

# ***A Lei n.º 5/2016 — O Novo Regime Jurídico do Erro Médico na Região Administrativa Especial de Macau e A Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova: Primeiras Impressões***

*Hugo Luz dos Santos\**

## **I. Introdução e âmbito de aplicação da Lei N.º 5/2016 (regime jurídico do erro médico)**

Após um longo e intenso debate legislativo, a Assembleia Legislativa de Macau aprovou, nos termos da alínea 1) do art.º 71.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, a criação da Lei n.º 5/2016 que, por sua vez, instituiu o novo regime jurídico do erro médico.

A referida Lei n.º 5/2016, que foi aprovada no dia 12 de Agosto de 2016, entrará em vigor 180 dias após a data da sua publicação (art.º 43.º, da Lei N.º 5/2016)<sup>1</sup>.

A presente lei estabelece o regime jurídico do erro médico e visa, nas suas próprias palavras, salvaguardar os direitos e interesses legítimos dos utentes e dos prestadores dos cuidados de saúde (art.º 1.º), avançando, para o efeito, uma noção (discutível) de acto médico<sup>2</sup> como sendo o facto praticado pelos prestadores de saúde do sector público ou privado, legalmente habilitados para o efeito, visando a prevenção, diagnóstico, tratamento ou reabilitação de pessoas ou grupos (art.º 2.º).

Para efeitos da presente lei, considera-se 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 (art.º 3.º).

Considera-se prestador de cuidados de saúde qualquer pessoa singular ou colectiva que desenvolva actividades de prevenção, diagnós-

---

\* Magistrado do Ministério público.

<sup>1</sup> São da Lei N.º 5/2016 as citações legislativas realizadas ao longo do texto, salvo indicação em contrário.

<sup>2</sup> Por economia de espaço e âmbito, deixaremos a discussão desta noção de acto médico para uma outra oportunidade.

tico, tratamento ou reabilitação na área da saúde no sector público ou privado (art.º 4.º).

Por seu turno, considera-se utente a pessoa que se sujeita à prestação de cuidados de saúde (art.º 5.º).

Nas linhas que se seguem, focaremos a nossa atenção nos concretos pontos que suscitaram mais controvérsia ao longo do debate legislativo, a saber, a questão da responsabilidade dos prestadores de cuidados de saúde (art.º 20.º) e a questão do seguro obrigatório de responsabilidade civil profissional (art.º 36.º), ao invés de fornecer uma visão de conjunto, que será facilmente colhida pela leitura atenta do diploma legal – que prima pela brevidade e, no cômputo geral, pela clareza.

## **II. Aspectos problemáticos do novo regime jurídico do erro médico: a questão do ónus da prova e a importância, de iure condendo, da distribuição dinâmica do ónus da prova como forma de tutela do utente**

O novo regime jurídico do erro médico tem como finalidade a salvaguarda dos direitos e interesses legítimos dos utentes e dos prestadores dos cuidados de saúde (art.º 1).

Todavia, a modalidade da responsabilidade civil dos prestadores dos cuidados de saúde (art.º 20.º) prevista no regime jurídico do erro médico – a responsabilidade civil por actos ilícitos – coloca o utente numa posição processual desfavorável em relação aos prestadores dos cuidados de saúde.

Com efeito, estando a responsabilidade civil dos prestadores dos cuidados de saúde sujeita ao regime jurídico da responsabilidade civil por factos ilícitos (art.º 20.º), colocou-se o utente numa posição de fragilidade (desde logo, no que respeita a prova dos factos ilícitos), uma vez que o mesmo terá de fazer prova de todos os requisitos da responsabilidade civil extracontratual, a saber, *i*) facto voluntário; *ii*) ilicitude; *iii*) culpa; *iv*) dano; e *v*)nexo de causalidade entre o facto voluntário e a produção do dano; o que, atento o facto de, por regra, estarmos em face de um utente que, compreensivelmente, não domina a complexidade da actividade médica, torna essa prova muito difícil ou (quase) impossível.

Para aligeirar esse desequilíbrio poderiam ter sido levados em conta alguns contributos de direito comparado, nomeadamente referentes aos mecanismos simplificadores da actividade probatória do lesado em matéria da responsabilidade civil por acto médico.

Os referidos mecanismos simplificadores da actividade probatória do lesado, consubstanciam-se através da prova de determinados elementos fácticos – de (mais) fácil demonstração pelo utente – possibilitam que o juiz se convença, à luz de um raciocínio dedutivo, da reunião dos pressupostos típicos da responsabilidade civil por acto médico – cuja prova se revela mais difícil<sup>3</sup>.

Com efeito, trata-se de mecanismos que apresentam uma acentuada afinidade com as presunções judiciais<sup>4</sup> que auxiliam o juiz no procedimento complexo – que envolve “uma rede de inferências racionalmente fundada”- de escolha da “melhor” narração dos factos<sup>5</sup>.

É neste contexto que, em outros ordenamentos jurídicos<sup>6</sup>, se inscreve a importância do recurso às máximas da experiência resultantes da regra do “*id quod plerumque accidit*” em Itália<sup>7</sup>; da *prova prima facie* ou de *primeira aparência (Anscheinbeweis)*<sup>8/9</sup> na Alemanha; da *res*

<sup>3</sup> Neste sentido, Pedro, Rute Teixeira, A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato, in: *Revista do CEJ*, 1º Semestre de 2011, Número 15, Dossiê Temático: Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade, Almedina, Coimbra, (2013), p. 28.

<sup>4</sup> Sobre as presunções judiciais, referindo-se expressamente ao seu funcionamento; Neste sentido, Silva, João Calvão da, As presunções judiciais e os arts. 712.º, 722.º e 729.º do Código de Processo Civil, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 135.º, 3935, Novembro-Dezembro 2005, Director: Manuel Henrique Mesquita, Coimbra Editora, Coimbra, (2006), pp. 127-128.

<sup>5</sup> Neste sentido, Pedro, Rute Teixeira, A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato, *cit.*, p. 28.

<sup>6</sup> Quanto a este aspecto, no âmbito da responsabilidade civil por acto médico, Barbosa, Mafalda Miranda, A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 38, Abril/Junho 2012, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 23-24.

<sup>7</sup> Neste sentido, por todos, na doutrina italiana, Quadri, Enrico, Profili della Responsabilità Medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive, in: *RcP*, Volume LXIX, (2004), pp. 328-335.

<sup>8</sup> Neste sentido, Monteiro, Jorge Sinde, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, Coleção Teses, Tese de Doutoramento, (1989), p. 247, nota 429.

<sup>9</sup> Na doutrina alemã, acerca do cumprimento do ónus da prova na responsabilidade civil médica, com muito interesse, Graf, Ute, *Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess*, VVF, München, (2014), pp. 234 e ss. O que resulta da *prova de primeira aparência* ou *prima facie*, a qual se baseia no decurso típico dos acontecimen-

*ipsa loquitur* ou do dano desproporcionado<sup>10</sup>; e das presunções “*graves, precisas et concordantes*” (art.º 1353.º, do Code Civil) em França<sup>11</sup>, e, por último, da teoria da perda de chance<sup>12/13</sup>.

---

tos, assentando numa presunção judicial ou natural, é o que, segundo a experiência da vida, acontece normalmente, é o que é possível inferir da veracidade do facto presumido. Ou seja, existe uma relação de probabilidade típica, assente em regras da experiência comum ou regras técnicas, entre um facto e a sua causa. Parte-se de um resultado verificado e, de acordo, com uma ideia de verosimilhança, considera-se verificado o curso normal típico que a ele conduz. A prova *prima facie actua*, deste modo, ao nível da valoração livre da prova; neste sentido, Luís Filipe Sousa, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência, instrução do processo, prova pericial), in: *Revista do CEJ*, 2º Semestre de 2011, Número 16, Dossiê Temático: Criminalidade económico-financeira e criminalidade organizada, Almedina, Coimbra, (2013), p. 78; no mesmo sentido, João Calvão Da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Dissertação de Doutoramento, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, (1990), p. 388.

<sup>10</sup> Segundo esta teoria, quando os factos, atentas as circunstâncias em que se produziram, falam por si mesmos não é necessário que fale o homem. Presume-se a negligência médica quando, na sequência da prática de um acto médico, o paciente sofre um dano que é de tal modo desproporcionado que só pode explicar-se se entender que é o resultado de mala praxis. Presume-se a culpa do causador do dano quando este é um facto excepcional de acordo com o normal suceder e com as máximas da experiência, de tal modo que o dano revele indutivamente a penúria dos meios empregues ou falta de diligência, segundo o estado da ciência e as circunstâncias de tempo e lugar em que ocorreu. Ou seja, cabe ao prestador dos cuidados médicos silenciar a eloquência dos factos, apresentando uma explicação razoável para os danos sofridos pelo utente; Luís Filipe Sousa, O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência, instrução do processo, prova pericial), *cit.*, p. 78; Rute Teixeira Pedro, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, dissertação de Mestrado, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), p. 347; na doutrina espanhola, Núria Fachal Noguer, Las regas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas, in: *Objecto y carga de la prueba civil*, Bosch Procesal, (2007), p. 208.

<sup>11</sup> Neste sentido, por todos, na doutrina francesa, Jourdain, Patrice, Responsabilité Civile, in: *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, Juillet/Septembre 2008, (2008), pp. 492 e ss.

<sup>12</sup> Na verdade, a figura da *perda de chance* é muito conhecida e aplicada noutros ordenamentos jurídicos – nomeadamente no francês e no italiano e a questão que se coloca neste âmbito é a de saber se, ao nível do nexó de causalidade, o conteúdo do comportamento do terceiro é *conditio sine qua non* para a não obtenção do resultado final ou se, diferentemente, a *conditio sine qua non* asseenta nas possibilidades existentes de aquele resultado final ser atingido. Se optarmos pela segunda hipótese, e se se deslocar a atenção do plano (incerto) do resultado final para o terreno (certo) das possibilidades existentes de esse resultado final ser atingido, a resposta quanto ao nexó de causalidade

E esse desequilíbrio na produção da prova previsto no novo regime jurídico do erro médico, a cargo do utente, é agravado, em certa medida, pela própria formatação do ónus da prova prevista no Código Civil de Macau, que tem subjacente a teoria das normas de Leo Rosenberg.

Com efeito, o Código Civil de Macau, seguindo o exemplo do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) alemão, preocupa-se em delimitar, em termos inequívocos, a diferença entre *facto constitutivo* e *facto impeditivo* (art.º 335.º, n.º 1 e 2, do Código Civil de Macau).

De harmonia com a denominada teoria das normas<sup>14/15</sup>, que teve em Leo Rosenberg o principal defensor, há que identificar o que é a *regra* e o

---

dade será muito diferente; Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 15, Novembro de 2008, Tese de Mestrado, Coimbra Editora, Coimbra, (2008), pp. 227 e ss; Hugo Luz dos Santos, O dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal (algumas notas mais ou menos desenvolvidas), in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Ano 7, Volume 14, Outubro de 2015, Almedina, Coimbra, (2015), *passim*; na doutrina alemã, pronunciando-se abertamente a favor da admissibilidade da *perda de chance*, por todos, Helmut Koziol, *Schadenersatz für den Verlust einer Chance?*, in: *Festschrift für F. STOLL zum 75. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, (2007), pp. 233-250; Rui Cardona Ferreira, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Tese de Mestrado, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 300-338.

<sup>13</sup> À luz do que antecede (nota de rodapé anterior) se compreende a razão pela qual “a jurisprudência francesa reconhece como dano não apenas a perda de chance, mas a simples criação de um risco”, Löis Raschel, *La délicate distinction de la perte de chance et du risque du dommage*, in: *J.C.P.*, (2010), pp. 763 e ss. Neste sentido, muito recentemente, no quadro da responsabilidade civil do médico, a jurisprudência francesa admitiu o *direito à reparação* pela *perda de chance* de não ter vivido mais tempo (*perte de chance de n’avoir vécu plus longtemps*); neste sentido, Acórdão do *Cour de Cassation Français*, de 13 de Março de 2007, disponível em [www.courdecassation.fr/](http://www.courdecassation.fr/). Neste sentido, muito recentemente, reafirmando a ressarcibilidade do *dano de perda de chance*, o Acórdão do Tribunal de Cassação Francês (*Cour de Cassation, première chambre civile*), de 19/12/2013, disponível em [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/).

<sup>14</sup> Exposta exemplarmente por ROSENBERG, LEO, *Die Beweislast auf der Grundlage der bürgerlichen Gesetzbuches and der Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, Beck, München, (1963), pp. 124-168.

<sup>15</sup> Na doutrina portuguesa, José Luís Bonifácio Ramos, O sistema misto de valoração da prova, in: *Revista O Direito*, Ano 146.º, Vol. III, (2014), Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2014), p. 572.

que é a *exceção* na norma de direito substantivo e esta tarefa está facilitada quando a *exceção* é introduzida por palavras como “*excepto*”, “*salvo se*”, “*a não ser que*”, “*mas*”, constantes, nomeadamente, e sem preocupação de exaustividade, *e.g.*, no art.º 493.º, n.º 3, art.º 495.º, art.º 498.º, art.º 502.º, n.º 1, art.º 902.º, n.º 1, art.º 904.º, n.º 1, todos do Código Civil de Macau.

Todavia, nos casos em que o Código Civil de Macau faz essa distinção, a tarefa do intérprete está facilitada. A verdadeira dificuldade surge, porém, quando, por um lado, a lei não prevê qualquer distinção entre o que constitui *regra* e o que constitui *exceção* e, por outro, mesmo quando essa distinção é feita, a lei acabe por fazer recair sobre a parte processualmente mais fraca (o utente) o ónus da prova dos factos constitutivos que alega, ou seja, o erro médico do prestador dos cuidados de saúde (factos ilícitos), tornando essa prova, em face da dificuldade que lhe é inerente, muito difícil ou mesmo *impossível*.

Para atenuar essa injustiça processual e material, a doutrina mais recente tem defendido a correcção desses desequilíbrios (processuais) através da doutrina da distribuição dinâmica do ónus da prova.

Deste modo, a concreta distribuição do ónus probatório deve autonomizar-se da natureza que os factos assumem no desenho processual (factos constitutivos ou impeditivos) **quando e se** essa natureza tornar impossível ou difícil a prova desses factos naturalísticos<sup>16</sup>.

A forma de distribuição do ónus da prova que resulta do novo regime jurídico do erro médico, não leva em conta as consequências dessa repartição, nomeadamente com o efeito distributivo do ónus da prova. Consequentemente, o ónus da prova resulta atribuído a uma parte (o utente) para quem é manifestamente difícil, ou mesmo praticamente impossível, demonstrar a ocorrência da versão onerada com o facto<sup>17</sup> - é essencialmente por essa razão, que o novo regime jurídico do erro médico deveria ter sido guiado pela teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova.

<sup>16</sup> Na doutrina argentina, W. Peyrano, Jorge, La prueba difícil, in: *Civil Procedure Review*, Volume 2, n.º 1, January/April, 2011, (2011), pp. 86-96.

<sup>17</sup> Micael Martins Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, *cit.*, p. 302.

Em apertada síntese, a noção que constitui a base do funcionamento da distribuição dinâmica do ónus da prova é a da *facilidade em produzir a prova*.

Nessa **cláusula geral de facilidade relativa de produzir a prova**, está implícita nesta a existência e a identificabilidade de casos em que exista um desequilíbrio entre as capacidades probatórias de cada parte<sup>18</sup>, para que se atribua o ónus à parte que apresente a maior facilidade probatória<sup>19</sup>.

No âmbito da referida cláusula geral encontra-se o **critério da proximidade e o controlo dos factos**. Os casos em que com maior nitidez se verifica uma clara proximidade e controlo dos factos da parte a quem aproveita a versão privilegiada em relação à parte contrária (onerada com a prova) são algumas situações de ressarcimento de danos resultantes do incumprimento das chamadas *obrigações de meios*, de que é exemplo a responsabilidade civil por erro médico, nomeadamente no que diz respeito à prova dos requisitos da ilicitude<sup>20</sup> (incumprimento)<sup>21</sup>, da culpa e do nexo de causalidade<sup>22</sup>. Nestes casos, portanto, a distribuição dinâmica

<sup>18</sup> Na doutrina argentina, Inés White, *Cargas probatorias dinâmicas*, (2012), p. 68.

<sup>19</sup> Na doutrina argentina, Abraham Vargas, *Cargas probatorias dinâmicas. Sus perfiles*, (2013), p. 10.

<sup>20</sup> Verdadeiramente, a *ilicitude da actividade do médico* será afirmada se concluirmos que a mesma consubstancia uma *violação das leges artis* impostas a um profissional prudente da respectiva categoria ou especialidade, mas não será necessário aquilatar se, na execução ou inobservância dos deveres que lhe são exigíveis, o médico actuou com diligência, cuidado ou prudência impostos a um profissional medianamente diligente, zeloso e cuidadoso, uma vez que tal juízo terá lugar ao nível de culpa. No fundo, a ilicitude traduz-se numa desconformidade objectiva face aos comandos da ordem jurídica e a culpa num juízo de censurabilidade subjectiva à conduta desviante do lesante/devedor; neste sentido, Filipe Albuquerque Matos, *Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respetivos pressupostos*, *cit.*, p. 62; afirmando, ainda que noutro âmbito, a insuficiência da responsabilidade civil por factos ilícitos, Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, (2004), pp. 271 e ss; na doutrina alemã, Fikentscher/Heinemann, *Schuldrecht*, 13. Auflage, (2015), pp. 736 e ss.

<sup>21</sup> A *posição de desvantagem do paciente lesado* resulta, como parece ficar claro, da *dificuldade inerente à actividade probatória*; neste sentido também, Mafalda Miranda Barbosa, *A jurisprudência portuguesa em matéria da responsabilidade civil médica: o estado da arte*, *cit.*, p. 17.

<sup>22</sup> No direito comparado, sobre as diferenças quanto ao *onus da prova* entre *responsabilidade contratual e extracontratual*. Na doutrina alemã, Heinemann, *Beweislastverteilung*, (2015), 73-140. Fazem referência à mesma distinção Rödl, *Die Spannung der Schuld*, Duncker & Humblot, Berlim, (2014), Canaris, *Die Behandlung nicht zu vertretender*

do ónus da prova aconselharia a inversão do ónus da prova<sup>23/24</sup> e deveria ter sido esse o caminho seguido pela Lei n.º 5/2016 (Regime jurídico do erro médico).

De facto, é em sede dos casos de incumprimento de obrigações de meios, principalmente no âmbito da prestação de cuidados médicos, que se suscita a questão da distribuição do ónus da prova através da distribuição dinâmica.

Com efeito, na prestação destes serviços médicos, em particular quando estejam em causa intervenções médicas susceptíveis de causar danos graves (nomeadamente as intervenções cirúrgicas), surgem dificuldades probatórias no que respeita à demonstração da ilicitude, culpa enexo de causalidade motivadas pelo afastamento e pela ausência de controlo que o paciente, enquanto parte onerada com a prova, tem sobre o facto danoso. Pelo contrário, será o prestador dos cuidados de saúde que estará mais próximo e que assumirá o controlo sob a intervenção, por vezes mesmo de forma absoluta, sem qualquer possibilidade de o paciente poder sequer presenciá-la, nomeadamente nos casos em que esteja anestesiado. Além disso, o prestador dos cuidados de saúde tem obviamente acesso a dados clínicos e a conhecimentos técnicos relativamente ao facto danoso de que o utente, à partida, não dispõe<sup>25</sup>.

Por isso, de acordo com o *critério da distribuição dinâmica do ónus da prova*, este deveria, no que diz respeito à prova da não verificação daqueles elementos (inobservância dos requisitos da responsabilidade civil por acto

*Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf*, JZ (2004/5), 214-225, e Lobinger, *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, (2014). Na doutrina inglesa, TREITEL, *The law of contract*, 13.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, (2015), pp. 780-781.

<sup>23</sup> Micael Martins Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 309.

<sup>24</sup> Não podemos, na verdade, ignorar os múltiplos obstáculos colocados ao paciente enquanto leigo para alcançar a demonstração dos pressupostos da responsabilidade do médico: desde logo, o difícil acesso aos registos clínicos, assim como a onerosidade coenrolvida na convocação de peritos. A inversão do ónus da prova alivia significativamente a posição do paciente enquanto credor da obrigação de indemnizar; neste sentido, Filipe Albuquerque Matos, *Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respetivos pressupostos*, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 43, Julho/Setembro 2013, (2013), p. 65.

<sup>25</sup> Micael Martins Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., pp. 310-311.

médico, concretamente, da ilicitude, da culpa e do nexo de causalidade entre o facto e a produção do dano) *caber ao prestador dos cuidados de saúde*<sup>26</sup>. De facto, tendo este presenciado e controlado a intervenção cirúrgica e conhecendo melhor os procedimentos e os possíveis resultados da mesma, estará naturalmente em melhores condições de apresentar provas que sejam coerentes e persuasivas de que, por exemplo, respeitou as *leges artis* aplicáveis ao caso e actuou com a diligência e o zelo exigíveis a um profissional medianamente diligente e zeloso na sua especialidade médica (não verificação da culpa nem da ilicitude) e/ou de que os danos verificados não eram de todo previsíveis ou que se ficaram a dever a uma causa diferente da intervenção médica (não verificação do nexo de causalidade). Deste modo, a maior facilidade probatória do prestador dos cuidados de saúde não é afectada por ele ficar onerado com a prova de um facto negativo, pois poderá demonstrar a não-causalidade através da prova de algum facto positivo que tenha maior facilidade em demonstrar (por exemplo, a prova do cumprimento de todas as boas práticas aplicáveis ao caso)<sup>27</sup>, afastando, assim, a responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos.

### III. O seguro obrigatório de responsabilidade civil profissional (art.º 36.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2016) enquanto mecanismo de tutela da dignidade da pessoa humana (art.º 30.º, da Lei Básica de Macau) e de socialização do risco

Dispõe o art.º 36.º, n.º 1 que “os prestadores de cuidados de saúde encontram-se obrigados à celebração de contratos de seguro de respon-

<sup>26</sup> Os tribunais superiores argentinos têm reafirmado esta prática, sendo paradigmático o acórdão da *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, de 10 de Dezembro de 1997 (Ana Maria Pinheiro). Com efeito, desta decisão, que se refere à responsabilidade civil por acto médico (realização de um parto), podemos, acompanhando a doutrina citada na nota anterior, destacar a seguinte passagem «no tema da *mala praxis* médica deve acatar-se, em princípio- o antigo aforismo processual *onus probandi incumbit actore*, assim como são aplicáveis, nesta sede, as normas de culpa subjectiva. No entanto, como a maioria destes casos se referem a situações extremas de muito difícil demonstração, assume uma enorme importância o conceito de «distribuição dinâmica do ónus da prova» ou «prova partilhada», que onera quem se encontre em melhores condições de apresentar em juízo os elementos tendentes à obtenção da verdade objectiva (os médicos ou o hospital, por terem conhecimentos técnicos e participado directamente no facto danoso)».

<sup>27</sup> Micael Martins Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 311.

sabilidade civil profissional em conformidade com os termos, condições, limites e montantes que venham a ser definidos por regulamento administrativo complementar”.

Esta novidade legislativa é, indiscutivelmente, de aplaudir.

Na verdade, essa disposição legal acaba por dar – e bem - conteúdo útil a diplomas legais tão importantes como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (DUDH); o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP). Por outro lado, no plano interno, este artigo dá integral cumprimento ao disposto no art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau, que exige o respeito pela dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o artigo 25.º, n.º 1 estipula que “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família, a saúde e o bem-estar físico, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”.

Ainda no âmbito universal, merece referência o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) que, no seu art.º 12.º, reconhece o direito de todos a gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir, e que inclui a prestação de cuidados de saúde e o ressarcimento dos danos sofridos por ocasião da prestação desses cuidados de saúde.

Por fim, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), no seu art.º 6.º, n.º 1, também confere o devido relevo ao facto de que “o direito à vida é inerente à pessoa humana”. Este artigo tem sido interpretado pelo Comité de Direitos Humanos no seu Comentário Geral n.º 6.º, no sentido de que a prestação dos cuidados de saúde e a indemnização por eventuais danos causados nessa actividade são fundamentais para proteger o direito à vida e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana (art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau) encontra o seu fundamento no reconhecimento de que a pessoa humana constitui a base do direito, e significa que cada pessoa humana constitui um *valor eminente*.

Esse reconhecimento traduz-se numa *obrigação de proteger e obrigação de cumprir*; através da adopção de medidas legislativas adequadas à prossecução dessa finalidade de *respeito e protecção* pelo direito à saúde e da prestação de cuidados de saúde e ao ressarcimento dos danos daí resultantes<sup>28</sup>, nas indicações legislativas proclamadas em diversos diplomas legais internacionais e na Lei Básica de Macau.

Assim se compreende que, em matéria de prestação de cuidados de saúde, vigore a denominada *socialização do risco*<sup>29</sup>, que é o pilar do seguro obrigatório de responsabilidade civil profissional previsto no art.º 36.º do novo regime jurídico do erro médico.

Porquanto, a *socialização do risco*, enquanto negação do *glorification of the individual*<sup>30</sup>, simboliza a *ética da responsabilidade solidária*<sup>31</sup> guiada, fundamentalmente, por um *cuidado-com-o outro* e, claro, por um *cuidado do futuro*<sup>32</sup>, a que a Lei n.º 5/2016 conferiu o devido relevo e expressão legislativa.

Setembro de 2016, Região Administrativa Especial de Macau, com um relance do olhar para o Mar da China Meridional.

<sup>28</sup> Neste preciso sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Volume II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 290.

<sup>29</sup> V. Neste sentido, na doutrina portuguesa, Henrique Sousa Antunes, *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 564.

<sup>30</sup> Neste preciso sentido, no âmbito temático do Direito Tributário, Joaquim Freitas da Rocha, Sustentabilidade e Finanças Públicas Responsáveis. Urgência de um Direito Financeiro Equigeracional, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: Responsabilidade: entre Passado e Futuro*, Organizadores: Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 623.

<sup>31</sup> Neste preciso sentido, Fernando José Bronze, A responsabilidade, hoje (algumas considerações introdutórias), in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, VOLUME I: Responsabilidade: entre Passado e Futuro, Organizadores: Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 198.

<sup>32</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, Jan Henrik Klement, *Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht*, Tübingen, 2006, pp. 261 e ss.

