clara no domínio das diretivas antecipadas de vontade, se salienta a tutela daquilo a que Ronald Dworkin chama de “**interesses críticos**”, a exigir por parte de uma ordem jurídica liberal o respeito pelas “**escolhas coerentes**” de cada pessoa humana, em suma à direito a *escrever a sua biografia*.
- iv. Na Parte IV, olhamos para o sistema de responsabilidade civil médica, numa leitura de *jure condito* e respeitadora das possibilidades de desenvolvimento normativo doutrinário e jurisprudencial intrassistemático, primeiro, e, por fim, *de jure condendo*, isto é, numa perspectiva de *lege ferenda*, que atenda aos bons exemplos do direito comparado (Escandinávia, França, Bélgica, Polónia, entre outros) e à busca de soluções mais justas e coerentes para esta importante área da vida social.

5. O nexo de ligação entre as várias partes – o tal fio de Ariadne – está pois na proposta de construção de um **novo paradigma para toda a relação jurídica médico-paciente**, na qual se reconhece que *a matéria da responsabilidade civil médica é um dos temas fundamentais de debate*, mas que só pode ser devidamente entendida e reestruturada tendo por pressuposto toda a relação da vida social regulada pelo Direito que se estabelece entre a Pessoa doente e o Profissional de Saúde. Isto justifica a extensão das matérias que sentimos necessidade de tratar.

Feita esta breve apresentação do percurso que trilhámos, desejaríamos ainda **destacar** alguns dos temas em que esta obra procurou acrescentar uma outra pedra neste edifício do Direito Civil da Medicina que se está a construir por todo o mundo.

Estamos a pensar nos seguintes temas:

- na clara afirmação de um **direito à integridade pessoal** (instituto já perscrutado por Capelo de Sousa e Faria Costa), no sentido de um direito que se situa entre o direito à integridade física e o direito à vida. Trata-se de um contributo importante para a determinação de **montantes ressarcitórios justos** em face de pessoas em coma duradouro, ou mesmo em estado vegetativo persistente, ou lesões de tal forma graves em que a pessoa perde a capacidade de vida em relação ou de gozar uma vida com um *projeto existencial*; no fundo, situações em que a *vulnerabilidade* se assume da forma

mais radical – a demonstrar a mais-valia dos provocadores discursos dos *direitos dos animais* e de uma “**bioética descentrada**”, na expressão de Fernando Araújo (*A Hora dos Direitos dos Animais*, p. 341 ss.) – mas que não ousámos incluir nesta reflexão, a fazer-nos tomar consciência de que essa debilidade – dizíamos – impõe uma *proteção acrescida*, não só no **direito da responsabilidade civil**, por isso defendemos montantes de compensação por danos não patrimoniais mais elevados nestes casos, mas ainda dos **mecanismos de representação** desta pessoa, a fazer repensar os tradicionais institutos da interdição e em que assumem um novel papel as diretivas antecipadas de vontade e os procuradores de cuidados de saúde;

- *direito à integridade pessoal* que pode ainda estar – embora não esteja necessariamente, bastando uma *grave lesão da integridade física ou psíquica* – na origem de uma ação de *wrongful life*. Este é outro contributo de que aqui pretendemos dar público testemunho. A doutrina e a jurisprudência devem colocar as perguntas, a nosso ver, mais acertadas – como de resto já vai acontecendo na pena de alguns Autores aqui presentes e mesmo num voto de vencido, no **Acórdão do STJ de 17 de janeiro de 2013**. Não temos agora tempo – talvez sim no debate que se seguirá – de desenvolver este tema. Apenas queria deixar uma breve nota, no sentido de que se devem colocar as perguntas corretas, designadamente em torno de saber *quais os danos ressarcíveis?* Pois que, afirmamos peremptoriamente que nem num caso de *wrongful conception*, nem de *wrongful birth*, nem de *wrongful life, rectius - disability*, deve o tribunal conceder uma compensação por danos não patrimoniais, pelo **facto de se nascer**. Pedido diferente, é o de se pedir uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes de se viver com extrema *disability*, isto é, extremas lesões físicopsíquicas, designadamente ao ponto de causarem uma lesão ao *direito à integridade pessoal*. A resposta negativa poderá derivar de uma falácia argumentativa, que poderíamos redundar no chamado **argumento da não identidade**.
- Por outro lado, estes “hard cases” levam ao limite os pressupostos da responsabilidade civil, sendo a Lição de **Walter Wilburg** de preciosa utilidade neste momento: a construção de um sistema “móvel” – um ***bewegliches System*** – que lhe dê uma armadura mais forte, sendo útil relembrar a analogia do antigo Reitor da Universidade de Graz: tal como as pontes devem ter uma estrutura flexível, sob pena de quebrarem, também a dogmática do Direito Civil deve ser “móvel”, sob pena de anquilosar e não alcançar a solução justa no *caso decidendo*.
- No que respeita à ampla matéria do consentimento informado, procuramos ir mais fundo e investigar os limites dessa mesma doutrina, designadamente até que ponto pode o médico opor certas “defesas”, como o âmbito

de proteção da norma (a “**Schutzbereich der Norm**”), o **consentimento hipotético** e a **causalidade hipotética**. Tais institutos levaram-nos aos alicerces do Direito Civil, num esforço de leitura dogmática comparada, com arrimo no direito alemão e austríaco, e que visam uma delimitação mais completa e mais justa das ações de responsabilidade civil por violação do dever de esclarecer. Mas uma cautela se impõe: se aceitamos, em tese, estas figuras enquanto defesas do médico, o seu concreto âmbito de eficácia afigura-se relativamente *reduzido* quando estejam em causa graves violações dos deveres de informação, donde aprovámos as figuras criadas pela jurisprudência e doutrinas germânicas da “**Billanzentscheidung**” e do “**Entscheidungskonflikt**”; caso contrário estaríamos a deixar entrar pela janela aquilo que se quis barrar à porta – o paternalismo médico – como aconteceu no **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de março de 2010**, que absolveu uma médica oftalmologista que não revelou riscos graves – designadamente o risco de cegueira – mesmo depois de a doente lhe haver perguntado se havia algum risco...

- Da *informação ao paciente*, passamos para o estudo sobre a *informação sobre o paciente*, ou seja, o processo clínico do doente e o sigilo médico que acompanha toda esta relação. Quanto a estes aspetos, apenas desejamos destacar que os tempos que vivemos representam um tremendo risco para a Personalidade Humana. Sabemos que há agências de informação, inclusive detidas por Estados democráticos, que investem avultados recursos para devassar, sem limites, a intimidade de toda e cada pessoa. Sabemos que o processo clínico electrónico é portador de vantagens terapêuticas e económicas que não cabe agora enumerar, mas que acarreta uma extraordinária de perda do **direito a estar só** (que o nosso Professor, **Orlando de Carvalho**, de forma eloquente defendia) e do *direito à reserva da intimidade da vida privada*. Também aqui o Direito da Medicina tem que estar especialmente atento e vigilante. Por isso, não saudamos com entusiasmo as inovações do Código Deontológico da Ordem dos Médicos ao criar um “*proto-dever*” de *denúncia* dos pacientes que possam colocar em perigo terceiros. Toda a cautela se impõe quando estamos perante uma verdadeira ruptura ontoantropológica como a que se anuncia: ali onde dominava uma ética do cuidado, de uma atenção ao indivíduo doente, passamos a ter uma relação em que o médico fica espartilhado entre os **deveres de fidúcia** impostos pelos mandamentos de Hipócrates e os **deveres de denúncia**, numa versão mais sofisticada e sibilina, mas nem por isso menos totalitária, do **therapeutic state** – a fazer lembrar que o “*Biopoder*” para o qual **Foucault** alertava não está senão falsamente adormecido.

- Saudamos, pelo contrário, e saudamos com franqueza, a determinada prescrição legislativa de 2005 que intitula o paciente como **proprietário da informação de saúde**, ou numa redação a nosso ver mais prudente, como **titular** da informação de saúde. Louvamos ainda que a proposta de Regulamento da Comissão Europeia sobre a proteção de dados pessoais, de 25 de janeiro de 2012, preveja expressamente o direito ao esquecimento. *Pois que se sem história pessoal, nada somos, agrilhoados a esta, o futuro afigura-se uma prisão!*
- No âmbito da responsabilidade médica, numa análise do direito em vigor, procuramos colocar em evidência a relevância das figuras contratuais do **contrato total** e do **contrato dividido**. Se no primeiro caso – contrato total – , estamos perante um **contrato misto**, no segundo caso – contrato dividido – parece-nos que se opera um caso de **conexão de contratos**, conexão essa que não pode deixar de ter consequências relevantes, designadamente no domínio das invalidades e dos problemas de cumprimento que podem vir a tocar, de algum modo, o outro contrato. Nesta tese avançamos com alguns índices que visam discernir se a relação contratual complexa estabelecida deve tender para um ou outro tipo de contrato, índices ou indicadores esses que seguem um **critério objetivo material**, seguindo a doutrina desta casa (Pereira Coelho), a saber, a fatura entregue ao paciente, a relação contratual entre o médico e a clínica, etc..
- No que toca às **figuras dogmáticas clássicas** que se analisam neste tema da responsabilidade médica seguimos, com convicção, os ensinamentos da Escola de Coimbra:
  - desde a doutrina do **cúmulo** de responsabilidades,
  - à distinção entre ilicitude e culpa mesmo na responsabilidade contratual,
  - ao entendimento de que a **presunção de culpa** opera no âmbito do n.º 1 do art. 799.º, embora verdadeiramente o mais difícil seja provar o incumprimento;
  - à aceitação, pelo menos enquanto **distinção tipológica** e não como **distinção conceptual**, na linguagem de **Karl Larenz**, das figuras **obrigações de meios** e **obrigações de resultado**; embora com a extrema cautela de não assumir uma lista predefinida e fechada de especialidades ou intervenções médicas que se enquadrem no conceito de obrigações de resultado, devendo no *caso decidendo* ser sempre feito um apelo à explicação por parte dos peritos do grau de dificuldade e de aleatoriedade de determinadas técnicas; E uma aceitação desta distinção não por aí vermos cisões **conceptuais** ou **consequências dogmáticas**, mas apenas no âmbito de um “**pensamento tipológico**” que em permanente diálogo com o caso concreto permitem alcançar a melhor

solução. Nas palavras de **Manuel de Andrade**, esta summa divisio assume “um valor meramente descritivo do conteúdo das várias espécies obrigacionais...”, donde não se opera qualquer modificação do regime de **presunção de culpa do devedor**, do profissional de saúde, para efeitos do artigo 799.º, n.º1.

- Se no que toca aos temas tradicionais procuramos dar um contributo útil, em diálogo permanente com a jurisprudência nacional, fomos ainda um pouco mais além porque enfrentámos os difíceis problemas das inovações terapêuticas, da prescrição off-label e do papel das normas de orientação clínica, *agora em acelerado curso de aprovação por parte da Direção Geral da Saúde*.
- Não fomos originais na defesa de uma leitura menos axiomática das exigências de prova. Já em 1984, **Sinde Monteiro** defendia que em sede de responsabilidade médica, deveriam os tribunais lançar mão das **provas prima facie**; é este o entendimento de uma geração mais jovem que vai agora chegando às Relações e ao ensino na Magistratura e é esta a corrente a que nos associamos: as dificuldades de prova da violação das *leges artis* e da causalidade são de tal ordem que deve haver lugar para uma **facilitação da prova por presunções** e, em certos casos, à **inversão do ónus da prova** – casos esses desde há décadas decantados pela jurisprudência germânica e que deveremos também abraçar nos nossos tribunais, por exemplo, no caso de inversão do ónus da prova através **documentação médica incompleta ou errada** ou por **destruição de meios de prova e mesmo**, nos casos de **“dano anormal e desproporcionado”** – na expressão da doutrina espanhola.
- Estas perspetivas hodiernas em torno do direito probatório levam-nos a recorrer aos ensinamentos de **Robert Alexy**, recentemente Doutorado nesta mesma Sala; Alexy dá-nos conta da permanente tensão entre a *“Rechtssicherheit”* e a *“Richtigkeit”*, ou seja, na tradução adoptada no nosso Boletim, entre *“Certeza Jurídica e Correção”*. Esclareçamos: temos consciência de que abrir o direito probatório a estes ventos de provas *prima facie* ou *provas por verosimilhança* poderão perturbar os conceitos instalados de Segurança jurídica; todavia, em nome da Correção e de um sentido do justo no plano processual os nossos juízes não podem deixar de lançar mão destes institutos – aliás previstos na lei! –, naturalmente com um esforço acrescido: o de motivarem e fundamentarem a decisão com base num discurso racional – com base em argumentação bastante – e que assim seja reconhecido pelo auditório a que se destinam.

- Sendo aceite pela jurisprudência dominante, embora com algumas exceções (v.g., Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 30 de Novembro de 2012), que os litígios relativos a danos ocorridos em hospitais públicos, lato sensu, devem ser dirimidos na *jurisdição administrativa* e à luz da *Lei da responsabilidade civil extracontratual do Estado e outros entes públicos*, não poderíamos deixar de a referir e fazer algumas considerações a seu propósito, ainda que prudentes.
- Se não se pode considerar como *inovadora* a consagração da “**culpa do serviço**”, na Lei 67/2007, pois a jurisprudência administrativa já a desenvolvera, devemos porém referir que se trata de um instituto de grande importância na área do Direito da Medicina. Tal como é de salientar o facto de o agente médico apenas responder, em sede de direito de regresso, se houver violado com “zelo manifestamente inferior àquele que estava obrigado em razão do cargo” os seus deveres objetivos de conduta.
- Onde procuramos dar um pequeno contributo é na defesa de que o regime da **responsabilidade civil pelo risco** deve abranger os casos de **sangue contaminado**, até por argumento *a fortiori*. Se em face uma lei que exigia que a atividade fosse extraordinariamente perigosa (Dec.-Lei n.º 48051), o Supremo Tribunal Administrativo considerou em 1 de março de 2005 que a transfusão de sangue contaminado com VIH configurava uma situação de responsabilidade pelo risco, então, à face da lei atual que *apenas* exige que a **atividade seja especialmente perigosa**, por maioria de razão, devemos defender a mesma solução. Assim, e só assim, o direito português acompanha os outros países que conferem uma especial proteção ao paciente no caso transfusões de *sangue contaminado*, e abrangendo não apenas os casos de VIH, mas também de hepatite, da doença de Creutzfeldt-Jakob, entre outras.
- Do mesmo passo, julgamos que o regime da **indemnização por sacrifício** (art. 16.º da Lei n.º 67/2007) pode ser aplicável aos casos de danos por vacinações, designadamente se abrangidas pelo **Plano Nacional de Vacinações**. Sabendo-se que a vacinação tem um interesse sobretudo de saúde pública, mais do que da saúde do concreto indivíduo, mas os danos poderão recair – por azar – sobre um concidadão, pelo que devem ser ressarcidos ao abrigo da referida norma. Com esta interpretação, evitamos o constrangimento que resultaria de sermos um dos poucos países da nossa área cultural que não daria uma proteção digna ao dano causado por vacinações.
- Assim, se achamos criticável a existência de um **sistema bicéfalo** de responsabilidade civil médica, no nosso ordenamento, curiosamente entendemos que o regime plasmado na Lei 67/2007 é, em alguma medida, o que

melhor satisfaz as especiais exigências de cuidado no domínio da relação médico-doente.

- Apesar do facto de o ónus da prova da culpa recair sobre o paciente, o que configura uma situação menos positiva, no plano processual, parece-nos que tal aspeto não deve ser exacerbado, pois como já deixámos claro acima, o que realmente é difícil é a prova da ilicitude. Por outro lado, esta Lei 67/2007, como referimos, tem um regime de culpa do serviço que visa resolver os problemas do **dano anónimo (culpa do serviço)**, tem uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco por atividades especialmente perigosas e, sobretudo, confere um regime de proteção aos agentes individuais que praticarem atos com mera culpa.
- Este regime, segundo o qual o profissional de saúde goza de uma **proteção**, quer ao nível processual, quer de direito substantivo, é positivo numa análise moderna do Direito da Medicina, visto que contribui para que a responsabilidade civil cumpra a função principal que é a de **ressarcir danos aos lesados**, sem por outro lado criar uma relação de **conflito direto** entre o médico e o paciente, com todas as desvantagens que essa situação acarreta: a medicina defensiva, a não assunção e a não notificação do evento adverso, em suma, um clima de desconfiança entre os atores no mundo da saúde.
- Naturalmente que, como **Paula Ribeiro Faria** já chamou a atenção, o Direito Penal português não acompanha este regime, permitindo que se constitua o médico como arguido e mesmo que se condene o profissional que atuou com mera negligência simples.

De tudo o que vai dito, já compreendemos que a situação da responsabilidade médica em Portugal está em verdadeira convulsão e o mais grave é a extrema indefinição e insegurança em que todos os operadores se movimentam. Desde regimes bicéfalos, a regime indefinidos, correntes jurisprudenciais antagónicas, enfim, algo que não contribui para *criar confiança*.

*Criar confiança* – essa palavra de ordem – em boa hora criada por Guilherme de Oliveira – que deve orientar o Direito da Medicina.

No fundo, e numa rápida leitura histórico-comparatística, estamos numa situação com algumas semelhanças à que se verificava no direito francês **em antes** da lei de 2002. Perante as diferenças crescentes entre a jurisdição administrativa e a cível, perante as injustiças que se verificavam em muitos pleitos, o legislador tomou a palavra e avançou para um **regime**

**unitário**, com elementos de **resolução alternativa de litígios**, com uma **forte socialização do risco** e com uma expressa proteção das vítimas mais graves dos acidentes nosocomiais e das infeções hospitalares. Disso demos conta, sobre essa e outras experiências de países avançados (Escandinávia, Nova Zelândia, alguns estados americanos) nos pronunciamos nesta tese.

Mas assumimos a humildade de um civilista. Chegámos a um ponto da caminhada para a qual já não podemos avançar sozinhos. Precisamos do apoio de outros juristas, de outras ciências sociais, incluindo a economia, a *Law & Economics* e carecemos, decididamente, do apoio e da determinação do poder político democrático. Enquanto civilistas paramos deste lado do portão desta herdade que ainda levará algumas léguas a atravessar.

Acrescente-se ainda que não é apenas no domínio da reparação do “dano injusto” que tarda um regime unitário, mas também uma **lei dos direitos dos pacientes**, incluindo matérias relativas ao consentimento informado, diretivas antecipadas de vontade, processo clínico, a regulação das relações contratuais com as instituições de saúde, a exemplo do que acontece em tantos ordenamentos jurídicos, v.g., no **Código Civil holandês, desde 1995**.

Com esta afirmação e esta proposta mostramos que a dialética que se foi traçando entre as diversas partes desta dissertação permite uma verdadeira maiêutica superadora da encruzilhada em que a relação médico-paciente se encontra. Ou avança para os caminhos da litigância, da medicina defensiva, dos atrasos processuais, da ocultação da prova, ou se evolui para a proteção dos direitos do paciente – que se ancoram nos direitos humanos – criando-se um clima de confiança e segurança para todos os atores no mundo da saúde, mas em que o dano é justamente reparado.

Como escrevemos nas conclusões desta tese:

“Parece-nos que a perpetuação de um sistema anquilosado em esquemas dogmáticos e axiomáticos tem contribuído para a degradação da relação médico-paciente e encontra-se em desfavor daquele que é – deveria ser – o referente último de todo o Direito: a *Pessoa Humana*. Pois que um sistema jurídico que não permita a justa intervenção das ciências da gestão do risco, da administração em saúde, da medicina baseada na evidência e que contribua simultaneamente para um clima adversarial e de litigância latente e presente entre médicos e doentes está a prestar um mau serviço quer à Pessoa-médico, quer à Pessoa-doente.”

Estas conclusões ou estes caminhos que apresentamos e defendemos em sede de responsabilidade médica, tornam-se mais justos e perfeitos se compreendermos que se está a assistir à emergência de um novo ramo do Direito: o **Direito da Medicina**.

Não apenas um “campo de estudos”, mas uma verdadeira disciplina com dimensão dogmática autónoma, na qual pudemos discernir:

- uma renovada teoria das fontes (mais aberta às fontes supra e infra-legais, desde o direito internacional, às normas de orientação clínica da Direção Geral de Saúde; do Direito da União Europeia, às normas deontológicas emanadas pelas Ordens profissionais),
- uma metodologia que exige uma preparação jurídica transdisciplinar sólida, mas ainda uma capacidade de diálogo com a ética médica e com as ciências médicas;
- a afirmação de regras hermenêuticas próprias:
  - (1) princípio da não lesão de direitos fundamentais sem justificação bastante;
  - (2) princípio da validade e eficácia das normas deontológicas e profissionais;
  - (3) princípio da precaução nos avanços terapêuticas;
  - (4) princípio da preferência por métodos procedimentalistas de solução de conflitos de interesses)
- e que culmina na afirmação de um conjunto de princípios normativos que orientam e iluminam todo o direito da medicina, os quais coincidem em boa medida com os previstos no art. 3.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, designadamente:
  - (1) os direitos ao esclarecimento, consentimento, sigilo e não discriminação.
  - (2) a proibição de usar o corpo e as suas partes, enquanto tais, como fonte de lucro;

Tantos problemas, tantas questões, tantas tentativas de resposta – mas um fio condutor que está presente em todo o discurso desta tese:

*A confirmação do Paciente como sujeito na relação médico-paciente. Arriscamos mesmo afirmar: a Pessoa Doente como o sujeito principal desta relação jurídica.*

E – lançando mão da doutrina francesa – a apologia de que o paciente adquiriu o estatuto de *cidadão* numa relação médico-paciente que se quer *democrática*.

As vias para a construção dessa “*démocracie sanitaire*” são:

Em primeiro lugar, a *transparência na relação de cuidados*, que se traduz:

- (1) No reforço da *obrigação de informação* do fornecedor de cuidados de saúde;
- (2) na possibilidade de *aceder diretamente ao processo clínico* e
- (3) na *mediação de terceiros* com vista a favorecer a confiança e a solidariedade existencial na relação de cuidados clínicos, assim se compreende o papel do *procurador de cuidados de saúde* e das *Comissões de ética assistenciais*, bem como de muitas *outras entidades* que em casos pontuais dão o seu parecer ou autorização, por exemplo: a CNPMA, a EVA, o Conselho Nacional de Saúde Mental, a CEIC, etc.

Em segundo lugar, a democracia sanitária conduz à igualdade na relação de cuidados de saúde, o que acarreta a *dimensão coletiva nos cuidados de saúde*, seja:

- (1) com a participação do cidadão nas políticas de saúde, por exemplo no debate democrático – com a devida representação parlamentar – em torno da racionalidade da gestão em saúde;
- (2) com o reforço do papel das associações de doentes; e ainda
- (3) pela criação de fundos coletivos de compensação de danos médicos, em que se vê ultrapassada a simples relação médico-paciente e se compreende o problema da indemnização do dano causado pelas atividades de saúde como um *problema coletivo* a que urge dar uma resposta humanista.

Uma palavra final para reforçar o ponto por onde começámos.

Esta dissertação está muito para lá de uma *tese panorâmica*, ela visa realmente contribuir para uma melhoria das condições reais de efetivação do Direito da Medicina, incluindo da Responsabilidade Civil Médica, no Direito Português, sob os grandes três grandes vetores:

- **criar confiança;**
- reforçar a **hospitalidade da medicina**, num ambiente que reforce a **segurança do paciente;**
- nesta relação médico-paciente que reconhecidamente tem – tem que ter! – um **plus de solidariedade existencial!**