

ESTUDOS

**DOUTORAMENTO
& MESTRADO**

ANA ELISABETE FERREIRA

**TRAGÉDIA, COMPLEXIDADE E DIFERENDO
NA JURISPRUDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA**

17

SÉRIE D



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

página deixada propositadamente em branco



I
•
J

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

institutojuridico@fd.uc.pt
www.fd.uc.pt/institutojuridico
Pátio da Universidade | 3004-545 Coimbra

ISBN

978-989-9075-62-7

© NOVEMBRO 2023

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS
Doutoramento
& Mestrado

SÉRIE D | 17

ANA ELISABETE FERREIRA

TRAGÉDIA, COMPLEXIDADE E DIFERENDO
NA JURISPRUDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

INSTITUTO JURÍDICO

página deixada propositadamente em branco

TRAGÉDIA, COMPLEXIDADE E DIFERENDO
NA JURISPRUDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Ana Elisabete Ferreira (*)

RESUMO: No amplo contexto dogmático no qual o binómio *casos fáceis/casos difíceis* é convocado encontramos, frequentemente, o recurso a *exempla* pragmáticos do âmbito da responsabilidade civil médica. A recorrente desigualdade de recursos entre as partes, as dificuldades de prova e os desafios da causalidade evidenciam, empiricamente, uma *complexidade* – por vezes, uma *tragicidade* – que raíam o campo do *diferendo*.

Se na essência da prestação de cuidados de saúde está, originariamente, uma relação de «soin», torna-se paradoxal que suceda que, quando um paciente sofre danos como resultado de uma intervenção médica violadora das «leges artis», este princípio básico do cuidado não seja tido em devida consideração na arquitetura do tratamento do erro médico. As soluções jurídicas para o erro médico encontram-se (fatalmente?) fora do *continuum* de cuidados. O presente texto procura diagnosticar as razões dessa dificuldade acrescida e as soluções que, ao nível do direito comparado, foram sendo aventadas para a minimizar.

PALAVRAS-CHAVE: casos complexos; casos trágicos; *diferendo*; jurisprudência; justiça restaurativa; responsabilidade médica

(*) Investigadora Colaboradora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ORCID 0000-0002-3845-3166.

TRAGEDY, COMPLEXITY AND DIFFEREND
IN THE JURISPRUDENCE OF MEDICAL LIABILITY

ABSTRACT: In the broad dogmatic context in which the binomial *easy cases/hard cases* is summoned up, we often find the use of exempla from the scope of medical liability. The recurrent inequality of resources between the parties, the difficulties of proof and the challenges of causality empirically show a *complexity* – sometimes a *tragicity* – that border the field of the *differend*. If the essence of the provision of health care is, originally, a relationship of «soin», it becomes paradoxical that when a patient suffers harm because of a medical intervention that violates the «leges artis», this basic principle of care is not taken into due account in the malpractice treatment architecture. Legal remedies for medical malpractice lie (fatefully?) outside the *continuum* of care. This paper seeks to diagnose the reasons for this increased difficulty and the solutions that, in terms of comparative law, have been suggested to minimize it.

KEYWORDS: complex cases; *differend*; jurisprudence; medical liability; restorative justice; tragic cases.

I. Introdução ao tema

“Surely, as human beings, judges and legal scholars can express empathy for the pain, harm and suffering that a particular decision might bring, but these experiences are fully in line with Plato’s rationalism clearly set apart from the legal point of view. The losses that occur as a result of in themselves defensible decisions are mostly accounted for in terms of what Ronald Dworkin has called ‘bare harm’, a *legally irrelevant experience of the losing citizen*.”¹

Nos diferentes contextos em que, no pensamento jurídico-filosófico contemporâneo, o binómio *casos fáceis/casos difíceis* é convocado, e sem prejuízo das plúrimas e tão distintas razões que possam justificá-lo, encontramos recurso a *exempla* pragmáticos de uma temática recorrente – a responsabilidade civil médica.

Vamos, pois, por um momento, assumir que existem, efetivamente, casos *mais difíceis* que outros e que, de entre estes – os mais difíceis – se encontrará uma boa parte das demandas que opõem profissionais de saúde e pacientes. E embora sem por isso aceitar que estes devam merecer tratamento jurisprudencial diferenciado², ou diferente metodologia de resolução³, procurar minimamente diagnos-

¹ Iris VAN DOMSELAAR, «On tragic legal choices» *Law and Humanities* 11/2 (2017) 184-204.

² Uma metodologia autenticamente prático-jurídica pressuporá, *para todos os casos*, «transcender a(s) norma(s)» e “impõe ainda que a realização do direito interogue continuamente e se faça intérprete, no seu juízo normativo concreto, do *consensus* jurídico-comunitário das intenções axiológico-normativas da «consciência jurídica geral», com as suas expectativas jurídico-sociais de validade e de justiça.” Assim em António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, (Studia Iuridica 1), 79-80.

³ Isto é, “desde que a mobilização destes sinais se cumpra livre de uma qualquer pretensão de descontinuidade metodológica, antes servindo para reforçar a unidade da reflexão correspondente (...) o que significa também rejeitar que o problema da demarcação em causa (e da qualificação que o consuma) se ofereça

ticar as razões dessa dificuldade acrescida e as soluções que, ao nível do direito comparado, foram sendo aventadas para a minimizar.

Logo tangencialmente, não será difícil inferir por que razão os casos que opõem médicos e pacientes em demandas cíveis serão, quase necessariamente, colocados na grelha teórica dos *casos difíceis* ou *complexos*: a recorrente desigualdade de recursos entre as partes, as dificuldades de prova, os desafios da causalidade e a sofisticação das explicações possíveis para os resultados dados evidenciam empiricamente essa complexidade. Por outro lado, a conhecida tendência formalista da jurisprudência é avessa à consideração das específicas exigências destes casos, que demandam a apreciação de fatores profundamente existenciais e de comensurabilidade casuística.

A título introdutório da questão, tomemos por referência algumas sugestões de abordagem dos casos de responsabilidade médica como «casos difíceis».

α) Duncan Kennedy, em *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power* (1982), pressupõe estarmos aqui perante um “regime that deal with risk [and] have a set of effects that will not be present when the compulsory term relates to some form of fully intentional behavior”⁴. Com efeito, na visão aqui manifestada por Duncan Kennedy, o problema principal assenta numa certa visão *sociológica* do paciente como consumidor (de saúde). E sendo um consumidor, ele deve estar avisado, procurar informação e dados que lhe permitam fazer uma escolha racional entre os tratamentos propostos ou entre ser ou não sujeito a uma certa cirurgia, por exemplo. É o paradigma do «caveat emptor» ou “let the buyer beware”. Na senda, aliás, daquela a que nos convoca J. M. Balkin em *The Crystalli-*

ele próprio como uma questão metodologicamente prévia, inevitavelmente «difícil». José Manuel AROSO LINHARES, *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade. Sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, 165-166.

⁴ Duncan KENNEDY, «Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power», *Maryland Law Review* 41 (1982) 563-658, 650.

ne Structure of Legal Thought (1986), colocando os litígios em medicina no campo dos argumentos paternalistas e anti-paternalistas (“the most individualist forms of Social Choice arguments”)⁵.

A partir de Duncan Kennedy, poderíamos considerar uma solução de socialização do risco (próprio senso), ancorada num *agir paternalístico* do julgador que (não pressupõe que exista algo como a «liberdade contratual» e que) se proponha proteger a parte com *menos expressão*.

Com efeito, independentemente das escolhas manifestadas por cada um, o Estado tem o dever de proteger todos, especialmente os sub-representados – os que *o mercado não apoia* – e a sua proteção não deve ser colocada em termos negociais. Em Balkin⁶, este facto fica mais claro: os argumentos anti-paternalistas da responsabilidade configuram a forma mais individualista de escolha social, e pressupõem que cada um se encontra sempre e consistentemente realizado das escolhas que faz, porque as quis, e não compete ao Estado interferir na sua liberdade negocial.

Não obstante, vemos como estes argumentos são menos claros na responsabilidade médica: imagine-se um caso em que o médico não informou os riscos de uma cirurgia – se damos ao médico o direito de reter esta informação, porque o médico razoavelmente acreditou que era do melhor interesse do paciente não o informar, este argumento é paternalista da perspetiva do médico (paternalismo médico) – mas individualista, pois assenta apenas na sua decisão, e não numa decisão partilhada com o paciente. Alternativamente, o médico poderá invocar o alto custo de educar o paciente, ou a aversão ao risco do paciente que o irá impedir de tomar a decisão adequada⁷.

O paciente responderá com um anti-argumento do paternalismo, de que o médico não deve ter autoridade para limitar a sua autono-

⁵ J.M. BALKIN, «The Crystalline Structure of Legal Thought», *Rutgers Law Review* 39/1 (1986) 1-103, 96.

⁶ J.M. BALKIN, «The Crystalline Structure of Legal Thought», 92.

⁷ J.M. BALKIN, «The Crystalline Structure of Legal Thought», 98. Cfr. William M. LANDES / Richard A. POSNER, «Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis», *The Journal of Legal Studies* 9/3 (1980) 517–555.

mia. E invocará ainda *um argumento de facilitação comunalista* de que, se o médico está preocupado com a sua capacidade para tomar uma decisão informada, então deve fornecer-lhe informações suficientes para decidir, em vez de excluir a escolha individual. É aqui, contudo, que o *anti-paternalismo* (da perspetiva do doente) terá o seu limite – *em tudo o resto*, o paciente precisa que o tribunal o proteja⁸.

β) R. A. Posner, em *Reflections on Judging* (2013), depreende o problema da prova em medicina – e o ato médico mediado por tecnologia, especialmente –, como evidência da *complexidade* do Direito, tanto interna (v.g., pela falta de educação específica dos juizes e pelos *vícios* do procedimento), como externa (v.g., pela densidade e pluridisciplinaridade que as questões decidendas acarretam)⁹. Em Posner, a prova em responsabilidade médica é, expressamente, uma fonte de complexidade¹⁰.

Essa complexidade advinda do exterior prejudica, assim, o trabalho que o Direito internamente deve fazer: internamente, o sistema olhará cada paciente em particular, e a sua pretensão será valorada de acordo com uma prévia análise custo-benefício não simplista: qual a chance real de cura do doente? Qual a probabilidade que tinha, à partida, de sobreviver sem sequelas?¹¹ Se o médico não informou, não acudiu em tempo, não agiu de acordo com as «leges artis», que diferença é que isso fez/faria para a situação clínica daquele doente, em particular?¹² Quantos anos de vida lhe

⁸ Philip G. Jr. PETERS, «Doctors & Juries», *Michigan Law Review* 105 (2007) 1453-1496, 1488.

⁹ Richard A. POSNER, *Reflections on Judging*, Harvard: Harvard University Press, 2013, 10-15, e 54 ss.

¹⁰ Richard A. POSNER, *Reflections on Judging*, 15.

¹¹ Cfr. João Pinto MONTEIRO, «Os Custos do Desconhecido: a Medicina Defensiva como Resposta à Internalização de uma Externalidade», in *Responsabilidade Civil em Saúde – Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2021, 275-290, 282 e ss.

¹² Assim em *Murrey v. United States*, julgado por Posner. Cfr. Diane P. WOOD, «Tributes: Health, Heart and Mind: The Contributions of Richard A. Posner to Health Law and Policy», *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 9/17 (2000) 1-13, 3.

sobrariam? Quanto estaria disposto a pagar por esses (muitos ou poucos) anos de vida?¹³ Quantas pessoas dependem ou dependiam da integridade do paciente lesado?

Sendo certo que, a final, essa análise custo-benefício não deverá obliterar que “a loss is a loss even if it is only probable, as are most things in life”¹⁴. A necessidade e a oportunidade da intervenção médica têm, então, como contrapeso uma perspectiva *realista* do padecimento dos doentes, fundamentos sociológicos sobre *a vida das pessoas*, e um *mínimo de civismo*¹⁵.

γ) Já em Philip J. Peters, por outro lado, em *Doctors & Juries* (2007) e *Twenty Years of Evidence...* (2009), a tônica é colocada na enorme discrepância no sucesso dos médicos face ao dos pacientes em litígios, que se deve, essencialmente, à desigualdade de recursos e ao facto de estarem a desafiar diretamente “upstanding members of the community” – já que cognições e expectativas socialmente partilhadas ligam o *status* social a certas atribuições e habilidades pessoais¹⁶.

De acordo com Peters, os médicos ganham 80% a 90% das demandas que os opõem aos doentes, se a prova da relação entre a má prática e o resultado danoso for *fraca*; se a prova for *mediana*, ganham 70% dos casos; se a prova contra si for *muito forte e manifesta*, ainda assim ganham 50%¹⁷. A evidência é possante: é altamente improvável que se faça justiça a uma vítima de negligência médica – quando a evidência da má prática médica é fraca, o ónus da prova é aplicado corretamente; já quando a evidência é forte, a probabilidade de dar relevância ao critério anterior diminui drasticamente.

Portanto, conclui Peters, em regra, os tribunais tendem a tratar os médicos de modo *justo*, mas não os doentes. E este estado de coi-

¹³ Diane P. WOOD, «Tributes», 4.

¹⁴ Diane P. WOOD, «Tributes», 4.

¹⁵ Assim em *Ralston v. McGovern*, julgado por Posner.

¹⁶ Philip G. Jr. PETERS, «Doctors & Juries», 1486.

¹⁷ Philip G. Jr. PETERS, «Twenty years of evidence on the outcomes of malpractice claims», *Clinical Orthopaedics and Related Research* 467/2 (Feb 2009) 352-357, 352.

sas é imutável, a menos que os decisores sejam convenientemente educados para a problemática das sequelas da negligência e se crie, na organização judiciária, tribunais especializados em saúde, o que aumentaria a especialização e as competências e diminuiria a inércia dos decisores. Como esta hipótese não foi testada no contexto jurídico a que Peters se refere, o autor não pode ir mais longe nas conclusões. (Nós, porém, podemos fazê-lo, olhando designadamente para algumas tentativas europeias de especialização nesta matéria.)

A visão global de Peters vai, portanto, de encontro à afirmação de Van Domselaar, segundo a qual as perdas que ocorrem como resultado das decisões médicas que sejam minimamente defensáveis (ainda que, concretamente, erradas) em si mesmas são principalmente contabilizadas “em termos do que Ronald Dworkin chamou de «dano puro», uma experiência juridicamente irrelevante do cidadão perdedor”¹⁸.

δ) Em Manuel Atienza¹⁹ descobrimos que (não todos, mas) um conjunto importante de casos com relevância jurídica no âmbito dos atos médicos apresenta uma característica absolutamente diferencial, que é esta: “un caso puede calificarse como trágico cuando, en relación con el mismo, no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo”, isto é, casos em que *qualquer solução importa o sacrifício de uma exigência essencial de um valor fundamental*²⁰.

Atienza afasta-se, portanto, daquilo que designa como um paradigma ideológico «conservador», segundo o qual *é sempre possível fazer justiça por meio do direito*, paradigma a que, diz-nos Atienza, não vê *qualquer razão para se aderir*²¹.

¹⁸ Iris VAN DOMSELAAR, “On tragic legal choices”, 190.

¹⁹ Manuel ATIENZA, «Sobre lo razonable en el derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional* 9/27 (1989) 93-110; IDEM, «Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos», *Revista Isonomía* 6 (abril (1997) 7-30.

²⁰ Renato RODRIGUES, «Casos Trágicos: Um Limite», Racionalidade? Análise Crítica das Considerações Tecidas por Atienza e Lariguet Sobre o Assunto», *Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica* 4/1 (2018) 119-136, 120.

²¹ Manuel ATIENZA, «Los límites de la interpretación constitucional», 14.

A «rejeição da existência de uma única resposta legítima para cada problema»²² é o início de uma problematização que conduzirá Atienza à conclusão de que ««o Direito dos Estados democráticos», institucionalizando embora o «melhor dos mundos jurídicos existentes», não «configura necessariamente o melhor dos mundos imagináveis»»²³.

No âmbito da medicina, não é difícil conjecturar hipóteses práticas em que a decisão jurídica – qualquer que seja – conflitará diretamente com valores tutelados. O caso em que um cirurgião opta por levar a cabo uma transfusão de sangue ou hemoderivados, indispensável à manutenção da vida do paciente, sem previamente ter recolhido consentimento e sem que haja recusa expressa, mas sabendo que se trata de uma pessoa que professa como *Testemunha de Jeová* (daí podendo, razoavelmente, inferir-se a recusa), suponhamos: no nosso horizonte jurídico, a sobrelevação do direito ao consentimento informado indica um caminho decisório relativamente claro²⁴; tal facto, porém, não afasta o confronto direto dos valores em causa²⁵. Decisão que não condene o médico, por

²² José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio casos fáceis/casos difíceis*, 143.

²³ José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio casos fáceis/casos difíceis*, 149.

²⁴ André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente - (Estudo de Direito Civil)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 498 e ss.

²⁵ A este propósito, veja-se Maria Luísa PORTOCARRERO, «Bioética e filosofia: o princípio de autonomia e os desafios da fragilidade», *Revista Filosófica de Coimbra* 44 (2013) 397-416, 402: “E devemos perguntar: porque é que isto acontece? E indo ainda mais longe: em nome de quê é que um ato desejado e escolhido pode ser classificado de moral? Não haverá atos escolhidos que são claramente imorais? Será o consentimento, sempre, uma expressão da autonomia individual? Não será por vezes ilusório? Como esquecer que, em muitas ocasiões, o indivíduo dá o seu consentimento, sem estar realmente informado? Qual o tipo de laços que poderão existir entre os conceitos de autonomia, de liberdade e de dignidade da pessoa? Estará o doente realmente em estado de tomar uma decisão relativa à sua saúde, quando se encontra em situação de franca vulnerabilidade? Não poderão os médicos desviar o consentimento dos seus objetivos iniciais e transformá-lo em proveito próprio? Como, de facto, «resistir à tentação do lucro ou do proveito pessoal, evitando usar o seu poder de persuasão para com um ser fácil de manipular, quando não se é virtuoso», em sentido aristotélico?”.

exclusão da culpa²⁶, violará grosseiramente o princípio da autonomia pessoal; decisão que o condene, como expectável, por tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários²⁷, não deixará de ferir uma pressuposta exclusão da ilicitude das práticas médicas adequadas a assegurar a vida do paciente²⁸.

E a questão, porventura, não seria mais fácil no âmbito de uma responsabilidade civil que pressuponha, inarredavelmente, a ilicitude, a culpa e a causalidade. A este propósito, uma reflexão interessante é aquela a que nos convoca o caso *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia* (n.º 302/02), de 10 de junho de 2010 (versão final de 22 de novembro de 2010), em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem confronta a autonomia religiosa com a vida e a integridade física, entendendo o TEDH que o Estado não deve interferir na liberdade respeitante aos cuidados de saúde, sobrepondo-se o respeito ao princípio da autodeterminação do paciente.

²⁶ Artigo 35.º do Código Penal: «Estado de necessidade desculpante. 1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.»

²⁷ Artigo 156.º do Código Penal: «Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. 1 - As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.»

Artigo 157.º do Código Penal: «Dever de esclarecimento. Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.»

²⁸ Artigo 150.º do Código Penal: «Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. 1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.»

Por outro lado, o *Conseil d'État* francês, em 26-10-2001, absolveu um arguido médico que praticou uma transfusão contra a vontade do doente, sendo sensível à argumentação *paternalista* do médico, afirmando embora que os médicos têm o dever de respeitar a opinião dos pacientes. Em anotação a esta decisão, Louis Dubois²⁹ afirma que “deixar aos médicos um certo poder de apreciação constitui uma boa resposta do direito” – tratando-se aí de um “espace de libre respiration étique”. É que aqui, como diria, Rodotà, «o espaço entre o humano e a regra faz-se mais profundo»³⁰!

Os casos trágicos transportam um dilema de compatibilizar valores em colisão, de tal modo que a opção por qualquer das alternativas de resposta jurídica ameaçará insuportavelmente aquele «equilíbrio mínimo»³¹. Neste cenário, o julgador está condenado a escolher o *menor dos males*, pelo que é «débil» a razoabilidade da sua decisão. E esta debilidade não diz respeito apenas à moralidade interna do direito, mas especificamente à sua juridicidade – a resposta *menos má* é (continua a ser) uma infração ao ordenamento jurídico.

O que estas perspectivas têm em comum é o facto de considerarem que certa tipologia de casos, ou controvérsias de certa natureza, colocam ao julgador desafios de compreensão e de racionalidade mais amplos, ou de maior alcance, de modo porventura tão *dramático* que o Direito se vê insuficiente para lhes dar uma resposta *justa*.

Claro que a própria circunstância fáctica em que os casos de negligência médica emergem contribui fortemente para este estado de coisas. A primeira questão que nos parece aqui, inevitavelmente, assomar é esta: poderá afirmar-se que esses vários problemas de complexidade sejam questões isoladas? Ou, pelo contrário, estaremos perante um – inultrapassável – *diferendo*? De acordo com Lyotard,

²⁹ Louis DUBOIS, «Le refus de soins: qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu?», *Revue Droit Santé et Société* (2002) 43-49.

³⁰ Stefano RODOTÀ, *La Vita e le Regole – Tra Diritto e Non Diritto*, Roma: Laterza, 2012, 208.

³¹ Manuel ATIENZA, «Sobre lo razonable en el derecho», 101.

“A la différence d’un litige, un différend serait un cas de conflit entre deux parties (au moins) qui *ne pourrait pas être tranché équitablement* faute d’une règle de jugement applicable aux deux argumentations. (...) Un tort résulte du fait que les règles du genre de discours selon lesquelles on juge ne sont pas celles du ou des genres de discours jugé/s. (...) Ainsi le tribunal fait prévaloir ce régime et/ou ce genre sur les autres, et (...) il *fait nécessairement tort* aux autres.”³²

O que resulta absolutamente claro nestas diferentes visões da dificuldade, complexidade ou caráter trágico da jurisprudência dos atos médicos é que a *disparidade* que separa médicos e pacientes tem raízes ônticas, sociais e procedimentais diversas, e esse desequilíbrio situacional tem um impacto evidente e objetivo nas decisões judiciais.

É certo que, como essas manifestações de desigualdade são, praticamente, inelimináveis, o sistema jurídico poderia criar expedientes de *restitutio* que reequilibrassem (ou, pelo menos, *tentassem* um reequilíbrio), a partir de outros pressupostos da responsabilidade civil não centrados na culpa ou na causalidade.

Tal, porém, só fará sentido se acreditarmos que o Direito pode ainda fazer isso por si mesmo, através dos seus próprios expedientes. Na verdade, partimos do pressuposto de que cada caso que chega a um tribunal deverá merecer uma resposta do Direito. Será assim? Será a propositura de uma ação judicial a garantia de que a mera qualificação procedimental do caso o configura como juridicamente relevante? E ainda se assim for, do facto de ser um caso judicialmente relevante poderá depreender-se que a resposta judicial consubstancie, materialmente, uma resposta *de Direito*?

Na procura da resposta a estas questões, é manifesto que o parâmetro da racionalidade jurídica assume um papel fundamental no processo de qualificação do problema como problema, e que esse desafio de qualificação subsiste até ao resultado final da decisão. Ainda que as ordens da *complexidade* e da *tragicidade* sejam aqui mobilizadas somente como categorias de análise (e não como narrativas metodológicas), não pode obliterar-se que a questão da responsabilidade médica assumiu um patamar de gravidade que levou a que certos ordenamentos

³² Jean-François LYOTARD, *Le Différend*, Paris: Les Editions de Minuit, 1983, 9 e 203, realce nosso.

jurídicos (como é o caso da Nova Zelândia e, em grande medida, da Suécia) pura e simplesmente subtraíssem esta matéria da competência dos tribunais de primeira instância, assumindo que aqui se trata, sempre, de um problema que a realização judicativa do Direito *não deve* tratar. Ora, assumindo o direito uma função pervasiva na regulação das relações e uma garantia da diminuição da complexidade, oferecendo soluções para problemas, é fundamental perguntar o que significa a ausência da possibilidade de usar o Direito para se pronunciar, isto é, para se manifestar. Sem prescindir, por outro lado, de questionar a necessidade de espaços livres de Direito, que permitam «regressar à vida»³³, e aceitar que há espaços nas relações humanas que não devem ser *juridificados*, nem *capitalizados*.

II. A Essência da Prestação de Cuidados de Saúde e o Seu Impacto na Qualificação Jurídica do Problema

Na essência da prestação de cuidados de saúde está, originariamente, uma relação de «soin». Na clínica hipocrática, tal significava um debruçar metucioso sobre as manifestações da doença no corpo do paciente³⁴, expressa tanto na atenção dada ao esforço espontâneo de recuperação natural (*medicatrix naturae*)³⁵ quanto na genuína preocupação com o doente considerado na sua individualidade.

Esta *individualidade*, porém, não teria o sentido que hoje lhe é genericamente atribuído; antes consistiria numa apreensão global do paciente a partir da singularidade dos seus *humores* e da sua relação com o ambiente natural-geográfico e cultural, como também nas

³³ Cfr. Stefano RODOTÀ, *La Vita e le Regole*, 50 e ss.

³⁴ Não obstante o sentido etimológico da palavra “paciente” poder referir-se à circunstância de *pathos* ou sofrimento, no Direito, a palavra é ancestralmente utilizada como referindo aquele que tem direito de *habeas corpus*, isto é, aquele que tem o direito ao próprio corpo e a dispor sobre ele (*patiens habeas corpus*). É sobretudo neste sentido, que se utiliza aqui a palavra «paciente».

³⁵ Seguimos de perto, neste particular, Céline LEFÈVE, «La philosophie du soin», in G. DABOUIS / G. DURAND, dir., *Les textes-clés de la philosophie de la médecine*, vol. 3, Paris: Vrin, 2019, 25-34.

manifestações biográficas do seu estilo e da sua experiência de vida. “O médico grego observa, imita e encoraja a natureza.”³⁶

Consequentemente, o cuidado que visa amenizar o sofrimento do paciente envolve, em casos desesperantes, abster-se de intervir, e isso está em conformidade com a necessidade de deixar seguir o curso da natureza. Portanto, o cuidado não se confunde nem se esgota na *cura* ou tratamento – a terapia hipocrática une de modo firme a *clínica* e o cuidado, “respeitando a inseparável atenção e dedicação à dinâmica da natureza tanto quanto à individualidade que sofre”³⁷.

A palavra «soin» tem duas raízes: a raiz «songne», que vem do latim medieval *sunnia* e do frânquico *sunnja*, que significa “necessidade, carência”; e a raiz do latim tardio *sonium*, que quer dizer “preocupação, tristeza”. «Soigner» significaria, originalmente, “fornecer bens necessários”, mas também “limpar, higienizar”, pelo que assim se remete imediatamente para os aspetos mais materiais e prosaicos do corpo^{38,39}. Mas esta relação íntima entre medicina e cuidado do corpo foi sofrendo, paulatinamente, diversos fenómenos de refração, o que acontece logo no século XV, com a assunção de novos sentidos do cuidar⁴⁰, e também com a atribuição de papéis de cuida-

³⁶ Céline LEFÈVE, «La philosophie du soin», 25.

³⁷ Céline LEFÈVE, «La philosophie du soin», 25-26.

³⁸ Céline LEFÈVE, «La philosophie du soin», 25-26.

³⁹ Cfr. Michel FOUCAULT, *Naissance de la clinique. Une archéologie du regard médical*, Paris: P.U.F., 1963, 39.

⁴⁰ “Entre la Grecia hipocrática y la Edad Media europea se ha producido una novedad de enorme importancia, el nacimiento y la difusión del cristianismo, y con ella un cambio radical en la idea y en la práctica de la relación entre hombre y hombre; por tanto, en la idea y en la práctica de la amistad. (...) Para la benevolencia no puede haber «límites naturales». Aunque las posibilidades para el gobierno técnico de la naturaleza sean limitadas, siempre será posible hacer algún bien a la persona del amigo o del prójimo y, por tanto, siempre deberá hacérsele ese bien. Para el griego, ir más allá de las posibilidades del arte sería un pecado de *hybris*; para el cristiano, en cambio, rebasar los límites del arte con la caridad es un imperativo.” Assim em Pedro LAÍN ENTRALGO, *El médico y el enfermo*, Madrid: Ediciones Guadarrama, 1969, 53 e ss.

do *caritativo*⁴¹ a atores não médicos, e depois, com maior veemência, no século XIX, com a transição “científica” da medicina.⁴²

Ainda que a medicina hodierna possa parecer uma medicina que *oculta o cuidado*⁴³ na opressão sistémica da saúde, não se abandonou o paradigma da cura, e a prestação de cuidados de saúde mantém central o propósito do tratamento, da recuperação e do alívio ao doente.

Constatação que torna paradoxal que suceda que, quando um paciente sofre danos como resultado de uma intervenção médica violadora das «leges artis», tais valores essenciais sejam, simplesmente, abandonados. Com efeito, este princípio básico do cuidado, e o objetivo principal dos cuidados (*a cura*) não são tidos em devida consideração na arquitetura do tratamento do erro médico. *As soluções jurídicas para o erro médico encontram-se (fatalmente?) fora do continuum de cuidados.*⁴⁴

O sistema jurídico de resposta à «má prática» em medicina corre paralelo, sem nunca tocar, aquela necessidade de cuidado que colocou ambas as partes em relação e, sem a qual ambas perderiam, face a si mesmas e aos outros, essa identidade.

Sob os auspícios do sistema judicial, o problema que ali estava em causa (o cuidado) é deslocalizado; delimitado por compressões procedimentais, probáticas e de ordem argumentativa. O foco muda, e muito pouco nesse esforço promove um ambiente de cuidado ou de *cura*.

⁴¹ Desenvolvidamente em Ana Elisabete FERREIRA, “A Assunção jurídica da vulnerabilidade – Os Grandes Debates do Final do Século XIX à Primeira República”, *RIDB* 2 (2013) 2847-2897, 2860 e ss., onde nos debruçamos especificamente sobre o nascimento das Misericórdias, a partir do século XV, a criação de hospitais especializados e de outras instituições de assistência em Portugal, e as substanciais alterações na medicina e no cuidado a doentes a partir da segunda metade do século XIX.

⁴² Cfr. Francesco TORRALBA I ROSELLÓ, *Filosofia de la Medicina – En torno a la obra de E. D. Pellegrino*, Madrid: Editorial Mapfre, 2001, 56.

⁴³ Céline LEFÈVE, «La philosophie du soin», 32.

⁴⁴ Jonathan TODRES, «Toward Healing and Restoration for All: Reframing Medical Malpractice Reform», *Connecticut Law Review* 39 (2006) 667-737, 670: “... one of the problems with the current approach to medical malpractice is that legal remedies for medical error are not viewed as part of the continuum of care.”

Nestes meandros longínquos e de profunda externalidade face àquela relação primordial, o direito é chamado a intervir para cumprir o seu sentido restituidor. Hodiernamente, o alcance efetivo de tal desiderato encontra muitos e graves obstáculos,

- logo nas exigências autonomistas da técnica direcionada, que dilui vulnerabilidades particulares em fragilidades comuns – ser *um doente cardíaco* é diferente de ser *o José*;
- no paradoxo da mecanização ubíqua, que promove simultaneamente a rastreabilidade e a distância – o médico atua por meio de um diagnóstico que lhe foi dado por uma máquina, ficando refém de uma imagem do doente que, *prima facie*, não é sua;
- e no facto empírico de o corpo – a sua incapacidade, dor, mal-estar físico – ser a única – e, tantas vezes, inapresentável – prova dos factos;

E na amálgama de todo este quadro problemático, a constatação da existência de um autêntico *diferendo*, onde o exercício da prova é cabal confirmação da diferença e onde, assim mesmo, uma das partes é, constantemente, sub-representada ou não representada, porque o sistema se ocupa daquela manifesta *décalage* como se de um litígio contratual ou extracontratual comum se tratasse.

III. Litígio ou Diferendo?

Diferentemente de um litígio, um diferendo (*différend*) apresenta um conflito entre duas partes (ou mais), que não pode ser resolvido devido à ausência de uma regra de julgamento que – comunicacional, discursiva e metodologicamente – se mostre aplicável a ambas as argumentações. Que uma seja legítima não implica que a outra o não seja; porém, ao mobilizarmos ferramentas narrativas e probatórias que apenas uma das partes domina, assenta-se numa trivialização daquela *décalage* fundamental.

No litígio vigora, por princípio e inelutavelmente, a necessidade do pedido e da contradição, a igualdade substancial das partes e o ónus de alegação. Ora, no estado atual do sistema de resposta jurídica, o doente lesado apresentará aos autos o seu caso a partir

de instrumentos que só a contraparte domina (o processo clínico, as análises clínicas, os exames complementares de diagnóstico, a perícia médica...), e será convocado a provar que a contraparte *fez mal* um trabalho que só ela conhece, de acordo com costumes, protocolos e *guidelines* que a contraparte gerou e decidiu, entre os seus pares. *A sua real representação em juízo está assim e à partida, fatalmente ameaçada.*

O problema seria, porventura, menos grave se no nosso ordenamento jurídico a observação jurisprudencial empírica manifestasse, com vigor e consistência, alguma(s) tentativa(s) metodológica(s) de minimizar aquela diferença de grau, que resultassem com efetividade na *restitutio*. Tal, porém, não se verifica:

- i) A condenação cível e criminal dos médicos indiciados de má prática é residual⁴⁵;
- ii) A notificação de eventos adversos é mínima⁴⁶;

⁴⁵ Joana Vieira da SILVA, *A Responsabilidade Civil Médica – Óptica do Paciente, Enquanto Consumidor*, 2011, Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal, Dissertação de Mestrado, 7 e ss. [consult. 28 jun. 2021], disponível em <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8940/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Responsabilidade%20Civil%20M%C3%A9dica%20-%20a%20%C3%B3ptica%20do%20paciente,%20enquanto%20consumidor.pdf>>.

⁴⁶ “Poucos profissionais registam os seus erros e menos ainda são os que os analisam, o que dificulta a aprendizagem e a prevenção de ocorrências semelhantes no futuro.” Maria João LAGE, «Segurança do doente: da teoria à prática clínica», *Revista Portuguesa de Saúde Pública* (2010) 11-16, 11. Cfr. Nelson Serrano ANTUNES, *Notificação de Incidentes e Segurança do Doente: Perceção dos Enfermeiros*, Escola Superior de Saúde de Viseu, Viseu, 2015, dissertação de mestrado, 64 e ss. e 173 e ss: “Quanto à frequência de notificação de incidentes e EA, independentemente do dano, analisada em vários estudos, conclui-se que existe uma subnotificação de casos. Num estudo efetuado por Bruno (2010), metade dos inquiridos referiu não ter registado nenhuma ocorrência nos últimos doze meses, os resultados do estudo de Lima (2011) revelaram que 36,5% dos inquiridos não registou qualquer ocorrência no mesmo período de tempo, no estudo efetuado por Eiras (2011) 73,0% dos inquiridos referiu não ter efetuado qualquer notificação nos últimos doze meses, resultados semelhantes aos obtidos por Pimenta (2013) com 68,0% da amostra a negar a notificação. Outro estudo elaborado por Gomes (2012), numa amostra de 60 profissionais de saúde concluiu que 76,7% dos profissionais não preencheu qualquer tipo de relato de incidente ou EA nos últimos doze me-

- iii) O sistema disciplinar médico é lento, pouco consolidado, e não articula convenientemente com instâncias judiciais ou alternativas de resolução de litígios⁴⁷;
- iv) As parcas respostas jurídicas são gravemente extemporâneas face aos danos e à necessidade do seu ressarcimento⁴⁸;
- v) O sistema pericial é mediato e os peritos muitas vezes nunca são pessoalmente confrontados e questionados

ses. Na mesma linha podemos colocar os resultados obtidos por Sousa (2013), num estudo com uma amostra de 310 profissionais de saúde, dos quais 68,7% não relatou qualquer incidente nos últimos doze meses.” [Consult. 27 jun. 2021], disponível em <<https://core.ac.uk/download/pdf/70646975.pdf>>.

⁴⁷ Em outubro de 2019, conhecido o caso do bebé que nasceu sem parte do rosto e do crânio – sem que nada tivesse sido detetado durante a gravidez – o Conselho Disciplinar do Sul da Ordem dos Médicos assumiu publicamente ter processos disciplinares pendentes contra médicos desde 2011 e, relativamente ao caso concreto, que o obstetra responsável pelo acompanhamento da gravidez noticiada tinha processos disciplinares junto daquele órgão abertos desde 2013. Cfr. Daniel ROCHA, «Conselho do Sul da Ordem dos Médicos quer ajudar Conselho Disciplinar a fechar processos pendentes», jornal *Público*, 26 out. 2019, [consult. 12 jun. 2023], disponível em <<https://www.publico.pt/2019/10/26/sociedade/noticia/conselho-sul-ordem-medicos-quer-ajudar-conselho-disciplinar-fechar-processos-pendentes-1891474>>.

Ao mesmo passo, um estudo do jornalista David Mandim, publicado em 22-01-2018 no jornal “Diário de Notícias”, dava conta de que, em 2017, a Ordem dos Médicos abriu no total 786 processos contra médicos, na sequência de mais de 1100 queixas. Porém, destes 786 processos disciplinares, *apenas 7,7% (61 processos) resultou em sanção para os médicos*. Ademais, das 61 sanções efetivadas, 40% correspondeu à pena disciplinar mais leve (a mera advertência) e 54% à pena de censura, o que significa que apenas 6% dos médicos sofreu sanção suscetível de afetar efetivamente a sua atividade profissional.

⁴⁸ Uma vez que grande parte dos cuidados de saúde em Portugal são prestados em contexto de hospital público ou equiparado, os danos daí resultantes serão levados aos tribunais administrativos. Ora, de acordo com os dados da Direção-Geral da Política de Justiça, fornecidos ao Jornal “Expresso” e publicados em 13-11-2020, em Portugal, uma sentença administrativa em primeira instância leva, em média, 928 dias a ser proferida. Tiago SOARES, «segundos mais lentos da Europa», jornal *Expresso*, 14 nov. 2020, [consult. 12-06-2023], disponível em <<https://expresso.pt/sociedade/2020-11-14-Tribunais-Administrativos-portugueses-sao-os-segundos-mais-lentos-da-Europa>>.

- relativamente às suas respostas aos quesitos formulados⁴⁹;
- vi) A esmagadora maioria dos casos de negligência médica que podemos supor, por extrapolação, face aos dados de que dispomos, não ascende sequer a um plano de *apresentação*⁵⁰;
 - vii) Doutrina e Jurisprudência aceitam que muitas ações médicas, em concreto, possam configurar uma atividade perigosa, para todos os efeitos legais⁵¹;
-

⁴⁹ Grande parte das vezes, nem os peritos do Instituto Nacional de Medicina Legal nem, em particular, os conselheiros do Conselho Médico Legal, no âmbito das suas atribuições, estão imediatamente presentes em contexto de audiência de julgamento, pelo que os seus pareceres não podem ser confrontados, por exemplo, com a demais prova testemunhal e documental. Apesar de as partes terem a possibilidade de pedir a presença dos relatores em audiência final, não é incomum que tal requerimento seja, na verdade, indeferido, por entender o juiz que tal presença é desnecessária, ou porque se trata de um «parecer» e não de uma autêntica «perícia». Veja-se a discussão no recente Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo: 00034/16.3BEBRG-s1, de 13-11-2020 (Paulo Ferreira de Magalhães).

Sendo certo também que, “À face do nosso direito probatório vigente, não há nenhuma imposição legal de que determinados factos só admitam prova pericial, isto é, só possam ser provados através de prova pericial. Daí que, por muito conveniente e adequada que seja a prova pericial para a demonstração de certos factos, nada obsta a que a sua prova seja obtida com recurso à prova testemunhal ou à prova documental.” Assim no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo: 1585/06.3TCSNT.L1-1 (Rui Vouga).

⁵⁰ José FRAGATA / Luís MARTINS, *O Erro em Medicina – Perspetiva do Indivíduo, da organização e da Sociedade*, Coimbra: Edições Almedina, 2014, 200 e ss; e ainda José FRAGATA, *Risco Clínico: Complexidade e Performance*, Coimbra: Edições Almedina, 2006, 184. De acordo com Fragata, tendo por base inúmeros estudos, a taxa de ocorrências danosas cifra-se entre o 10 e os 17% por episódio de internamento, das quais resultaram, em 14% dos casos, danos permanentes, e morte em 5% dos casos. Dentro deste intervalo foi considerado que em 50% os seriam evitáveis. Estima-se que se verifiquem entre 1.300 e 2.900 mortes evitáveis por ano em contexto médico, números muito superiores, por exemplo, aos da sinistralidade automóvel.

⁵¹ Vide Rui Torres VOUGA, *A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de atos médicos praticados em hospitais públicos)*, Coleção Centro de Estudos Judiciários – Formação Contínua [em linha] 2018, [consult. 28 jun. 2021], disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ResponsabilidadeProfissional.pdf>, 46 e ss.

viii) O direito promove, sem pejo, a dominância médica dos sistemas de saúde^{52, 53}.

É, pois, “inquestionável o forte desincentivo de um sistema que favorece, de forma franca, uma das partes (o médico)”⁵⁴.

No Direito, o problema dos danos resultantes de atos médicos não é apenas um problema de *linguagem*, como o de outros diferendos – noutros contextos, o diferendo pode ser desejável, porque se abre à aceitação de diferentes racionalidades e de diferentes discursos, orientações e até de modelos culturais dissemelhantes dos interlocutores⁵⁵; porém, no Direito, essa aceitação impede que se chegue a uma decisão, porque a decisão é, em si mesma e necessariamente, uma forma de *violência* para com uma das partes

⁵² Mary Ann BOBINSKI, «Law and Power in Health Care: Challenges to Physician Control», *Buffalo Law Review* 67 (2019) 595-652, 595: “law played an important role in creating and solidifying the dominance of the medical profession and it is law, in part, that allowed physicians to control a significant portion of the health care system”.

⁵³ A Carta para a Participação Pública em Saúde, aprovada pela Lei n.º 108/2019, de 9 de setembro de 2019, pretendeu fomentar a participação por parte das pessoas, com ou sem doença e seus representantes, nas decisões que afetam a saúde da população, e incentivar a tomada de decisão em saúde assente numa ampla participação pública, consolidando a participação pública a nível político e dos diferentes órgãos e entidades do Estado, em Portugal, através do aprofundamento dos processos de participação já existentes e da criação de novos espaços e mecanismos participativos. Em termos de abrangência, a lei define que participação pública das pessoas com ou sem doença e seus representantes compreende a tomada de decisão no âmbito da política de saúde e outras políticas relacionadas, tanto ao nível dos respetivos ministérios, incluindo os serviços integrados na administração direta ou indireta do Estado, órgãos consultivos e outras entidades relacionadas com a saúde, como da Assembleia da República e conselhos nacionais na área da saúde que funcionam junto desta, assim como dos órgãos do poder local.

A participação pública deve aplicar-se a todas as entidades ou sistemas que prestem serviços de saúde, incluindo o sistema nacional de saúde, entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, e entidades do terceiro sector.

⁵⁴ Joana Vieira da SILVA, *A Responsabilidade Civil Médica*, 7.

⁵⁵ Anne SCHIPPLING, «A Razão no Diferendo. Um Estudo Qualitativo sobre o Ensino da Filosofia em Portugal», *Revista Portuguesa de Pedagogia* (2011) 441-454, 450.

do discurso. A decisão é um corte no dissídio que corresponde ao intento das partes. Ao iniciar um processo judicial, com o objetivo de confirmar, cada uma, a procedência do seu pedido, as partes afastam a possibilidade de aceitar ambas as posições como válidas.

Posto isto, duas linhas de discussão se impõem. 1) Se a relação contenciosa entre médico e paciente consubstanciar não apenas uma categoria de *casos difíceis*, mas, verdadeiramente, um *diferendo*, deslindar as razões que lhe subjazem servir-nos-á para alterar essa condição? 2) Encontrar diferentes modelos de racionalidade, ou de metodologia, tornaria estes casos menos *complexos* ou menos *trágicos*?

A noção de Lyotard de *différend* não se cinge ao contexto literário, antes pode ser analisada como uma teoria filosófica aplicável a (todas?) as alterações radicais, isto é, disputas sem solução possível – *a não ser o silenciamento de uma das partes*⁵⁶.

Aliás, a propósito da pergunta “How to judge – Jean-François Lyotard?”⁵⁷, Derrida constrói um labirinto de sucessivas questões que aludem, na verdade, ao conflito entre a pretensa universalidade do direito e a singularidade de todo aquele que dele espera alguma coisa. A pergunta posiciona-se frente ao ceticismo apresentado por Lyotard em *Just Gaming*⁵⁸, onde a constatação da ausência de um conceito imutável de justiça leva a concluir que o apelo que a ela se faça não se fundamenta *em nada*. O cerne da justiça é, na verdade, a «prescrição», isto é, a demanda – a exigência! – de alterar um certo estado de coisas com uma resposta. Mas essas prescrições são emanadas dentro de uma ecologia linguística sobre como o mundo deveria ser, onde existem mundos concorrentes que são escolhidos arbitrariamente, em função do seu poder de se *afirmar*

⁵⁶ Assim em Anne TOMICHE, «Lyotard’s Differend: Radical and Unresolved Dispute, from the Political to the Literary», *Paragraph: A Journal of Modern Critical Theory* 40 (2017) 28-42, 28.

⁵⁷ Jacques DERRIDA, *Before the Law, The Complete Text of Préjugé*, trad. Sandra van Reenen / Jacques de Ville, Minnesota: Minnesota University Press, 2018, 32 e ss.

⁵⁸ Jean-François LYOTARD / J. THEBAUD, *Just Gaming*, Minnesota: Minnesota University Press, 1985.

como a *única receita que vale a pena seguir*⁵⁹.

O caráter dramático, ou mesmo niilista, que o diferendo apresenta ou, pelo menos, propõe, leva – segundo cremos – a que o Direito tenha de o rejeitar como resposta metodológica. Tal não significa que o deva rejeitar como ferramenta de problematização: na verdade, se há lição a recolher-se da crítica pragmática e da desconstrução, é a de que a procura de «regras de julgamento» que promovam a autêntica *representação* das partes perante a Justiça são *conditio sine qua non* da realização do Direito. Tal representação deve ser assegurada no processo democrático-legislativo – a construção da lei deve imediatamente contribuir para minimizar as desigualdades entre as partes no acesso a uma decisão justa (tão justa quanto possível), fornecendo a todos os envolvidos modos ou ferramentas que promovam um trazer à evidência das suas razões – mas também na própria realização do Direito em concreto, o que principiará no reconhecimento de uma *décalage* fundamental que a complexidade que certas categorias de casos acarretam.

IV. O Sistema de *Restitutio* Português Contemporâneo. Em Particular, o Desafio do Ressarcimento de Danos Resultantes de Atos Médicos

Um das mais evidentes dificuldades na efetivação harmoniosa e não aleatória das soluções jurídicas reside, desde logo, no facto de, no nosso ordenamento, a responsabilidade civil resultante de atos médicos apresentar um caráter *bicéfalo* – isto é, ter uma estrutura, um procedimento, uma amplitude e uma racionalidade distintas, consoante o ato médico lesivo ocorra num hospital ou consultório privado, ou num hospital público ou equiparado. Naturalmente, esta circunstância específica – que só tem paralelo imperfeito nos sistemas espanhol e francês – não poderá menosprezar-se como fator de impacto na ponderação da resposta adequada.

⁵⁹ Uma escolha de palavras de Cameron KUNZELMAN, «On Lyotard and Thebaud's «Just Gaming», disponível em <<https://thisageisworms.com/2014/09/17/on-lyotard-and-thebauds-just-gaming/>>.

E desde logo, porque, se no contexto da clínica privada assumem particular relevância distinções como aquelas que opõem as *obrigações de meios* às *obrigações de resultado*, no contexto público, por seu turno, a lei oferece aos pacientes a hipótese da «faute de service», que na primeira não existe. Estes pormenores entroncam na questão *major* do pressuposto da culpa na responsabilidade civil médica, que aqui assume um papel fundamental já que, havendo violação de direitos absolutos (v.g., a vida e a integridade física) e/ou de norma destinadas a proteger as pessoas (protocolos, consensos e *guidelines* de atuação médica), a ilicitude não estará, tantas vezes, em causa.

Ora, diz-nos Rui Cascão, a este propósito concreto:

“O paradigma da culpa na responsabilidade civil tem uma longa história e é ainda, nos dias de hoje, o paradigma dominante. Mas (...) será que a culpa, com a carga axiológica que lhe está associada, com a sua dinâmica de tragédia grega (*hamartia*, *hybris*, *peripeteia* e *catarse*) e a sua tendência para o *naming*, *blaming and claiming* se adequa a ser o conceito de charneira para resolver os problemas mais complexos da responsabilidade civil contemporânea? Ou será meramente um *tû-tû?*”⁶⁰

Acompanhamos cabalmente Rui Cascão nesta incerteza. Com efeito, vários são os insignes civilistas que duvidam que a responsabilidade civil fundada na culpa seja bem-sucedida nos fins ressarcitórios e de prevenção que visa⁶¹.

Diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo a partir da segunda metade do século xx, foram atenuando o paradigma da culpa, particularmente em âmbitos de especial risco, ou seja, setores de atividade humana onde, potencialmente, as consequências são mais gravosas e/ou especialmente amplas⁶². As inovações nesta

⁶⁰ Rui Miguel CASCÃO, «1972: para além da culpa no ressarcimento do dano médico», *Boletim da Faculdade de Direito* 87 (2011) 691-728, 691. Nota de rodapé n.º 2: “O tû-tû é um elemento fetichista e formalista que integra as normas do direito consuetudinário e as convenções sociais de uma tribo do Pacífico Sul...”.

⁶¹ Rui Miguel CASCÃO, «1972: para além da culpa no ressarcimento do dano médico», 692.

⁶² Rui Miguel CASCÃO, «1972: para além da culpa no ressarcimento do dano médico», 692.

área começaram pela admissão de um conceito de culpa cada vez mais abstrato e menos subjetivo, a que se seguiu a introdução de presunções de culpa e de inversões do ónus da prova e, finalmente, a inserção crescente de zonas de responsabilidade pelo risco ou responsabilidade objetiva⁶³.

Na Europa, os países escandinavos são aqueles onde mais claramente se denota esta tendência⁶⁴, facto para o qual não será despidianda a *escassa influência do direito romano*⁶⁵ e a prevalência de uma *perspetiva realista*⁶⁶ do direito. Perspetiva esta que se estende à análise do pressuposto da culpa na responsabilidade civil para, de certo modo, a desmistificar⁶⁷.

Fora da Europa, o problema foi radicalizado pelo sistema jurídico neozelandês, expoente máximo do novo paradigma «no-fault», com a previsão de um fundo público de compensação independentemente de culpa, que abrange grande parte dos danos que estavam antes sob a alçada do direito das obrigações, e exclui radicalmente a possibilidade de se recorrer aos tribunais⁶⁸.

Em Portugal, a responsabilidade civil médica depende, em regra, da verificação da culpa⁶⁹, só sendo admissível a responsabilidade objetiva ou independentemente de culpa nos casos expressamente previstos na lei, ou seja, tipificados. A assunção da responsabilidade

⁶³ André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Doentes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 834.

⁶⁴ Cfr. Ditlev TAMM, *The History of Danish Law*, Copenhagen: Djoeff Publishing, 2015, 99 e ss.

⁶⁵ Rui Miguel CASCÃO, «1972: para além da culpa no ressarcimento do dano médico», 693.

⁶⁶ Cfr. Marie SANDSTRÖM, «Law – Fact, Fiction or In Between? Axel Hägerström's Quest for Legal Realism», *Scandinavian Studies in Law. Perspectives on Jurisprudence. Essays in Honour of Jes Bjarup* 48 (2005) 329-340.

⁶⁷ Rui Miguel CASCÃO, «1972: para além da culpa no ressarcimento do dano médico 695.

⁶⁸ André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Doentes e Responsabilidade Médica*, 840-842.

⁶⁹ Sucintamente em Carla GONÇALVES, *A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema Para Além da Culpa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 21-28.

objetiva demora, “um tanto pelas circunstâncias sociais (incremento gradual da aplicação da tecnologia aos processos de fabrico e aos objectos do quotidiano a partir de finais do século XIX), outro tanto pelas circunstâncias jurídicas (sensibilização gradual à teoria do risco criado), enfim, outro tanto ainda por razões axiológicas”⁷⁰.

Tal como acontece com os ordenamentos jurídicos de estrutura semelhante à nossa, a ordem jurídica portuguesa tem seguido, embora lentamente, um sentido vanguardista, procurando adequar as suas soluções à sucessiva complexidade que os casos apresentam. Sentido que “parte da *responsabilidade pelo ilícito* (*Verantwortung für Unrecht*) para o *cuidado pelo azar* (*Versorgung bei Unglück*), da *compensação por danos* (*Schadenszurechnung*) para a *partilha de danos* (*Schadensverteilung*), da *justiça comutativa* para a *justiça distributiva*”⁷¹. Ao mesmo tempo, a responsabilidade civil deixou de ter o monopólio da reparação dos danos, convivendo hoje com diversos sistemas de compensação, públicos e privados⁷².

Para justificar esta *decadência* do princípio da culpa é comum referir-se a doutrina de Ulrich Beck quanto à «sociedade de risco» e ao fenómeno de «socialização do risco». Não deve obliterar-se que tal *decadência* da culpa não é apanágio especial da responsabilidade civil, uma vez que ela se verifica em diversos domínios do direito privado, nomeadamente, no direito da família e no direito do trabalho⁷³; e mesmo no âmbito da responsabilidade civil *clássica*, ela

⁷⁰ Palavras de Carla Amado GOMES, «Nota breve sobre a tendência de objectivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro», in Margarida PAZ *et al.*, org., *Responsabilidade Civil do Estado* [ebook], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2014, 71-102.

⁷¹ André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Doentes e Responsabilidade Médica*, 34.

⁷² André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Doentes e Responsabilidade Médica*, 832.

⁷³ No direito da família, a preterição da culpa é evidente no instituto do divórcio – veja-se, a este propósito, por todos, Cristina M. Araújo DIAS, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra: Almedina, 2009.

No direito do trabalho, pelo contrário, não se abandonou a culpa do trabalhador, contudo, a sua prova ficou mais difícil com o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/2010, que declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória

assume por vezes contornos algo redundantes⁷⁴. Porém, é inegável que esta *sociedade de risco* desempenha um papel fundamental na construção de um substrato teórico para as alternativas.

Uma característica fundamental dos sucessos da modernização, particularmente no que respeita à ciência e à tecnologia, é a de que *as condições do cálculo do risco e o seu processamento institucional falham parcialmente*^{75,76}. O que determina um novo «clima moral», a consubstanciar-se num autêntico *contrato (social) de risco*

“que visa a redução providencial e a distribuição «justa» de efeitos secundários e de custos das decisões industriais, situa-se algures entre o socialismo e o liberalismo, uma vez que reconhece o surgimento sistémico de efeitos secundários perigosos, mas envolve simultaneamente os indivíduos na compensação e na prevenção dos mesmos”⁷⁷.

O facto de a medicina hodierna ser altamente intrincada e configurar, potencialmente, uma *atividade perigosa*, tem como correlato uma certa trivialização dos riscos implicados nos procedimentos médicos, e parecem não existir barreiras entre o risco real e a percepção cultural do risco⁷⁸.

geral do art. 356.º/1 do Código do Trabalho que antes permitia ao empregador decidir da realização ou não das diligências probatórias requeridas na resposta à nota de culpa, o que pode denotar uma ligeira mudança de paradigma. Sobre esta questão, Joana VASCONCELOS, “Procedimento para despedimento por facto imputável ao trabalhador”, *Revista de Direito e Estudos Sociais* 1-2 (2012) 163 e ss.

⁷⁴ O que se consubstancia, por exemplo, na possibilidade de os inimputáveis não estarem livres de incorrer em responsabilidade, e arcar com uma indemnização, por motivos de equidade. Assim em Ana Elisabete FERREIRA, «Saúde Mental, Incapacidade e Responsabilidade Civil Por Factos Ilícitos. Breve Reflexão», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 4 (2016) 108-139.

⁷⁵ Ulrich BECK, *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança perdida*, trad. Marian Toldy / Teresa Toldy, Lisboa: Edi 37.

⁷⁶ Ulrich BECK, *Sociedade de Risco Mundial*, 26.

⁷⁷ Ulrich BECK, *Sociedade de Risco Mundial*, 28.

⁷⁸ Ulrich BECK, *Sociedade de Risco Mundial*, 34 e ss.

Não pode, porém, dizer-se que o risco desempenhe um papel decisivo no horizonte macro da responsabilidade civil neste contexto. Da perspectiva do direito, a reparação é uma compensação oferecida ao demandante pelos danos que sofreu, assumida quando não seja possível recolocar o lesado na posição em que estaria se não houvesse ocorrido o dano⁷⁹ – impossibilidade que normalmente se verifica, com efeito. Não se presume uma relação direta entre a medida do dano e a medida da indemnização (como se de uma operação aritmética se tratasse), posto que na maior parte dos danos não patrimoniais⁸⁰ não é o dano em si mesmo que exprime o seu próprio valor. O valor é encontrado, *por aproximação*, em função do que o dano, subjetivamente, representa para o lesado, vale dizer, os prejuízos que teve, bem como os benefícios que deixou de auferir, subjetivamente⁸¹.

Ainda que se admitisse que um verdadeiro «princípio da precaução» venha a substituir os paradigmas da responsabilidade e da solidariedade que pautaram o século XIX e o século XX, respetivamente,⁸² não poderíamos desconsiderar o facto de que o risco ou perigo de uma atividade, isoladamente, são critérios débeis para a responsabilização jurídica. Com efeito, a constatação de que *vivemos no melhor dos mundos*, isto é, que “somos as pessoas mais saudáveis, mais ricas e mais longevas que já existiram”⁸³, deve mitigar a relevância jurídica do *risco*.⁸⁴

⁷⁹ Cfr. João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2015, reimp. da 10.^a ed., 907 e ss.

⁸⁰ Com poucas exceções, das quais se destaca a valorização do dano corporal, regulada atualmente pela Portaria 679/2009, de 25 de junho.

⁸¹ Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 908-909.

⁸² Assim em José Manuel MENDES, *Sociologia do Risco: Uma Breve Introdução e Algumas Lições*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, 35-40.

⁸³ Assim em Nelson ROSENVALD, *As Funções da Responsabilidade Civil*, 2.^a ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014, 7.

⁸⁴ Cfr. Claude-Olivier DORON, «Le Principe de Précaution: de l'environnement à la santé», in Dominique LECOURT, dir., *La Santé Face Au Principe de Précaution*, Paris: Presses Universitaires de France, 2009, 3-40, 7-10. Cfr. Adela COR-

Contudo, e sem prescindir, quer convenhamos em que o medo é justificado, ou não⁸⁵, a pressuposição da perigosidade de certas atividades é um elemento-chave para compreender o rumo atual da responsabilidade civil, e o fenómeno a que costumou chamar-se «socialização do risco»⁸⁶ está indefetivelmente aliado à decadência do *princípio da culpa*.

Não é exato afirmar-se que a responsabilidade sem culpa seja um fenómeno novo na nossa ordem jurídica. Entre nós, já o Código de Seabra previa um regime de responsabilidade objetiva dos «amos ou comitentes», pelos atos dos seus «criados ou pessoas encarregues de certos serviços ou comissões»⁸⁷, de modo idêntico ao que veio a constar no código de 1966, embora não sem antes percorrer um caminho sinuoso (no Anteprojeto do novo Código Civil, Vaz Serra afastava-se da responsabilidade objetiva, em nome da preservação do princípio da culpa mas, finalmente, foi o caminho aberto pelo Código de Seabra o que veio a prevalecer)⁸⁸.

No nosso ordenamento existem hoje diferentes casos tipificados de responsabilidade objetiva⁸⁹, e para os casos previstos é possível discernir diferentes fundamentos. Como nota Sinde Monte-

TINA, «Fundamentos Filosóficos del Principio de Précaution», in Carlos Romeo CASABONA, org., *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Bilbao-Granada, Editorial Comares, 2004, 3-16.

⁸⁵ Cfr. João Carlos LOUREIRO, “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, (Studia Iuridica 61), 797-891, especialmente, 800 e ss.

⁸⁶ Cfr. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 658-660.

⁸⁷ Assim em Maria da Graça TRIGO, «Responsabilidade Civil do Comitente (ou responsabilidade por facto de terceiro)», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil (...)*, Coimbra: Coimbra Editora, Vol. III – *Direito das Obrigações*, 2007, 153-169, 154.

⁸⁸ Maria da Graça TRIGO, «Responsabilidade Civil do Comitente», 154-155.

⁸⁹ A responsabilidade civil hodierna é fortemente marcada pela proliferação do direito dos seguros, que não abordaremos. Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 834 e ss; Francisco Rodrigues ROCHA, *Do Princípio Indemnizatório no Seguro de Danos*, Coimbra: Almedina, 2015, 13 e ss.

ro, quando olhamos para a primeira hipótese de responsabilidade objetiva prevista no nosso Código Civil (a que se encontra contida no artigo 500.º), verificamos que aí se prevê que, embora o comitente responda, independentemente de culpa sua, pelos danos provocados pelo comissário, tem depois direito de regresso sobre este. Deste modo, não suportando em definitivo a indemnização, parece que o comitente não responde pelo *risco*, mas antes enquanto *garantia* pelos atos praticados pelo comissário⁹⁰.

Coisa diferente se verifica na responsabilidade do produtor⁹¹, onde a responsabilidade existe para todos os produtos, sejam ou não considerados perigosos ou de risco, pelo que prevalece o fundamento da *proteção* (neste caso, do consumidor)⁹².

Sinde Monteiro alude ainda às indemnizações devidas às pessoas que aceitam participar em ensaios clínicos de medicamentos⁹³ ou ser dadoras de órgãos⁹⁴, afirmando que aí, onde tais riscos são assumidos voluntariamente, a compensação designa um autêntico *prémio*⁹⁵.

Poderíamos aludir a duas outras formas de responsabilidade objetiva onde o fundamento parece ser *o risco em si mesmo* e, por essa razão, a culpa pode simplesmente não figurar, inexistir, na equação da pretensão indemnizatória. Referimo-nos, nomeadamente, ao regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos⁹⁶, e ainda ao regime da responsabilização do promotor e do

⁹⁰ Sinde MONTEIRO, «Rudimentos da responsabilidade civil», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* 2 (2005) 349-390, 357.

⁹¹ Decreto Lei n.º 131/2001, de 24 de abril, que transpõe para ordem jurídica interna a Directiva n.º 85/374/CEE, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos.

⁹² Sinde MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, 358.

⁹³ Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, na versão que lhe foi dada pela n.º 73/2015, de 27 de julho.

⁹⁴ Lei n.º 12/93, de 22 de abril, na versão trazida pelo Decreto lei n.º 168/2015, de 21 de agosto.

⁹⁵ Sinde MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, 358.

⁹⁶ Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. *Vide*, por todos, Maria José Rangel MESQUITA, *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades*

investigador de um ensaio clínico de medicamentos de uso humano (já não pela compensação devida pelos incómodos aos participantes, essa justificada a título de *prémio*, mas) pelos *danos ilicitamente causados* aos participantes, por causa do ensaio clínico⁹⁷.

No primeiro caso, a responsabilização objetiva do Estado⁹⁸ aparece, inicialmente, de forma moderada, ao assumir que as entidades públicas são exclusivamente responsabilizadas pelos danos provocados no exercício de funções públicas com culpa leve. Isto é, que os entes estaduais respondem independentemente de culpa, mas não se prescinde da culpa do lesante⁹⁹. Assim também, admite-se a *culpa in vigilando*, onde o elemento culpa se mantém¹⁰⁰. Contudo, este regime vai mais longe na sua tendência objetivante, abrindo a possibilidade de o Estado responder sozinho por uma indemnização quando não se consiga identificar o sujeito lesante, nomeadamente, quando se trate de uma situação de *faute de service*¹⁰¹.

De resto, o regime prevê ainda, no seu artigo 11.º, que o Estado seja responsabilizado por atividades perigosas. Quadruple que nos permite constatar a graduação operada por Carla Amado Gomes quanto à objetivização da responsabilidade civil extracontratual do Estado, desta forma: 1) responsabilidade pelo risco, propriamente dita (artigo 11.º), 2) responsabilidade por falta do serviço (artigo 7.º/3 e 4), 3) responsabilidade por culpa «in vigilando» (artigo 10.º/3) e, 4) responsabilidade por falta leve (artigos 7º/1

públicas e o direito da União Europeia, Coimbra: Edições Almedina, 2009; e Carlos Alberto Fernandes CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

⁹⁷ Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, na versão que lhe foi dada pela n.º 73/2015, de 27 de julho. Cfr. Carla GONÇALVES, *A Responsabilidade Civil Médica*, 62-75.

⁹⁸ Carla Amado GOMES, «Nota breve sobre a tendência de objectivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas», 83.

⁹⁹ BARRA, «A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado», *Revista da Ordem dos Advogados – ROA* 71 (2011) 111-206, 172.

¹⁰⁰ Vide Carla Amado GOMES, “Nota breve sobre a tendência de objectivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas”, 91-92.

¹⁰¹ Cfr. Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 808-809.

e 10º/2)¹⁰², para concluir que se verifica uma *clara expansão* da responsabilidade objetiva neste âmbito¹⁰³.

Também no que concerne ao âmbito dos ensaios clínicos de medicamentos, o lesado está livre do ónus de provar a culpa do lesante, como seria a regra na responsabilidade civil. Assim, se por exemplo for administrada a um participante uma dose nefasta de um medicamento, ainda que, hipoteticamente, não seja possível apurar quem foi o agente que na realidade causou o dano, ao abrigo do regime jurídico vigente, o promotor e o investigador irão responder, *de forma solidária e independentemente de culpa*, pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados. Aqui, entende-se que são causados pelo estudo clínico com intervenção os danos que afetem a saúde do participante durante a realização do estudo clínico e no ano seguinte à sua conclusão¹⁰⁴.

Repare-se que neste âmbito já não está em causa compensar os incómodos que o participante assumiu e consentiu, mas antes uma autêntica indemnização por danos ilícitamente causados, que em nossa opinião já não deverá fundamentar-se a título de *prémio*.

Tendo em conta que este regime pode ser muitíssimo oneroso para o promotor e para o investigador, o mesmo preceito legal veio estatuir a obrigatoriedade de contratar um seguro de responsabilidade civil para este efeito. Esta é também uma nota fundamental da evolução da responsabilidade – a intervenção da seguradora no litígio, *tertium genus* ao lesante e ao lesado, o que, de certo modo, ameniza o impacto da responsabilidade pelo risco, embora em nada contrarie que se trata aqui de formas de autêntica de res-

¹⁰² Carla Amado GOMES, “Nota breve sobre a tendência de objectivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas”, 85.

¹⁰³ Carla Amado GOMES, “Nota breve sobre a tendência de objectivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas”, 98.

¹⁰⁴ Artigo 15.º/1 e 3 da Lei n.º 21/2014, de 16 de abril.

ponsabilidade sem culpa^{105,106}.

V. A Complexidade e a Tragicidade dos Casos. Panorâmica das Assimetrias

Tomando por base a visão sufragada por Posner sobre a complexidade de certos casos, podemos questionar se a razão pela qual os pacientes aparecem, sistematicamente, como a *parte fraca* nas demandas de *medical liability* – quer por força da sua condição de vulnerabilidade, quer por falta de domínio dos expedientes probatórios, quer porque o tempo da justiça corre contra eles – se prende com a circunstância de complexidade na qual emergem. Complexidade que é elaborada em *Reflections on Judging* no sentido de envolver interações intrincadas ou, por outras palavras, envolver todo um sistema, em vez de uma mónada. E esse sistema pode ser económico, como um mercado, que envolve interações entre vendedores e compradores; pode ser político, pode ser tecnológico, pode ser ecológico, etc.

Sucede que todos estes exemplos de complexidade, que são externos ao ordenamento jurídico, são também, na verdade, parte integrante do ambiente em que os processos judiciais são gerados. Deste modo, julgar um processo de fraude na bolsa ou de burla informática, por exemplo, pode exigir uma compreensão, mínima,

¹⁰⁵ Acerca dos fundamentos da transferência da responsabilidade para um *terceiro segurador*, François EWALD, «Insurance and Risk», Graham Burchell *et al.*, ed., *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Chicago: Chicago University Press, 1991, 197-210. Cfr. Margarida Lima REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros. Estudo de Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 67 e ss.

¹⁰⁶ Cfr. Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 808-809; Adriano Vaz SERRA, «Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes», *Boletim do Ministério da Justiça* 85 (1959) 378: “Actividades perigosas (...) são as que criam para os terceiros um estado de perigo, isto é, a possibilidade ou, ainda mais, a probabilidade de receber dano, uma probabilidade maior do que a normal derivada das outras actividades.”, realce nosso.

Vide também João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 615-619; Carla Amado GOMES, «A responsabilidade administrativa pelo risco na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro: uma solução arriscada?», *O Direito* 3 (2008) 603-626.

dos processos computacionais e de programação de *softwares* que permitiram que os danos viessem a verificar-se, para assim conseguir estabelecer os temas da prova e os indícios de causalidade. Do mesmo modo, supomos que compreender a extensão dos danos resultantes de uma cirurgia na qual não tenham sido estritamente cumpridas as *leges artis*, pressupõe alguns conhecimentos acerca das práticas em saúde, do ambiente hospitalar concreto e suas condicionantes, umas notas mínimas de anatomia, de farmacologia, de compreensão dos protocolos cirúrgicos e até do histórico clínico daquele doente.

Além disto, Posner nota que o ofício judiciário gera a sua própria complexidade, que chama de interna, e que se prende com os procedimentos adotados, fruto da legislação concernente ao processo e aos costumes do foro, de regras consuetudinárias de interpretação e aplicação de normas, que (desnecessariamente?) complicam a tarefa do julgador.

Ao contrário do que sucede com a complexidade externa, que deriva da natureza das coisas e da progressiva evolução técnica e amplitude das áreas temáticas abrangidas, a complexidade interna emerge das próprias práticas forenses e poderia ser controlada. Embora Posner não enuncie qualquer receita secreta para minimizar a(s) complexidade(s), manifesta a sua opção por práticas empíricas, afastando-se do formalismo, “basing legal decisions in a realistic understanding of the full factual context of litigation”¹⁰⁷

O alcance ideológico desta asserção porventura só se compreende num horizonte mais amplo da obra de Posner¹⁰⁸. O pragmatismo deste autor é consequencialista: uma decisão será considerada correta se produz um resultado que maximize determinado tipo de bem. Portanto, a decisão correta define-se como aquilo que maximiza a utilidade pretendida. As complexidades externa e interna são um problema, na medida em que tornam mais difícil a escolha racional do julgador.

¹⁰⁷ R. A. POSNER, *Reflections on Judging*, Harvard: Harvard University Press, 2013, 234.

¹⁰⁸ Richard A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard: Harvard University Press, 2003, 336.

Olhando a situação que concretamente nos convoca, é inevitável concordar com Posner nas premissas – embora já não nas conclusões:

As situações que, tipicamente, opõem médicos e pacientes sofrem de ambos os fenómenos de complexificação. Ao nível do que podemos considerar como influências externas, encontramos todos os fatores inerentes à própria natureza da prática da medicina. Neste contexto, além das dificuldades ínsitas ao acertamento do diagnóstico e escolha da terapêutica, bem como os fatores individuais que condicionam o sucesso das intervenções, apontam-se a prevalência de doenças crónicas que exigem permanente atenção médica e múltiplos contactos terapêuticos; a complexidade da tecnologia de diagnóstico e terapêutica, e cirúrgica; a concatenação de técnicos de muito diferentes especializações e, naturalmente, a escassez dos recursos em saúde face à procura¹⁰⁹.

Acresce que o procedimento, tal como está, favorece a proliferação das ações até às instâncias superiores, sistematicamente, o que conduz a graves perturbações no domínio da relação médico-paciente. O paciente é levado à exaustão; o médico sofre o peso de estar envolvido num processo durante muitos anos:

“Algo que merece ainda a nossa reflexão crítica é a abertura dos tribunais superiores para modificar – normalmente diminuindo – os montantes das compensações concedidas pelos juizes de primeira instância. Esta prática jurisprudencial, por um lado, oferece um prémio ao Réu que promove o litígio e a luta judicial sem tréguas, pois a indemnização por vezes baixa, sem se descortinar uma razão forte para a mudança; (2) desautoriza e desprestigia a sentença da primeira instância, o tribunal que esteve mais próximo dos factos e em que faz sentido o princípio da imediação (3) promove o abuso dos recursos, visto que o Advogado diligente se sentirá sempre na obrigação de “tentar” o recurso para baixar o montante da indemnização mesmo que saiba que não conseguirá a absolvição.”

Porém, é para nós muito pouco claro que a resposta a este problema

¹⁰⁹ Vide Guilherme de OLIVEIRA, *Recensão de José Fragata, Luís Martins, O Erro em Medicina – Perspetiva do Indivíduo, da organização e da Sociedade*, Coimbra: Edições Almedina, 2004, 157-168.

de *complexidades* deva ser pragmática, ou questão de o juiz atentar nas consequências político-sociais¹¹⁰ que a decisão concreta terá. Múltipla teorização sobre os desafios da decisão orientada pelo impacto tem colocado a nu as suas fragilidades¹¹¹, focando sobretudo a dificuldade em definir (*a priori*?) que consequências são mais relevantes:

“A key distinction can be made between *legal consequences* and *real consequences*. According to Lübbe Wolff, legal consequences are those consequences attached by legal provisions when certain preconditions are met. Real consequences, in contrast, are the actual consequences of the validity and application of legal provisions. Real consequences can be further subdivided into the consequences for the parties directly affected by the judgement (*micro-level real consequences*) and consequences for the whole of society (*macro-level real consequences*). A similar distinction is made between the direct consequences arising from the events of the case, and the consequences of the judgement’s precedent effect on the future behavior of the immediate parties and of all other norm-addressees.”¹¹²

¹¹⁰ Veja-se Richard A. POSNER, *Reflections on Judging*, Harvard: Harvard University Press, 2013, sobretudo 105-130.

¹¹¹ Mesmo quando lhe é favorável. *Vide* CSERNE, «Consequence-Based Arguments in Legal Reasoning: A Jurisprudential Preface to Law and Economics», in K. MATHIS, ed., *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Springer, 2011, 31-54, 36-38: “Courts, especially higher or constitutional courts often take decisions which have large-scale social consequences. This does not mean that judges are necessarily aware of these consequences or that if they are, their decisions will be motivated by what they expect to result from their decisions. Even if, as a matter of psychology, they are influenced by the expected consequences, they are not always willing or allowed to publicly refer to them as reasons for their decision. (...) As the above definition does not specify the normative standard on which consequences are measured and compared, there are as many logically possible versions of consequence-based reasoning as there are normative standards. For instance, an act-utilitarian decision-maker would use the standard of overall social utility. A judge whose sole consideration is gender equality would choose the interpretation which promotes this goal the most. The utilitarian decision-maker needs to look at potentially all, known and unknown, close and remote, consequences of the alternative rule-interpretations, rank these interpretations based on their overall consequences and choose the one that comes out best. To apply this standard literally in a judicial setting would make the role impossible to fulfil.”

¹¹² Klaus MATHIS, «Consequentialism in Law», in IDEM, ed., *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Springer, 2011, 3-29, 6-7.

Contudo, a impossibilidade de definir aprioristicamente um conjunto de consequências desejáveis ou, pelo menos, aceitáveis, que torne a decisão não puramente arbitrária, ideológica ou moralista não é a única razão para rejeitar a solução consequencialista para os casos complexos. Na verdade, a decisão judicial, na sua autonomia dogmática, exige fundamentação, e essa fundamentação tem de ser especificamente jurídica – a argumentação mobilizada tem de assentar em respostas imediatas do Direito e as soluções devem ser universalizáveis, no sentido de se discernir ou rastrear o curso de reflexão que fez com que o decisor chegasse àquele específico encontro entre os factos provados e as normas mobilizadas.

Perante a constatação de que a primeira grande dificuldade na responsabilidade médica é de natureza procedimental – isto é, o procedimento não ameniza a complexidade e não concorre para a igualdade jurídica das partes – e que, portanto, o diferendo existe sempre antes e independentemente da decisão, muitos autores têm defendido um arquétipo de responsabilidade emancipado da imputação a título de culpa. A questão inevitável a colocar é pois a de saber se a hipótese de os danos sofridos por um paciente devem sempre ser indemnizados, sem que tenha de se apurar a existência de culpa por parte do médico¹¹³, os tornaria menos *complexos*

¹¹³ “*Appropriate compensation should be provided as of right and should include the costs of any healthcare and rehabilitation and any loss of earning capacity arising from the accident. Ideally, compensation should not be linked to the need to prove fault* (as it is in litigation). An appropriate analysis of why things went wrong and a concerted effort to correct any failings in the system and minimize the likelihood of a recurrence is essential. The concept of a ‘no-blame culture’ is hard to sustain. Rather, the aim should be for a ‘just culture’ in which blame is restricted to those circumstances in which it is morally appropriate. In dealing with medical errors for which, by definition, moral culpability is low the primary objective of both the legal and the medical systems should be the promotion of safe and effective healthcare. The focus should therefore be on those who do have the influence or authority to make changes which promote safety within the healthcare system. Prosecuting or suing practitioners who have no such influence or authority, such as junior doctors, simply sets the scene for the same errors to be made again”. Alan F. MERRY, «How does the law recognize and deal with medical errors?», *Journal of the Royal Society of Medicine* 102 (2009) 265-271.

ou menos *trágicos*.¹¹⁴

Na verdade, esta é uma questão substancialmente diferente da questão de saber se existem mecanismos mais eficazes de julgar estes casos, uma vez que a tragicidade é imanente e apenas podemos especular se outras soluções amenizariam a sua complexidade.

Cremos, não obstante, que uma resposta acessível e pronta pode ter um impacto muito significativo na diminuição desta tragicidade que pauta alguns casos de responsabilidade médica.

Além dos aspetos imediatamente procedimentais que aqui poderiam ser convocados – a começar pela questão das custas judiciais e a terminar na insuportável delonga das respostas jurisprudenciais, passando pelo intrincado jogo de maior/menor domínio de regras meramente adjetivas, que obscurecem a materialidade relevante – há que notar que, precisamente pelo seu carácter marcadamente emocional, os processos de responsabilidade médica assumem, não bastas vezes, um papel catártico: uma das partes, ou ambas, usa o processo como meio de autocompreensão, de descoberta de respostas existenciais, de justiça individual. Não longe do que Amy Rooner terá chamado de *Therapeutic Jurisprudence* ao constatar «o impacto terapêutico do Direito»¹¹⁵, e a razão pela qual David B. Wexler e Bruce J. Winick defendem que a lei e os processos legais devem ser reformados no sentido de *melhorar o funcionamento psicológico e bem-estar emocional dos indivíduos afetados*¹¹⁶.

¹¹⁴ “Compensation programs that do not rely on negligence determinations are popularly referred to as “no-fault” systems. In fault-based models, the claimant must prove: a duty of care, negligence in the performance of that duty, and injuries caused by the negligence. No-fault systems eliminate the requirement of proving negligence”. George COPPOLO, «Medical Malpractice-No-Fault Systems», *Office of Legislative Research*, Research Report no 2003-R-0885, [consult. 16-06-2023], disponível em <<https://www.cga.ct.gov/2003/olrdata/ins/rpt/2003-r-0885.htm>>.

¹¹⁵ Amy D. ROONER, *Law, Literature, and Therapeutic Jurisprudence*, Durham: Carolina Academic Press, 2009, 18.

¹¹⁶ David B. WEXLER / Bruce J. WINICK, «Therapeutic Jurisprudence», *Principles of Addiction Medicine*, 4th ed., [consult. 16-06-2023], disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1101507>>.

Mas não será controverso afirmar que não é esse, de facto, o papel do direito, ou que, pelo menos não será essa a sua função primária. E é aqui que o problema radicalmente entronca na questão das finalidades. Em nosso ver, saber se uma diferente racionalidade e uma diferente metodologia de resolução das controvérsias tem ou não o potencial de amenizar o caráter complexo ou trágico dos casos, depende daquilo que entendamos que o Direito deve satisfazer.

VI. Algumas Vias de Resposta Atuais

Já pudemos perceber que muitos dos problemas diagnosticados à jurisprudência da *medical liability* residem na *falta de capacidade probatória de uma das partes face a uma exigência de demonstrar a ilicitude, a culpa e o nexo de causalidade*, que exigem uma imputação direta dos danos sobrevindos à pessoa do médico e/ou da instituição de saúde.

No sistema jurídico português, apesar de a responsabilidade do Estado pelo funcionamento dos hospitais públicos ou equiparados poder, em teoria, efetivar-se por via da «faute de service», que não exige a prova da culpa de uma pessoa/pessoas concreta(s), a análise jurisprudencial permite-nos empiricamente perceber que este não é um recurso de que a jurisprudência lance mão com frequência, complexificando internamente a sua mobilização.

Posto isto, há que colocar a questão de saber se – assumindo, enquanto categorias de análise, que se poderá aqui tratar de casos que são *complexos* por variadas razões, ou mesmo *trágicos*, e que, algumas vezes, qualquer das alternativas de resposta jurídica não deixará de ser especificamente violadora de alguns valores – a melhor resposta há de ser procurada, ou justificada, fora da realização judicativa do direito.

No sentido de oferecer um contributo para esta questão, gostaríamos de oferecer ao texto duas experiências normativas de resposta aos danos causados em contexto médico que poderão servir esta reflexão. A primeira é a experiência neozelandesa onde, desde os anos 70, pura e simplesmente inexistiu sistema judicial consignado ao dano corporal – todo o dano corporal está, em absoluto, fora dos poderes de cognição dos tribunais.

Em 1974, a Nova Zelândia introduziu um sistema sem culpa, que abrangia todos acidentes. Um pouco mais tarde, durante a década de oitenta, este sistema foi alargado para abranger todo o dano corporal resultante da utilização de dispositivos médicos ou acidentes por negligência médica¹¹⁷. O sistema de compensação por dano corporal da Nova Zelândia é um sistema público, financiado pelos meios comuns, e não um sistema de seguro privado.

Ao mesmo passo, o designado «modelo escandinavo», encetado pela alteração legislativa operada pela Suécia, também nos anos 70, aplica um modelo de ressarcimento que tem como principais características, o facto de concorrer com o sistema tradicional – ou seja, o paciente pode escolher se deseja propor a ação em tribunal ou se prefere recorrer ao sistema de seguro de danos (desta feita, privado).¹¹⁸

Excetuando a questão da fonte de financiamento (pública ou privada) das compensações pelo dano corporal sofrido, as respostas neozelandesa e escandinava apresentam muitas semelhanças entre si. No contexto da Nova Zelândia, o paciente apenas tem de demonstrar que sofreu danos em virtude de cuidados de saúde administrados por um profissional habilitado ou sob sua orientação, e que os mesmos não são consequência necessária ou normal desses mesmos cuidados, tendo em conta todas as circunstâncias em que estes foram prestados, nomeadamente o estado de saúde do paciente e o estado da ciência médica, à altura¹¹⁹.

¹¹⁷ R. Ian MCEWIN, «No-Fault Compensation Systems», in *Encyclopedia of Law and Economics* (1999) 735-763, [consult. 16-06-2023], disponível em <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/3600-no-fault-compensation-systems.pdf>>.

¹¹⁸ Rui CASCÃO, «Responsabilidade Civil em Saúde e Sistema No-fault de ressarcimento do dano iatrogénico», in André Dias PEREIRA *et al.*, ed., *Responsabilidade Civil em Saúde: Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2021, 393-412.

¹¹⁹ André Gonçalo Dias PEREIRA, “Direitos dos Pacientes”, 735. Cfr. Peter DAVIS, «Increase the Level of Claims Making and Reduce Social and Clinical Selectivity», *Journal of Health Politics, Policy and Law* 27/5 (2002) 833-854.

Estão, no entanto, excluídos os danos sofridos exclusivamente como consequência de uma decisão clínica relativa à alocação de recursos (racionamento justificado), e os danos sofridos por força da recusa ou adiamento injustificado de prestação de consentimento por parte do paciente. Finalmente, o facto de o tratamento não ter atingido os resultados desejados, apesar de poder considerar-se, objetivamente, o mais adequado, também não dará lugar, em princípio, a qualquer compensação¹²⁰.

No contexto escandinavo, por seu turno, o primeiro critério de acesso é a evitabilidade do dano. O padrão a considerar não é o do profissional médio e razoavelmente diligente, mas o dos melhores cuidados de saúde possíveis, prestados pelo profissional mais bem preparado e qualificado para os prestar – se, nesta perspetiva, o dano era evitável, haverá direito a uma compensação. O mesmo direito existirá nas situações, mais residuais, em que i) havia uma terapêutica alternativa que poderia ter sido aplicada e produzido melhores resultados, ou ii) o dano se produziu em consequência de um defeito ou avaria de um equipamento ou dispositivo médico. Muito residualmente, poderá ainda considerar-se a compensação de um dano inevitável – por exemplo, o resultante de uma infeção nosocomial contraída num internamento – quando haja manifesta desproporção entre o resultado produzido e os riscos expectáveis da intervenção¹²¹.

Os críticos destas soluções chamam a atenção para o facto de aqui haver uma ponderação normativa que não é tão diferente do paradigma da culpa. Será, provavelmente de considerar como Dute, Faure e Kotziol¹²² que, se partirmos da visão estrita do direito médico, será fácil aderir à narrativa *no-fault* – o direito médico está acostumado a respostas procedimentais, à intermediação de comissões de ética, à interdisciplinaridade das soluções, à responsabilidade da equipa, designadamente. Já se partirmos de uma vi-

¹²⁰ André Gonçalo Dias PEREIRA, “Direitos dos Pacientes”, 735.

¹²¹ Cfr. Rui CASCÃO, “Responsabilidade Civil em Saúde e Sistema No-fault”, 402-403.

¹²² Jos Dute / Michael G. FAURE / Helmut KOZIOL, «No-Fault Compensation in the Health Care Sector», *Tort and Insurance Law* 8 (2004) 445-492.

são estritamente civilista, com a consciência de que a responsabilidade civil é muitíssimo mais ampla e abrangente do que a responsabilidade médica, será mais difícil abdicar, neste caso específico, do paradigma da culpa.

Na verdade, os sistemas *no-fault* de ressarcimento de danos merecem, imediatamente, duas vias de oposição: em primeiro lugar, retirar do domínio dos tribunais a decisão sobre uma compensação por danos representa, inelutavelmente, um problema para o Estado de Direito democrático, no que tange à separação dos poderes atribuídos aos órgãos de soberania – é aos tribunais que cabe a justiça, e não ao sistema administrativo, ou a qualquer subsistema privatístico produzido por seguradoras. Por outro lado, retirar esta competência aos tribunais para colocá-la numa via alternativa não oferece evidência de que esse *desvio*, por si só, vá melhorar um sistema que, anteriormente, não era eficiente – porque não principiar por melhorar a resposta judicial, de modo a torná-la mais efetiva?

Por estas razões, sistemas de ressarcimento como aquele que foi adotado na França afigura-se-nos mais equilibrado¹²³ e com maior potencial de amenizar as tensões evidenciadas por aquela *décalage* de posições.

Em França, foi implementado um procedimento de regulação mitigado – que pode, ou não, ser extrajudicial e judicial – dos conflitos emergentes de um conjunto significativo de atividades médicas causadoras de danos.

¹²³ Existindo, naturalmente, outros ordenamentos jurídicos também inovadores de resposta extrajudicial, como é o caso dos sistemas belga, suíço e austríaco, e sistemas onde parte do processo se passa – possível, mas não necessariamente – fora dos tribunais, como os sistemas inglês e alemão (por todos, André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes*, 840 e ss.). Não obstante, o facto de o sistema francês permanecer sob a alçada do Ministério da Justiça, funcionar a partir de um fundo público e atuar de acordo com as perícias de uma lista pública de profissionais duplamente tutelados (pelos Ministérios da Saúde e da Justiça) leva-nos a considerar que este sistema é mais adequado à protecção do direito à tutela jurisdicional efetiva, garante melhor a transparência e a isenção do procedimento ressarcitório e promove mais adequadamente a confiança dos cidadãos nas respostas jurídicas.

Todas as vítimas de um «incidente médico grave», seja ele causado por um ato preventivo, um ato diagnóstico ou um ato assistencial, podem beneficiar gratuitamente de um dispositivo de resolução público, desde que o ato em questão seja posterior a 4 de setembro de 2001. A tutela é estendida aos participantes em ensaios clínicos de medicamentos e, em geral, em investigação biomédica.

Um incidente médico é considerado grave quando resulte em danos que correspondam a uma taxa de incapacidade permanente global (danos à integridade física ou mental) igual ou superior a 24%; correspondam a incapacidade temporária para o trabalho por um período mínimo de seis meses consecutivos ou de seis meses não consecutivos durante um intervalo de doze meses; ou correspondam a incómodos ou desconforto temporário que constitua um défice funcional temporário igual ou superior a 50%, por um período de pelo menos seis meses consecutivos ou seis meses não consecutivos durante um intervalo de doze meses.

Exceccionalmente, é também atribuída uma indemnização quando o padecente for declarado definitivamente inapto para o exercício da atividade profissional que exercia antes do acidente médico; e quando o acidente médico, doença iatrogénica ou infecção hospitalar causar distúrbios particularmente graves, inclusive de ordem económica, nas condições de vida da pessoa em causa.^{124 125}

¹²⁴ Article L1142-1 I CSP: «Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute».

¹²⁵ Article L1142-1 I CSP: «Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonc-

O expediente principia com um pedido, por parte do doente, à designada *Comissão Regional de Conciliação e de indemnização dos acidentes médicos, das afeções iatrogénicas e das infeções nosocomiais*¹²⁶, de acordo com a sua área de residência. Estas comissões regionais são presididas por um magistrado e contam com a presença de representantes dos profissionais de saúde, das associações de doentes, empresas seguradoras e peritos em indemnizações¹²⁷. A perícia médica assume um papel fundamental, sendo o perito selecionado de entre uma lista de profissionais referenciada junto dos Ministérios da Saúde e da Justiça, com grande transparência.

Verificadas as situações que a lei prevê como geradoras do direito ao ressarcimento, a indemnização aos doentes pelos danos sofridos neste contexto está sempre assegurada, quer venha ou não a apurar-se a culpa dos profissionais e/ou da unidade de saúde. Nos casos em que as comissões regionais verifiquem que o dano sofrido pelo paciente é imputável a um profissional ou estabelecimento de saúde, o respetivo segurador é instado a fazer uma oferta à vítima, visando a reparação integral dos danos. Se o paciente não concordar com o valor proposto, tem o direito de recorrer aos tribunais requerendo que arbitrem o montante justo da indemnização. Neste caso, se os tribunais considerarem que a oferta previamente feita pela seguradora é manifestamente insuficiente face aos danos em causa, a seguradora será condenada a pagar não apenas o valor que o tribunal considere autenticamente

tionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire.

Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret».

¹²⁶ Maiores desenvolvimentos em André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Doentes e Responsabilidade Médica*, 852 e ss.

¹²⁷ Desenvolvidamente em <<https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/partenaires>>.

reparador, mas ainda uma percentagem do valor dessa indemnização (15%) ao sistema público ONIAM.

Por outro lado, se o lesante não dispuser de seguro, ou se a seguradora omitir ou recusar expressamente uma proposta de compensação, o ONIAM assegurará-la-á, sub-rogando-se, depois, nos direitos do lesado.

Finalmente, quando as comissões regionais entendem que o dano é indemnizável a título de álea terapêutica, designadamente quando os danos correspondam a uma desvalorização igual ou superior a 25% e/ou a uma incapacidade temporária para o trabalho superior a seis meses, o ONIAM faz uma proposta ao lesado no sentido de reparar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos. Se o lesado entender que o montante é desajustado, recorre ao tribunal para condenar o ONIAM na indemnização adequada.

Deste modo, podemos falar de um sistema verdadeiramente alternativo, na medida em que não submete as partes à complexidade do sistema judicial *puro*; contudo, e ao mesmo passo, existe um magistrado presente desde o início do processo, os critérios de avaliação e atribuição das indemnizações são objetivos e definidos previamente, e o acesso aos tribunais continua garantido. Salvaguardam-se, assim, os princípios fundamentais do acesso à justiça de modo acessível e pronto e a tutela jurisdicional efetiva, além de – por força da amplitude e objetividade dos critérios previamente definidos – se diminuir muito significativamente a vulnerabilidade processual dos lesados.

VII. Uma outra Resposta: Da Possibilidade Restaurativa para a Relação Médico-Doente. Considerações Finais

De acordo com o professado pelo *Juramento de Hipócrates*, para a generalidade dos médicos, na generalidade das circunstâncias, a saúde e a segurança do doente são a primeira das preocupações. A intenção de lesar não está, habitualmente, presente, e todos os procedimentos levados a cabo são-no na convicção de se estar a

atuar corretamente, ou a evitar um mal maior para o paciente¹²⁸. A medicina tem feito progressos astronómicos no sentido de se emancipar de uma postura meramente reativa ou minimizadora dos danos, procurando, cada vez mais, oferecer respostas globais e que permitam atingir não apenas a ausência de dor ou desconforto, mas um certo grau de bem-estar, mesmo em circunstâncias extremamente críticas.

Constatação que torna paradoxal, como dissemos inicialmente, que quando um paciente sofre danos como resultado de uma intervenção médica violadora das «leges artis», os valores essenciais do cuidado e do amparo, físico e moral, sejam pura e simplesmente abandonados. Com efeito, este princípio básico do cuidado, e o objetivo principal dos cuidados (*a cura*) não são tidos em devida consideração na arquitetura do tratamento do erro médico. As soluções jurídicas para o erro médico encontram-se fora do *continuum* de cuidados.¹²⁹ E então, num momento em que tanto precisa de auxílio médico, porque as intervenções a que foi sujeito não correram da melhor forma, o médico de quem tanto precisa – e por força do litígio forense – tornou-se um inimigo. Sozinho e vulnerável, o doente partirá em busca de outro médico, mas a sua confiança e autoestima estão abaladas. Em muitos casos, este processo repete-se várias vezes.

“The medical malpractice liability system is blamed for everything from the high cost of health care to quality assurance issues. (...) One of the problems with the current approach to medical malpractice is that *legal remedies for medical error are*

¹²⁸ Embora, “The more pressing problem in medicine is not simply the lack of apologies, but a more fundamental lack of disclosure. A narrow evidentiary rule such as the Apology Laws will do little to change *the silence that surrounds mistakes in medicine.*” Marlynn WEI, «Doctors, Apologies, and the Law: An Analysis and Critique of Apology Laws», *Journal of Health Law* 39/4 (2007) 107-160, 110, realce nosso.

¹²⁹ Jonathan TODRES, «Toward Healing and Restoration for All: Reframing Medical Malpractice Reform», *Connecticut Law Review* 39 (2006) 667-737, 670: “... one of the problems with the current approach to medical malpractice is that legal remedies for medical error are not viewed as part of the continuum of care.”

not viewed as part of the continuum of care, and that answers to the recurrent medical malpractice crises may lie in health care's core values. (...)

In the context of medical malpractice, the fundamental question is how to create a system for addressing medical errors that is based on the principle of care and provides healing for patients, doctors, and the community. *The healing-centered framework and restorative medical error resolution system may be the first steps toward the right answers.*¹³⁰

O sistema jurídico de resposta à «má prática» em medicina corre paralelo, sem nunca tocar, aquela necessidade de cuidado que colocou ambas as partes em relação e, sem a qual ambas perderiam, face a si mesmas e aos outros, essa identidade.

Sob os auspícios do sistema judicial, o problema que ali estava em causa (o cuidado) é deslocalizado; delimitado por compressões procedimentais, probáticas e de ordem argumentativa. O foco muda, e muito pouco nesse esforço promove um ambiente de cuidado ou de *cura*.

A(s) complexidade(s) de que nos fala Posner, e a tragicidade de alguns casos, que Atienza coloca em destaque, poderiam ser minimizadas com um sistema alternativo?

A resposta a esta questão é muito complexa, porque implica uma análise crítica da(s) metodologia(s), que não cabe na encomia deste texto. Não obstante, parece-nos que há duas notas essenciais que podemos, desde já assentar.

A primeira prende-se com o facto de a *complexidade* ou mesmo a *tragicidade* de alguns casos não exigir, nem ser mais tratável, com uma diferente metodologia judicial, nem por um sistema paralelo ao judicial, mas que funcione pelos mesmos métodos e procure os mesmos resultados. *Do ponto de vista do seu apelo a uma materialidade jurídico-normativa axiologicamente radicada, os casos não são diferentes, nem justificam um método diferente de resolução – existe sempre a “possibilidade de um responder concreto intencionalmente jurídico (racionalmente alimentado pela tercialidade do sistema, mas*

¹³⁰ Jonathan TODRES, «Toward Healing and Restoration for All», 670, realce nosso.

não menos indispensável à experimentação constitutiva deste) ... e pelo paradigma do *juízo* que o ilumina...”¹³¹ De resto, as particularidades da relação médico-doente não nos autorizam a concluir, sem mais, que os tribunais se devam comportar diferentemente perante estes casos em termos metodológicos propriamente ditos, nem afirmar que esta categoria de situações deva ser-lhes proceduralmente subtraída – o que a separação de poderes e a tutela jurisdicional efetiva, enquanto princípios constitutivos do Estado de Direito Democrático, não permitiria.

Ou, dito de outro modo, *o problema não está no esquema metódico* tal qual o entendemos – como um caminho de aproximação, que parte do caso concreto em busca da resposta que mais adequadamente se identifique com o problema priorizado, mobilizando um sistema aberto e plural, de evidente heterogeneidade. E também não está na contextura dos tribunais ou nos magistrados, em abstrato, como se de um problema de arquitetura ou de formação pessoal se tratasse (sem negar que também aí haja melhores respostas do que as atuais!). O problema estará mais, parece-nos, naquilo que verdadeiramente se espera do tratamento ponderativo de uma relação contenciosa entre médico e doente, que se qualifique como *de direito*: trata-se *apenas* de obter uma decisão judicial – ainda que se trate, verdadeiramente, da melhor decisão judicial possível? É a isso que apela o litígio entre médico e doente?

Pergunta sugestiva, que justifica já uma segunda nota, que é esta: o Direito ocupa um papel cultural constitutivo e é uma fonte primária de agregação e consenso social, funcionando como bastião do humano, nas suas fragilidades. *A prescrição normativa e o caráter sancionatório e coercivo das respostas jurídicas não esgotam o papel comunitário do Direito*. E precisamente, as categorias da *complexidade* e da *tragicidade* são categorias de análise que proporcionam uma reflexão que leve a sério uma função restaurativa, que supera os desideratos da organização e da sanção, que orientam a resposta estritamente judicial.

Pelo que, sem prescindir da resposta judicial em sentido estrito, devemos perguntar-nos se tem sentido uma via restaurativa, que

¹³¹ José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio casos fáceis/casos difíceis*, 176.

pugne pelo restabelecimento dos laços de cuidado.

A resolução *alternativa* de litígios (leia-se, *não judicial*) é já uma realidade fortemente implementada, também em Portugal^{132 133}. Se a arbitragem é uma solução que pouco altera, na sua substância, aquela *décalage* entre as partes que diagnosticámos como principal fonte de complexidade – e, por isso, afirmámos explicitamente que este problema não é tratável por um sistema que, não sendo judicial, funcione pelos mesmos métodos e persiga os mesmos resultados – o mesmo não se dirá da mediação, que começa agora a ser mais profundamente estudada enquanto modelo de resolução e mesmo de restauração.

A) *A Autonomia Pessoal e a Psicologia da Mediação*

Um ponto importante a ter em conta é o que respeita à questão da autonomia ou autodeterminação do sujeito, e do papel que ela desempenha na construção das relações interpessoais. Se é verdade que a autonomia do paciente e do médico assumiu o seu apogeu, prático e especulativo, nas últimas décadas, não é menos verdade que há uma dimensão da autonomia pessoal que continua a convocar maior densificação por parte do pensamento ético-jurídico, que é aquela que precisamente respeita à sua reconciliação comunitária, intersubjetiva e transpessoal. Portanto, se é absoluto que o paciente, tal como o médico, tenha direito à sua autonomia pessoal e também o direito de a exercer plenamente – o que pressupõe condições de acesso¹³⁴ – uma visão mais profunda da conca-

¹³² Para o respetivo regime legal cfr. Lei n.º 29/2013, de 19 de abril – *Princípios Gerais Aplicáveis À Mediação - Mediação Civil e Comercial*; Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro – *Lei da Arbitragem Voluntária*; Lei n.º 21/2007, de 12 de junho – *Regime de Mediação Penal*.

¹³³ Mariana MARTINS / João Pedro BARROS, «Mediação de Conflitos na Área da Saúde: uma Análise de Direito Comparado», in Miguel KFOURI NETO / Ra-faella NOGAROLI, coord., *Debates Contemporâneos em Direito Médico e da Saúde*, São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020, 368-397.

¹³⁴ “Afinal de contas, em causa está, antes do mais, a partilha de um mundo comum, garantindo o acesso à respectiva fruição, mediante a pressuposi-

tenção das autonomias individuais neste domínio leva-nos a colocar a intersubjetividade num plano mais elevado.

Como bem notou Axel Honneth¹³⁵, duas correntes intelectuais do século xx levaram a uma *crise do sujeito humano* na perspetiva da sua autonomia. A primeira corrente intelectual é a que está associada a Freud e que avança que o inconsciente conduz e motiva a ação individual, razão pela qual o ser humano não pode ser *transparente para si mesmo*, no sentido do pleno controlo do que está a fazer¹³⁶. A segunda corrente é a que deriva da investigação de Wittgenstein e Sausure, que propugnam uma crítica linguística ao sujeito, apontando a dependência do discurso do indivíduo relativamente a um sistema pré-dado de significações linguísticas, e assim invalidando a ideia de autonomia no sentido de *autoria* do sujeito¹³⁷.

Longe de consubstanciarem uma mera externalidade, estas correntes confluem diretamente numa alteração do paradigma que, porventura, não tem sido adequadamente compreendida pela bioética: elas traçaram o presente e o futuro da autonomia pessoal, exigindo uma justificação para a autonomia que não repouse acriticamente sobre um pressuposto de liberdade individual.

Estas correntes de pensamento, diz-nos Axel Honneth, destroem a ideia de autodeterminação de duas formas, em síntese: a crítica psicológica vê nas forças libidinais algo de externo mas neces-

ção de sentidos normativos, institucionalizados num tenso equilíbrio entre as pulsões do *suum* e do *commune*, por forma a respeitar a *máscara das máscaras* (o *prosopon*) que serve de amparo às demais e se há-de colar ao rosto de cada um, como suporte público, social, jurídico da sua humanidade: a *personalidade*.” Luís Meneses do VALE, «Fim de Vida e Direito. Acesso Aos Cuidados de Saúde: Racionalização/Racionamento?», in *2.º Curso Breve de Pós-graduação em Fim de Vida e Direito do Centro de Direito Biomédico*, Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 2017, 1-73, 1,8. [consult. 03 jul 2021], disponível em <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85287/1/Fim%20de%20vida%20e%20direito%20-%20Roteiro%20-%202017.pdf>>.

¹³⁵ Axel HONNETH, *Disrespect: The Normative Foundations of Critical Theory*, Cambridge: Polity Press, 2007, trad. para o inglês de John Farrell, 181 e ss.

¹³⁶ Axel HONNETH, *Disrespect*, 183.

¹³⁷ Axel HONNETH, *Disrespect*, 183.

sário à ação humana; a desconstrução linguística-filosófica da subjetividade afirma que existem sistemas linguísticos que precedem a intencionalidade. Ora, ambas as dimensões, o inconsciente e a linguagem, referem-se a forças ou poderes operativos em toda a ação individual, sem que o sujeito possa controlá-los ou sequer, em boa parte, aperceber-se da sua atuação. “Estas conclusões”, diz-nos o filósofo da Escola de Frankfurt, “embora perturbadoras para o narcisismo do sujeito, são largamente aceites atualmente”¹³⁸.

Em consequência, Honneth diagnostica três vias de resposta: uma primeira via opera uma radicalização da descentração do sujeito como sucede no pós-estruturalismo, onde as forças anónimas são exaltadas ao ponto de se emanciparem e individualizarem como *o outro* do sujeito¹³⁹. Uma segunda via, por sua vez, abrange a *manutenção inflexível da ideia clássica de autonomia*, embora – paradoxalmente – reconhecendo os resultados daqueles processos de desconstrução do sujeito, que se impõem empiricamente. E uma terceira via, finalmente, passa por considerar a autodeterminação, não em oposição às forças contingentes que iludem o autocontrolo, mas como *uma forma particular de organização que elas tomam*¹⁴⁰. Nas palavras de Honneth, “...decentering the subject does not force us to abandon the idea of autonomy, but rather to decenter this idea itself.”¹⁴¹

Como bem escarpeliza Thomas E. Hill, Honneth identifica, ao longo da sua obra, três filões de significado do conceito de autonomia, concluindo pela afirmação de que a ideia de autonomia pessoal entendida como autodeterminação sem constrangimentos precisa ser teoreticamente reformulada¹⁴². Por conseguinte, apresenta um modelo de *pessoa* baseado numa *teoria da intersubjetividade*, procurando construir um novo conceito de autonomia “de modo que a psicaná-

¹³⁸ Axel HONNETH, *Disrespect*, 182, trad. nossa.

¹³⁹ Axel HONNETH, *Disrespect*, 182-183.

¹⁴⁰ Axel HONNETH, *Disrespect*, 182-183, trad. e realce nossos.

¹⁴¹ Axel HONNETH, *Disrespect*, 184.

¹⁴² Axel HONNETH, *Disrespect*, 186.

lise ou a linguagem não possam acusá-lo de idealismo”¹⁴³.

Neste novo conceito, Axel Honneth procura conciliar as forças e motivações *não transparentes* que constituem a potência subjetiva que guia o sujeito com a sua experiência consciente, de um modo profundo: se o sujeito humano é produto de uma interação social, os seus estados mentais, conscientes ou inconscientes, são também *habilitados* por essa condição primordial¹⁴⁴. A participação num “evento transcendente”, seja ele um evento de linguagem ou um inconsciente coletivo acontece numa “comunidade comunicativa extensa” que, porém, não impede a emergência de uma outra subjetividade, a do ego, onde a autonomia individual é procurada e conseguida através de um *processo de individualização*.

Esta construção, este processo de individualização no desenvolvimento de habilidades específicas em relação aos nossos impulsos, a organização da nossa própria vida, as demandas morais do nosso contexto, é a construção de uma “coerência normativa de vida”¹⁴⁵, de escolhas e contrastes, intersubjetiva e, nessa medida, livre.

Embora Honneth não o torne explícito, a teoria por si adotada parece inspirada no *princípio da individuação* da psicanálise de Carl Jung. Em Jung, a *individuação* é, precisamente, o processo psicológico e intersubjetivo “que está sempre em maior ou menor oposição à norma coletiva, pois é separação e diferenciação do geral e formação do peculiar, não uma *peculiaridade* procurada, mas que já se encontra fundamentada *a priori* na constituição natural do sujeito. Esta oposição, no entanto, é aparente; exame mais acurado mostra que o ponto de vista individual não está orientado *contra* a norma coletiva, mas apenas de *outro modo*”¹⁴⁶.

A *norma* a que se refere Carl Jung é o *inconsciente coletivo* – «ensemble» de símbolos, significações e constrangimentos do meio

¹⁴³ Axel HONNETH, *Disrespect*, 186-187.

¹⁴⁴ Axel HONNETH, *Disrespect*, 186-187.

¹⁴⁵ *Vide*, Axel HONNETH, *Disrespect*, 267-269.

¹⁴⁶ Carl Gustav JUNG, *Tipos Psicológicos*, Petrópolis: Editora Vozes, 1991, trad. Lúcia Orth, 468. Como nota Jung, o princípio foi também trabalhado na filosofia, particularmente por Nietzsche e Schopenhauer – *ibidem*, 512 e ss.

e das narrativas anteriores ao sujeito¹⁴⁷, que correspondem a um *modo coletivo de manifestação da totalidade das imagens primordiais*¹⁴⁸ – e ela surge como *totalidade de caminhos individuais*¹⁴⁹. Dentro desta totalidade (anterior e pré-determinada) de caminhos é que o indivíduo realizará escolhas, aí demarcando os seus. Trata-se de uma construção das *linhas individuais do ego* “que não poderiam ser adquiridas pelos caminhos prescritos pelas normas coletivas”¹⁵⁰. Para o psicanalista, a individuação tem muitos aspetos, sendo a transcendência ou as demandas espirituais da alma uma fase particularmente importante desse percurso reflexivo¹⁵¹.

Assim encontramos em Jung esta constatação, que Honneth parece ter recuperado: a autonomia reside num processo em que o sujeito se distingue, operando escolhas do que quer para si, intersubjetivamente, de entre um conjunto herdado de modos ou possibilidades de ser. E nisto reside a sua autonomia. “... o sujeito é colocado entre uma determinante exterior e uma interior, *surgindo então a possibilidade da escolha e a relativa liberdade do sujeito*”¹⁵².

A proximidade entre o *princípio da individualização* em Honneth e o *princípio da individuação* em Jung fica ainda mais clara se atentarmos em “The I in We”¹⁵³, onde Honneth escarpeliza os paradoxos da individualização e as forças que a agitam até que a autonomia do sujeito se evidencie: a individualização é um processo observável e objetivo, *que jaz numa ambivalência precária*, “because it refers both to the external fact of increasing personal qualities and the

¹⁴⁷ Carl Gustav JUNG, *Tipos Psicológicos*, 205 e ss.

¹⁴⁸ Carl Gustav JUNG, *Tipos Psicológicos*, 233.

¹⁴⁹ Carl Gustav JUNG, *Tipos Psicológicos*, 468.

¹⁵⁰ Carl Gustav JUNG, *Tipos Psicológicos*, 468.

¹⁵¹ Sobre esta questão, Deldon Anne McNEELY, *Becoming: An Introduction to Jung's Concept of Individuation*, Carmel: Fisher King Press, 2010, 53 e ss.

¹⁵² Carl Gustav JUNG, *Tipos Psicológicos*, 252, realce nosso.

¹⁵³ Axel HONNETH, *The I in We – Studies in the Theory of Recognition*, Cambridge: Polity Press, 2012, trad. Joseph Ganahl, 184 e ss.

inner fact of the subject's increasing individual achievements"¹⁵⁴. Num processo paradoxal e penoso, não isento de limitações e de *encenações* – “once they began to interpret their lives (...) compelled from all sides (...) subjects are [sometimes] forced to choose between staging originality for strategic reasons and pathologically shutting down”¹⁵⁵.

Embora esta autonomia – um *encontro do eu consigo mesmo*, proporcionado pela intersubjetividade emergente das relações de conflito – dificilmente possa considerar-se dentro do sistema de fins do direito, tal não impede que se constate que as respostas jurídicas possam ter algum impacto terapêutico¹⁵⁶, tal como os fatores psicológicos individuais têm impacto na efetividade das respostas jurídicas.

Há evidências do impacto de fatores psicológicos, como a autoimagem, o sentido de pertença a uma comunidade e a crença em «segundas oportunidades», por exemplo, que condicionam o sucesso da mediação na resolução de conflitos.¹⁵⁷ Ainda assim, além das virtudes que mais comumente lhe são assacadas – a acessibilidade, a prontidão, a informalidade e a discrição – a mediação permite que as partes possam concentra-se, se assim entenderem, no seu relacionamento futuro, preservando as relações – designadamente, as que pressupõem continuidade, como é o caso do acompanhamento médico de situações crónicas e análogas – e é especialmente adequada quando uma solução *criativa*¹⁵⁸ é necessária, isto é, quando as partes pretendem afastar-se das formas de ressarcimento mais comuns.

¹⁵⁴ Axel HONNETH, *The I in We*, 184 e ss.

¹⁵⁵ Axel HONNETH, *The I in We*, 198-200.

¹⁵⁶ David B. WEXLER, «Applying the law therapeutically», *Applied & Preventive Psychology* 5 (1996) 179-186, Cambridge: Cambridge University Press.

¹⁵⁷ Elizabeth E. BADER, «The Psychology of Mediation: Issues of Self and Identity and the IDR Cycle», *Pepperdine Dispute Resolution L.J.* 2 (2010) 183-214, 212.

¹⁵⁸ Sheea SYBBLIS, «Mediation in the Health Care System: Creative Problem Solving», *Pepperdine Dispute Resolution L.J.* 3 (2006) 493-517, 154 e ss.

B) *A Restauração das Relações Juridicamente Relevantes*

O facto de as propostas restaurativas terem florescido¹⁵⁹ no âmbito do direito penal e das doutrinas criminológicas¹⁶⁰ (muito fruto dos movimentos que têm vindo a contestar com veemência o funcionamento do sistema punitivo criminal, que hiperbolizou a aplicação da pena de prisão, e permanece alheio à reiterada seletividade socioeconómica do sistema, ao abandono social das vítimas e à promoção da reincidência dos infratores¹⁶¹) não afasta que boa parte dos seus princípios possam ser convocados para a messe das relações jurídico-civilísticas e, em geral, para as relações intersubjetivas no seio das quais surjam conflitos em que a assimetria de posições é tal, que a estrita compensação monetária dos danos se afigure uma resposta jurídica *incompleta*.

Assumindo que os mecanismos modelares de resolução alternativa de litígios são distintos da «justiça restaurativa», mas que tal facto não impede que a mediação seja, factualmente, o primeiro passo para a restauração, toda a resolução de litígios alternativa à resposta judicial convencional exige um conjunto de ressalvas que há que, pelo menos, colocar explicitamente.

Em primeiro lugar, a apologia da possibilidade (ou mesmo da necessidade) de restauração não exige, nem tão pouco pressupõe,

¹⁵⁹ Embora sem obliterar que *o Direito existiu antes dos tribunais* e que, mesmo perante um juiz, a «aplicação» do direito não foi sempre estritamente sancionatória, pelo que, em certo sentido, o que hoje designamos por “resolução alternativa de litígios” constitui, na verdade, a primeira forma de realização do Direito. George MOUSOURAKIS, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, London: Springer International Publishing, 2016, 275 e ss.

¹⁶⁰ Vide John BRAITHWAITE, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 2002, 3 e ss.

¹⁶¹ Por todos, Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa – Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 47 e ss.

que os procedimentos empenhados sejam marginais face ao sistema judiciário. Em muitos âmbitos do direito, com particular destaque para as áreas da Família e do Trabalho, o sistema judicial é o primeiro a promover respostas jurídicas integradas, em que as partes devem conseguir por si mesmas uma solução para o conflito. De resto, em qualquer estado da causa civil (independentemente do ramo jurídico), e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa. E, sem prejuízo disso, também as partes podem, em conjunto, optar por resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância para o efeito¹⁶².

Ao mesmo passo, o procedimento pretensamente reparador da relação médico-doente não pode ser absolutamente incoerente, informal ou *irracional*¹⁶³. Segundo nos parece, não ser irracional significará, desde logo, construir, manter e seguir protocolos de atuação que promovam a certeza e a segurança; estar de acordo com os princípios normativos e demais fontes do direito; respeitar as opções sociopolíticas que hajam encontrado consenso num dado contexto histórico-cultural; possuir mecanismos pré-definidos de rastreamento da solução encontrada, bem como instrumentos objetivos de perceção do seu sucesso, baseados em *standards* científicos e resultados empíricos, de modo a equacionar sempre se será o momento de tornar o caso às mãos do juiz.

Estes mecanismos de regularização afiguram-se fundamentais na diminuição da complexidade e na promoção da igualdade: quando as partes se colocam de acordo em iniciar um procedimento restaurador devem fazê-lo em plena convicção de que não se trata de uma batalha para ver quem é mais capaz de provar que tem razão, e que todo o ambiente e expedientes criados são imparciais e promotores da representação de ambas as partes.

¹⁶² Artigo 273.º do Código de Processo Civil.

¹⁶³ Assim em Richard A. POSNER, «The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations», *University of Chicago Law Review* 53 (1986) 366-393.

Finalmente, *importa sublinhar que o que se pretende é encontrar uma resposta que, ainda que eventualmente fora do panorama judicial, seja uma resposta normativo-jurídica, e não um aconselhamento psicológico* das partes. O que não deixará de significar que há um conjunto de práticas normativas que têm de ser implementadas no sentido de formar nos intervenientes a clara convicção de que é ainda o Direito que ali está presente, e que a negociação que entre si empreendem tem, indubitavelmente, relevância jurídica. Se um dos grandes objetivos deste *caminho alternativo* é o de minimizar a assimetria da relação médico-doente, devem aqui ser convocados os métodos pelos quais o Direito, habitualmente, diminui as assimetrias de representação, designadamente, a discriminação positiva no acesso aos procedimentos (taxas, custas, proximidade, etc.), o patrocínio idóneo (designadamente, garantindo a presença de advogado quando solicitado, mas também de outros modos de assistência técnica – médica, psicológica, etc.), e a garantia da qualificação profissional dos moderadores e intervenientes da prática jurídica, que devem possuir as credenciais pessoais e académicas adequadas à compreensão de um espécie particular de litígios, que é esta. Se assim não for, não temos qualquer razão para acreditar que um *sistema alternativo* possa representar, autenticamente, uma possibilidade *de direito*.

Mas se, pelo contrário, um certo sistema de resposta conseguir reposicionar as partes e as suas expectativas no sentido da reparação, alcançando uma solução concordante com o sentido e a validade material própria do Direito, poderá, sim, concorrer para uma autêntica «restitutio».

[Doutor,]

É de olhares, é de olhares que eu preciso. Tndo o que o médico diz sem olhar é bula de medicamento: papel fininho, dividido em oito partes, como instruções de montagem. Não... É de olhares que eu preciso. De um certo olhar. Preciso, doutor, que o azul dos seus olhos me faça companhia...

(...) Cale-se. Não fale. Não anuncie só tempestades e furacões. Conhece o poço? Já se debruçou? Conhece o fundo negro onde o eco da minha voz se apaga? Tire-me daí!⁶⁴

¹⁶⁴ Nuno Lobo ANTUNES, *Sinto Muito – Confissões de um Médico*, Lisboa: Verso de Kapa, 2008, 45 e ss.