



Os cuidados de saúde transfronteiriços: problemática em torno do “erro médico”

Isa António*

*RESUMO: A diretiva sobre cuidados de saúde transfronteiriços reflete a preocupação da União Europeia com o direito humano à saúde, consubstanciado no direito de acesso aos cuidados de saúde, em termos de universalidade, equidade e qualidade. Através desta diretiva europeia, os Estados-Membros não podem vedar o livre acesso dos cidadãos não nacionais aos seus sistemas de saúde, tendo de assegurar a qualidade dos cuidados prestados em termos idênticos aos proporcionados aos seus cidadãos nacionais. A questão que suscitamos neste trabalho prende-se com o “erro médico”, com o desrespeito pela *leges artis ad hoc medicinae* ou com a violação dos princípios europeus constantes na diretiva e tratados, no decurso da prática dos cuidados de saúde transfronteiriços. Dito doutro modo, qual o regime jurídico que é aplicável e quais os mecanismos jurídicos que o doente lesado poderá acionar com vista ao ressarcimento dos seus danos? Será aplicável a legislação sobre responsabilidade médica do “Estado-Membro de tratamento” e simultaneamente os mecanismos de contencioso europeu ou, em alternativa, somente estes últimos porquanto estamos no âmbito de cuidados transfronteiriços de carácter jurídico europeu?*

PALAVRAS-CHAVE: direito à saúde - cuidados de saúde transfronteiriços - direito da União Europeia - erro médico - responsabilidade médica - obrigações dos Estados-Membros - direitos dos doentes.

*Doutorada em Direito Administrativo/Contratação Pública. Docente no Instituto Politécnico do Porto e no Instituto Politécnico de Coimbra. Membro Integrado do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) da Universidade do Minho (Braga/Portugal).

1. A Diretiva 2011/24/UE, do PE e Conselho: conceito

Do artigo 1.º constante na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) podemos ler que todos os seres humanos são livres e são dotados de direitos, em condições de plena igualdade e de dignidade. O princípio de igualdade é reforçado pelos preceitos ínsitos nos artigos 7.º e 10.º deste diploma. O direito de acesso à saúde a todos os indivíduos, sem qualquer tipo de discriminação, representa a expressão máxima do respeito pela dignidade do ser humano enquanto tal.

O direito a assistência à saúde encontra previsão no artigo 25.º, n.º1, da DUDH, ao referir que todas as pessoas têm direito ao bem-estar alcançado através do acesso à assistência na doença, velhice e invalidez. Na esteira da DUDH vai a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina ratificada pelo Estado Português pela Resolução da Assembleia da República n.º1/2001, cujos artigos 1.º, 2.º e 3.º consagram expressamente o acesso à saúde em condições de igualdade e de dignidade, com vista ao bem-estar e respeito pela integridade e pelos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo.

Nos termos do artigo 4.º, n.º2, alínea k), conjugado com os preceitos ínsitos nos artigos 6.º, alínea a) e 168.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), a União Europeia possui competência para legislar sobre saúde pública, com vista à salvaguarda da segurança comum dos Estados-Membros, mediante a redução e luta pela eliminação de doenças e afeções humanas. Nesta senda, competirá à União Europeia pugnar pela adoção de medidas políticas, legais e administrativas que visem a informação e educação sanitárias, vigilância¹ dedicada às ameaças graves e riscos para a saúde pública, sendo desta preocupação exemplo paradigmático a Diretiva 2011/24/UE, do PE e Conselho, de 9 de março de 2011.

A noção de *cuidados de saúde transfronteiriços* identifica-se com a mobilidade de doentes, incluindo a *prestação* ou a *prescrição* de cuidados de saúde num Estado-Membro distinto do Estado de afiliação, sendo designado pela diretiva como “Estado-Membro de tratamento”. Na verdade, a diretiva qualifica como *cuidados de saúde transfronteiriça* a situação em que o doente adquire medicamentos e dispositivos médicos num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de afiliação, bem como a situação em que o doente adquire esses medicamentos e dispositivos médicos num Estado-Membro diferente daquele em que a receita foi emitida.²

De acordo com a alínea a), do artigo 3.º, sob a epígrafe “definições”, entende-se por *cuidados de saúde* os serviços de saúde prestados por profissionais de saúde,³ incluindo a prescrição, a dispensa e o fornecimento de medicamentos e dispositivos médicos. Por outra banda, nos termos do artigo 3.º, alínea e), *cuidados de saúde transfronteiriços* são aqueles que são prestados ou prescritos num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de afiliação – ou seja, num Estado do espaço europeu diferente do Estado de origem desse cidadão, de residência ou em que as pessoas estão seguradas ou possuem direito a prestações de doença, nos termos da legislação

¹ Quanto à vigilância no domínio da saúde pública cfr. Sara Vera Jardim e Diana Grilo, “A União Europeia e as políticas de saúde em Portugal”, in *40 Anos de Abril na Saúde*. Coimbra: Almedina, 2014, 337 e seguintes.

² Cfr. ponto 16 da diretiva.

³ Para os efeitos da diretiva, é qualificado como profissional de saúde, um médico, enfermeiro, dentista, parteira e até um farmacêutico ou ainda outro profissional, cuja atividade no sector da saúde seja uma profissão regulamentada, por exemplo um psicólogo, fisioterapeuta, etc. [*vide* alínea f), do artigo 3.º, da diretiva].

desse Estado-Membro.

O principal desiderato desta diretiva é impedir que os Estados imponham restrições à liberdade de prestação de serviços médicos no espaço da União Europeia, garantindo que um doente possa, querendo escolher, receber a prestação de saúde que carece noutro Estado-Membro”.⁴ Por um lado, a diretiva visa proporcionar o acesso a cuidados de saúde aos doentes dos Estados-Membros em condições de segurança e de qualidade, permitindo a sua mobilidade dentro do espaço europeu. Por outro lado, visa promover a colaboração entre os Estados-Membros no que concerne à definição das prestações de segurança social no domínio da saúde e à organização e prestação de cuidados de saúde e de cuidados médicos, bem como de outras prestações sociais relacionadas com a doença.⁵

O TJUE contribuiu de forma significativa para este avanço legislativo, na senda da tentativa de resolução da questão sobre o reembolso das despesas de saúde relativas a cuidados de saúde praticados noutro Estado-Membro. A jurisprudência deste tribunal sempre pugnou pela defesa das liberdades de prestação de serviços e de circulação de mercadorias e pelo seu respeito por parte das legislações nacionais.

De entre as soluções constantes na mencionada diretiva podemos destacar as seguintes: *i*) a prestação de cuidados de saúde encontra-se abrangida pelo âmbito de proteção da liberdade de prestação de serviços; *ii*) é consagrado um sentido lato do que seja prestação de cuidados de saúde, abrangendo cuidados diferenciados (em hospitais) e não diferenciados (cuidados primários, mas não já cuidados continuados); *iii*) a liberdade de prestação de serviços médicos inclui a própria liberdade de os destinatários do serviço (doentes) se deslocarem a outro Estado-Membro para receberem o mesmo; *iv*) o direito de ser tratado noutro Estado-Membro existe tanto em sistemas de saúde públicos universais (caso do sistema português), como em sistemas de saúde apoiados em seguros privados; *v*) permanece como competência própria dos Estados-Membros a organização dos sistemas de segurança social e de saúde; *vi*) Poderá excepcionalmente ser admitido um mecanismo de autorização prévia dos Estados-Membros – por regra, é vista como um impedimento à livre prestação de serviços – com fundamento em *razões imperiosas de interesse público*.⁶

Na verdade, da diretiva resulta claro que aos doentes que procurem receber tratamento noutro Estado que não o de afiliação, não deverá ser vedado o respetivo acesso, salvo em determinadas circunstâncias relacionadas com *o interesse público*. Apontam-se como principais razões legitimadoras deste mecanismo de salvaguarda invocável por cada Estado-Membro as seguintes. Em primeiro lugar, *o perigo para a saúde pública*,⁷ surgindo dúvidas sobre o modo de proceder com as doenças infecto-contagiosas, presumindo-se que se encontram excluídas do leque de atos médicos a ser praticados noutro Estado-Membro. Em segundo lugar, *o risco de colapso financeiro* do sistema de saúde do Estado de acolhimento, o que parece ser passível de invocação pela maioria dos Estados-Membros, porquanto a despesa pública dos mesmos com o sector da saúde é elevado. Na verdade existem tratamentos médico-cirúrgicos que envolvem necessariamente um planeamento estrutural e “pesado” em termos de infraestruturas por parte dos Estados, justificando-se a recusa em aceitar doentes

⁴ Neste sentido, cfr. Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha. *Direito da Saúde. Lições*. Lisboa: Editora Universidade Católica Portuguesa, 2014, 282.

⁵ Cfr. ponto 10 da diretiva.

⁶ Cfr. Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha. *Direito da Saúde. Lições, cit.*, 283.

⁷ Cfr. pontos 11 e 12 da diretiva.

que coloquem em causa a sustentabilidade do sistema de saúde do Estado-Membro de tratamento.

1.1. Âmbito de aplicação e restrições

A prestação e prescrição podem ter lugar em estabelecimentos de saúde, públicos e privados. Segundo Sara Vera Jardim e Diana Grilo, estão incluídos todos os cuidados de saúde, públicos e privados, independentemente da forma como sejam organizados, prestados ou financiados.⁸ Incluem-se igualmente a prescrição, dispensa e fornecimento de medicamentos e dispositivos médicos.

O escopo da diretiva é a prestação de cuidados de saúde nos termos definidos pelo artigo 1.º, n.º1, articulado com o artigo 3.º, alínea a). Existem, porém, restrições previstas no preceito insito no n.º3, do artigo 3.º. Em primeiro lugar, quando se trate de *cuidados continuados* ou *assistenciais*, de apoio ao doente na sua vida quotidiana, ao nível dos cuidados mínimos de higiene, domiciliários, normalmente prestados em casa ou em lares. Em segundo lugar, os *transplantes* são excluídos do âmbito dos cuidados de saúde transfronteiriços, em virtude da especial complexidade em torno da recolha e atribuição de órgãos. Por último, os programas de *vacinação pública* contra doenças infecciosas cujo objetivo é a proteção exclusiva da saúde da população de um determinado Estado-Membro.

2. Obrigações dos Estados-Membros

2.1. Dos Estados-Membros de tratamento

Desta diretiva resulta na esfera jurídica do Estado-Membro de “tratamento” entendido como aquele Estado em cujo território os cuidados de saúde são efetivamente prestados ao doente⁹ – um conjunto significativo de determinadas obrigações positivas e negativas.

Nos termos preceituados pelo artigo 4.º, pertencem ao Estado-Membro de tratamento as seguintes incumbências: primeiramente, a prestação de informação clara, objetiva e relevante que permite ao doente, com vontade esclarecida, optar pelo recurso à prestação de cuidados de saúde nesse Estado. Esta informação deverá versar sobre as normas e orientações em matéria de qualidade e de segurança, como as referentes à supervisão, avaliação dos prestadores de cuidados de saúde e sobre a acessibilidade dos hospitais para pessoas com deficiência [alíneas a) e b), do artigo 4.º].

Outra obrigação imposta ao Estado-Membro de tratamento prevista na alínea c) do citado artigo 4.º é aquela de conceder aos doentes o acesso aos adequados procedimentos de reclamação, dotados de transparência para eventual reparação de danos originados na prestação de cuidados de saúde. Ademais, é tarefa do Estado em que os cuidados médicos são prestados assegurar a existência de um seguro de responsabilidade profissional ou outra garantia para acautelar danos e riscos na saúde e integridade física do doente. Por outro lado, o reconhecimento e zelo pelo direito à privacidade dos dados pessoais, assim como a garantia de continuidade do tratamento associado ao registo clínico e informático do tratamento realizado são prioridades a ter em consideração [alíneas e) e f) do artigo 4.º].

O tratamento em condições de não discriminação, em obediência aos princípios de universalidade, qualidade, equidade e solidariedade são obrigações primordiais,

⁸ Cfr. Sara Vera Jardim e Diana Grilo, “A União Europeia e as políticas de saúde em Portugal”, *cit.*, 356.

⁹ Cfr. artigo 3.º, alínea d), da diretiva.

pelas quais o Estado de tratamento deverá pautar a sua atuação. Uma das manifestações do princípio de igualdade ou de não discriminação em razão da nacionalidade entre doentes nacionais e doentes não nacionais é a aplicação de preços pré-fixados em tabela, para situações médicas comparáveis ou condições clínicas similares (n.º4, do supracitado artigo 4.º).

Contudo, a própria diretiva opera uma ressalva: tendo em consideração todos os deveres ora mencionados, não é prejudicada ou coarctada a possibilidade de o Estado-Membro de tratamento adotar medidas relativas ao tratamento e evitar, tanto quanto possível, o desperdício de recursos financeiros, técnicos e humanos. Tais medidas devem entretanto limitar-se ao que é necessário e proporcional e não podem constituir um meio de discriminação arbitrária. No fundo, a diretiva estabelece um limite de proporcionalidade e razoabilidade, relacionado com o princípio do financeiramente possível, servindo como cláusula de salvaguarda à aplicação de medidas e concretização das obrigações porventura entendidas como demasiadamente onerosas para o Estado-Membro em causa.

2.2. Dos Estados-Membros de afiliação

O Estado competente para autorizar as *personas seguras*¹⁰ a receberem tratamento fora do Estado-Membro de residência denomina-se “Estado-Membro de afiliação” – e segundo os regulamentos de coordenação dos sistemas de segurança social tem como principais obrigações as seguintes. Em primeiro lugar, o dever de reembolso dos montantes relacionados com os custos dos cuidados de saúde transfronteiriços [artigo 5.º, alínea a)], a par do dever de informação sobre os direitos dos doentes relacionados com a obtenção de cuidados de saúde transfronteiriços, incluindo sobre o reembolso dos respetivos custos [artigo 5.º, alínea b) articulado com o artigo 7.º, n.º6].

O Estado de afiliação deverá ainda assegurar ao doente que pretenda ter cuidados transfronteiriços o acesso aos mesmos, devendo determinar os cuidados a que a pessoa segurada tem direito, independentemente do local de prestação. Recai sobre este Estado, de igual modo, a obrigação de assegurar o acesso ao processo clínico [artigo 5.º, alínea d)] e de proceder ao acompanhamento clínico necessário, tal como teriam se os cuidados de saúde tivessem sido prestados no seu território, pelos seus próprios estabelecimentos de saúde.

É importante salientar que o Estado de afiliação apenas está vinculado ao pagamento do reembolso dos custos dos cuidados de saúde nos exatos termos em que teria se esses atos médicos fossem prestados no Estado-Membro de afiliação. Portanto, o Estado de afiliação terá de pagar somente até ao limite dos custos que os cuidados de saúde teriam se tivessem sido praticados no seu território. Por outro lado, nunca terá de pagar o excedente dos custos reais dos cuidados recebidos (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4), podendo decidir pagar as despesas de deslocação e de alojamento nos termos do artigo 7.º, n.º4.

A obrigação de proceder ao reembolso dos custos dos cuidados médicos conhece exceções, contempladas no artigo 7.º, n.º 9 e no artigo 8.º, mediante sujeição à autorização prévia. Esta autorização prévia gerou algumas reservas e granjeou

¹⁰ Nos termos do artigo 3.º, alínea b), da diretiva, é “pessoa segurada” a pessoa, incluindo os membros da sua família e os seus sobreviventes, abrangida pelo artigo 2.º, do Regulamento CE n.º833/2004 e os nacionais de um terceiro país abrangidos pelo Regulamento CE n.º 859/2003 ou que reúnam as condições fixadas na legislação do Estado-Membro de afiliação relativa ao direito às prestações.

críticas, designadamente por parte da Entidade Reguladora da Saúde,¹¹ mas sobre as mesmas não nos debruçaremos porquanto não constitui objeto deste estudo.

3. O caso específico do “erro médico”

Consideramos que erro médico é todo e qualquer tipo de desconformidade na prática e execução de um ato médico, seja por ação ou omissão, caracterizado pela violação *das leges artis ad hoc medicinae*¹² (entendidas como o conjunto de normas de orientação clínica atuais que o estado da arte da medicina e ciência impõem como as adequadas e mais fiáveis – sendo aplicáveis a uma dada condição clínica, num dado momento de avanço tecnológico e de conhecimento). Ato médico, por sua vez, pode ser genericamente definido como toda a atuação direta ou indireta sobre um organismo humano por parte de um médico (ou equipa de médicos), no exercício da sua profissão, para a qual tem o devido título académico de licenciado em medicina e cirurgia.¹³

Segundo Alfonso de la Osa, a definição de ato médico acolhida pela jurisprudência superior espanhola qualifica-o como sendo o ato executado pelo médico que tem como finalidade, direta ou indireta, promover ou assegurar as condições de saúde humana e o qual tem, geralmente, incidência sobre o corpo humano.¹⁴ Consideramos que este conceito deverá ser acolhido como o padrão-referenciador para definir, por seu turno, o que se entende por “erro médico” à luz da Diretiva 2011/24/UE sobre cuidados de saúde transfronteiriços.

As instituições europeias não são alheias à possibilidade de ocorrência de “erros médicos” no decurso da execução dos cuidados de saúde transfronteiriços, sendo que a citada diretiva refere no ponto 23 que é essencial definir obrigações comuns no que concerne aos regimes de responsabilidade por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde, com vista a evitar que a falta de confiança nesses regimes por parte do doente venha a constituir um obstáculo à utilização de cuidados de saúde transfronteiriços.

¹¹ Neste sentido, cfr. o Parecer da Entidade Reguladora da Saúde sobre a Diretiva 2011/24/UE.

¹² «*Leges artis ad hoc medicinae*» consiste no conjunto de normas pelas quais o profissional de saúde se deverá orientar no desenvolvimento da sua atividade, compreendendo múltiplos fatores que a influenciam, tendo em conta a complexidade de intervenções, a sua relevância em dado momento do tratamento do doente, etc. Deste modo, entende-se por «*leges artis ad hoc medicinae*» a aplicação de regras gerais médicas a casos iguais ou parecidos, com vista a assegurar uma atuação com o cuidado objetivamente devido. Podem ainda ser consideradas como o critério valorativo de correção de um determinado ato médico executado por um profissional de medicina (ciência ou arte médica) que tem em conta as particularidades do seu autor, profissão, complexidade da sua atividade e especialidade, assim como fatores exógenos, como nomeadamente o estado do paciente, a intervenção potencial dos seus familiares, a organização hospitalar e sanitária, etc, a fim de qualificar, como conforme ou desconforme à técnica exigida, o ato médico em análise (atendendo aos requisitos de legitimação e atuação médica lícita eficácia do serviço prestado a eventual responsabilidade do seu autor-médico em resultado da sua intervenção). Assim, Isa António, *A responsabilidade da Administração Pública por atos médicos* (dissertação de Mestrado), Universidade Católica do Porto, 2008, 95. Para maiores desenvolvimentos cfr. José María González e Andrea Macía Morillo, “La responsabilidad médica en el ordenamiento español”, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, n.º11, 2005, 44 e 45.

¹³ Assim, cfr. Pedro Rodríguez López, *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Bosch, 2004, 34 e 35.

¹⁴ Neste sentido, cfr. Alfonso López de la Osa Escribano, *La convergence de la responsabilité hospitalière en France et en Espagne. Étude Comparée*. Marseille: Presses Universitaires d’Aix, 2005, 232 e seguintes.

Quanto à responsabilidade por danos ocasionados no exercício da atividade médica, as legislações de cada Estado-Membro não poderão condicionar o alargamento da cobertura dos sistemas de saúde nacionais a doentes do seu país que pretendam receber cuidados médicos no estrangeiro, sempre que este seja o mais adequado à condição clínica do doente. Nesta senda, os Estados-Membros deverão assegurar a existência de regimes de proteção dos doentes e de reparação dos danos em caso de lesões ou prejuízos resultantes de cuidados de saúde prestados no seu território.

Os regimes jurídicos de cada Estado-Membro deverão, se necessário for, ser objeto de uma alteração legislativa de modo a adaptarem-se ao *risco*, em termos de *extensão e natureza*.¹⁵ Pertencerá sempre, no entanto, à exclusiva competência dos Estados a determinação das características e formas de funcionamento desses regimes legais de responsabilidade por atos médicos ocasionados pelos cuidados de saúde transfronteiriços.

Suscitamos, a este respeito, a seguinte questão: em caso de erro médico, do qual resulte dano para a saúde, vida, integridade física ou segurança do doente, qual a legislação nacional que deverá ser aplicável? Ou, dito doutro modo: de que forma e em que termos poderá o doente exigir o ressarcimento pelos seus danos por cuidados de saúde transfronteiriços ou quais os mecanismos jurídicos ao seu dispor e ao abrigo de que legislação?

O doente pode recorrer a mecanismos jurídicos com vista à reposição da sua situação jurídica em *statuo quo ante* à lesão, a nosso ver, sob duas perspetivas. Em primeiro lugar, pode acionar os mecanismos ao seu dispor enquanto cidadão europeu, junto do Provedor de Justiça (artigo 228.º, TFUE), mediante uma queixa no âmbito da qual expõe todos os factos relevantes. O Provedor de Justiça irá proceder a uma fase de investigação ou inquérito, averiguando junto do Estado-Membro de tratamento a veracidade dos factos invocados pelo doente. Se considerar que têm fundamento os factos invocados pelo doente e constantes da queixa, o Provedor decidirá encaminhar o processo para a Comissão Europeia para que esta, no exercício das suas funções enquanto guardiã dos Tratados e zeladora do bom cumprimento da legalidade europeia, possa intentar a competente ação por Incumprimento (artigos 258.º a 260.º, TFUE) contra o Estado de tratamento incumpridor. O Provedor de Justiça poderá, em alternativa, decidir remeter esta situação logo para o TJUE, se considerar que os factos apurados são revestidos de *manifesta gravidade e de difícil reposição voluntária pelo Estado-Membro infrator*.¹⁶

Outra hipótese cumulável com a anterior é a admissibilidade de o Estado-Membro de afiliação intentar, de *per si*, uma *ação contenciosa junto do TJUE* contra o Estado-Membro de tratamento, com fundamento na discriminação e recusa do seu nacional como doente, por tratamento em qualidade e quantidade inferior àquele que

¹⁵ Ponto 24 da Diretiva 2011/24/UE.

¹⁶ Cremos que a via contenciosa junto do TJUE deverá ser a *ultima ratio* na atuação das instituições europeias, com vista a atribuir somente situações com relevância jurídica a este órgão jurisdicional, sob pena de se contribuir para a morosidade da justiça europeia e subalternização dos respetivos juizes, ocupados com matérias de somenos importância. Acresce que a via de solução amigável, dando oportunidade ao Estado-Membro infrator de se redimir, repondo a legalidade ou compensando os danos, contribui para um maior nível de confiança, colaboração e diplomacia interestadual, a par de maior eficiência na resolução expedita dos litígios. Qualquer lesado quer ver a sua situação resolvida o mais depressa possível, mediante justo e adequado ressarcimento, não tendo interesse em ver o seu problema prolongar-se no tempo ainda que em sede jurisdicional.

seria o adequado ou por desrespeito pelas regras de colaboração estabelecidas pela diretiva. O Estado-Membro de afiliação apresenta, em momento anterior ao recurso à via judicial, uma *queixa fundamentada perante a Comissão Europeia*,¹⁷ com vista a tentar uma resolução amigável, expedita e eficiente da situação junto do Estado-Membro de tratamento infrator.

Os fundamentos invocados, tanto em sede jurisdicional perante o TJUE, como junto da Comissão Europeia, poderão ser de diversa ordem, tais como: *i*) o desrespeito por *princípios essenciais* – princípio de não discriminação em razão da nacionalidade, princípio de igualdade, princípio de solidariedade, princípios da universalidade e de equidade no acesso aos cuidados de saúde; *ii*) violação dos *Tratados* (direito primário ou originário), sobretudo a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o TFUE;¹⁸ *iii*) violação da diretiva sobre os cuidados de saúde transfronteiriços (direito secundário ou derivado); *iv*) violação de direitos dos cidadãos, simultaneamente “doentes”, como sejam o da saúde, vida, integridade física, integridade psíquica, segurança, ambiente médico-sanitário “higiénico e sadio”, reserva da intimidade privada, respeito, proteção de dados pessoais, etc.

Supondo que o Estado de tratamento seja Portugal, é o regime jurídico constante da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro,¹⁹ que se aplica seja por conduta positiva (por ação) ou negativa (por omissão, abstenção) do qual resulte prejuízo ou lesão, danos patrimoniais e/ou danos não patrimoniais. Portanto, o doente estrangeiro lesado devido aos cuidados de saúde transfronteiriços prestados em estabelecimentos públicos de saúde portugueses poderá acionar o Estado Português, com vista ao justo e adequado ressarcimento.

Em sede de responsabilidade assistencial dos hospitais, terá que se atender não apenas à natureza do ato em questão, mas também a uma miríade de fatores, tais como: a qualificação profissional do agente, a legitimidade da sua atuação, a legalidade e oportunidade da delegação confiada, a dificuldade e urgência da intervenção em si mesma, aos restantes meios materiais, pessoais e organizacionais de que poderia dispor, etc.

É curial considerar que, excetuando os casos de urgência ou de força maior devidamente comprovadas, os práticos e estudantes de medicina apenas devem intervir em qualquer ato, por mais fácil ou complexo que seja, desde que sob a direta e efetiva vigilância e responsabilidade do diretor, chefe de serviço ou de equipa médica ou ainda, por delegação expressa ou tácita, desde que, com tal intervenção não sejam violadas ou desrespeitadas as garantias médicas dos doentes, competindo aos médicos avaliar tal perigo ou risco perante a natureza do ato a praticar e a aptidão técnica do agente. Avaliação esta que já seria, de *per se*, um “ato médico”, integrante do diagnóstico ou terapêutica, devendo enquanto tal ser apreciada pelos tribunais para efeitos de responsabilidade, dentro dos princípios gerais fixados com vista a conciliar-se os direitos dos doentes, a boa formação do pessoal médico e paramédico,

¹⁷ Neste sentido, cfr. João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de Direito Europeu. O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 443 e seguintes.

¹⁸ Assim, cfr. Miguel Gorrão-Henriques *Direito da União. História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, 307 e seguintes, bem como João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de Direito Europeu, cit.*, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 345 e seguintes.

¹⁹ Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas.

assim como as exigências do progresso da medicina.²⁰

Assim, sem desprimor da aplicação de responsabilidade penal e disciplinar do médico, individual ou coletiva da equipa médica ou de outro profissional de saúde, será acionado o regime de responsabilidade civil contra as instituições públicas e privadas que hajam celebrado a relação jurídica de prestação de cuidados de saúde com o doente.²¹ De acordo com determinada franja da doutrina, o instituto jurídico mais adequado a dar resposta aos litígios emergentes de erros médicos é o da responsabilidade civil extracontratual [“(...) a violação de obrigações jurídicas de saúde pode igualmente ser fonte de responsabilidade aquiliana ou extraobrigacional, uma vez que os direitos em causa (...) existem como *direitos absolutos* (...)].”²² Pelo contrário, existem outras posições doutrinárias, como a de Sinde Monteiro, que preconizam a responsabilidade civil contratual como sendo o instituto mais apropriado, quer se trate de uma instituição pública ou privada.²³

Qualquer serviço hospitalar deverá agir com zelo e diligência adequados à situação particular dos utentes a que se destina, sob pena de faltar culposamente a esse dever e por omissão dos seus agentes causar danos, tendo o respetivo hospital público de indemnizar, mediante o preenchimento dos respetivos pressupostos cumulativos,²⁴ quais sejam: facto voluntário, ilicitude, culpa (dolo ou negligência), prejuízo, nexo de causalidade entre o facto praticado ou omitido e o dano ou lesão concretamente sofrido pelo doente.

Por outro lado, tendo a natureza de *relação de serviço público*, o hospital público incorre em responsabilidade de natureza necessariamente extracontratual, pelo que tal estabelecimento público de prestação de cuidados de saúde responderá ao abrigo da Lei n.º67/2007,²⁵ sendo Portugal o Estado-Membro de tratamento. Da letra do preceito inscrito no n.º1, do artigo 11.º, da Lei n.º67/2007 consta: “O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de *atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos* (...).”

Preconizamos a posição segundo a qual a atividade médica é uma *atividade especialmente perigosa*, em virtude dos riscos anormais e especiais associados, das especificidades do próprio serviço e organização dos estabelecimentos de saúde, aliados à particularidade de cada organismo humano ou da própria doença, pelo que a responsabilidade médica originada pelos cuidados de saúde transfronteiriços deverá dispensar o pressuposto da “culpa”,²⁶ bastando a verificação da desconformidade objetiva dos cuidados de saúde com as normas clínicas e *leges artis ad hoc medicinae* e a relação entre o facto voluntário e a lesão sofrida.

Acolhemos a doutrina dominante que defende a tendência de objetivização da responsabilidade civil do Estado, traduzida na afirmação de Carla Amado Gomes,

²⁰ Neste sentido, cfr. Isa António, *A responsabilidade da Administração Pública por atos médicos*, cit., 87 e 88.

²¹ Neste sentido, cfr. Maria João Estorninho e e Tiago Macieirinha, *Direito da Saúde. Lições*, cit., 293 e 294.

²² *Idem*.

²³ Cfr. Nuno Pinto Oliveira, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p.142.

²⁴ Sobre os pressupostos da responsabilidade civil médica cfr. Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha. *Direito da Saúde. Lições*, cit., 295 a 302.

²⁵ Entretanto foi atualizada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho.

²⁶ Cfr. Carla Amado Gomes, *A responsabilidade civil extracontratual da Administração pelo risco: uma solução arriscada?*, in *Textos dispersos de direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Lisboa, 2010, 83 ss.

segundo a qual o regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de dezembro, concretizando o artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa, aponta para um modelo misto de responsabilidade da função administrativa, o qual, mantendo embora a via de responsabilização subjetiva, alarga consideravelmente a responsabilização objetiva e matiza bastante a primeira.²⁷

No que especialmente concerne à atividade médica em estabelecimentos públicos de prestação de serviços de saúde, a finalidade primacial é impelir ao bom cumprimento das *leges artis ad hoc medicinae* e uma conduta rigorosa, com a diligência do *critério do homem médio* prevista no artigo 487.º, n.º2, do Código Civil, o qual é igualmente adotado no âmbito da atividade administrativa.

Segundo o preceituado no artigo 4.º, n.º1, da Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto – que transpõe a Diretiva 2011/24/UE e a Diretiva de execução n.º 2012/52/UE²⁸ – os cuidados de saúde transfronteiriços são prestados de acordo com os princípios da universalidade, do acesso a cuidados de saúde de qualidade, da equidade e da solidariedade, em respeito pela *legislação nacional, normas sobre a qualidade e segurança do Estado-Membro de tratamento* e de acordo com a legislação da União Europeia relativamente a normas de segurança.

Por conseguinte, quando o Estado-Membro de tratamento é Portugal e seja causada lesão ou prejuízo patrimonial ou moral ao doente oriundo de outro Estado-Membro – em virtude de “erro médico” no âmbito de cuidados de saúde transfronteiriços com fundamento nas mencionadas diretivas –, aplicar-se-á o direito português com vista ao ressarcimento do doente. Será, pois, aplicável o regime jurídico de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, constante da Lei n.º67/2007, na modalidade de responsabilidade pelo risco, sem desprimir da aplicação da lei europeia por violação das regras de segurança associada aos cuidados médicos e dos princípios estruturantes de igualdade, não discriminação em razão da nacionalidade, e solidariedade, além dos direitos constantes na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Defendemos a aplicação da modalidade de responsabilidade civil do Estado *pelo risco*, na medida em que qualificamos a medicina – pela sua própria natureza e riscos associados, como explicámos – uma *atividade especialmente perigosa*, ficando assim o doente desonerado da prova da culpa.

4. Reflexão crítica sobre as fragilidades dos cuidados de saúde transfronteiriços

Consideramos o “direito à saúde” – ou seja, o seu acesso universal, em termos de qualidade e de equidade – um verdadeiro direito humano integrante e *conditio sine qua non* da própria cidadania.²⁹ A proteção jurídica reconhecida a este direito tem raiz universal e resulta do *espírito* da lei fundamental de todos os países do Ocidente Europeu, bem como da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Carta

²⁷ Neste sentido, cfr. Carla Amado Gomes, “Nota breve sobre a tendência de objetivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro”, in *Responsabilidade Civil do Estado*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, julho 2014, 83, acedido em janeiro de 2016: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade_Civil_Estado.pdf.

²⁸ Diretiva de execução n.º 2012/52/UE, da Comissão, de 20 de dezembro de 2012, relativa a medidas para facilitar o reconhecimento de receitas médicas emitidas noutro Estado-Membro.

²⁹ Cfr. Isa António, *As parcerias público-privadas no sector da saúde*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2015, 64 e seguintes.

das Nações Unidas, assim como da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.³⁰ Ora, a Diretiva 2011/24/UE vem refletir a preocupação dos Estados europeus com este direito humano e a possibilidade da sua violação.

De qualquer forma, impõe-se-nos proceder a uma reflexão crítica sobre as fragilidades dos cuidados de saúde transfronteiriços, desde logo pelos riscos de diversa ordem que acarretam. Por um lado, os Estados-Membros com melhores condições correm o risco de ser inundados com casos clínicos provindos de países onde o sistema de saúde não possui tanta qualidade e onde existem muitas listas de espera. Acresce que se pode assistir a um aumento do tempo de espera nos países de acolhimento dos doentes, nos quais inexistia ou era reduzido, associado a um agudizar dos problemas nos sistemas de saúde, devido a doentes oriundos de outros países.

Há o risco de incentivo ao “*health tourism*”, em virtude da indução da procura dos médicos/Estado-Membro de tratamento, ou seja, o risco de os hospitais tenderem a prescrever todo o tipo de tratamento – exames, práticas cirúrgicas ou outros atos médicos – de forma a aumentar a fatura do Estado de afiliação. No limite, os cuidados de saúde transfronteiriços podem vir a ser encarados pelos Estados-Membros como uma fonte de rendimento via “exportação de serviços médicos” ou forma de potenciar a economia nacional à semelhança do que sucede com o “turismo”.

Ademais, afigura-se-nos essencial o perigo de desincentivo à melhoria do sistema de saúde de vários Estados-Membros, por receio em se tornarem demasiado atrativos para os doentes. Representa igualmente fator de preocupação para os Estados-Membros a questão da sustentabilidade financeira dos respetivos sistemas de saúde e de segurança social, em virtude do aumento de custos com a saúde e consequente subida do défice público dos Estados-Membros de afiliação que terão de reembolsar os doentes.

Acresce, por outro lado, o perigo considerável de seleção adversa traduzida na eventual “recusa” e “discriminação” do doente mais caro e cuja patologia assegura “menor retorno” financeiro. A este risco associa-se um outro igualmente nocivo para o acesso universal e equitativo do doente à saúde: o da assimetria de informação entre os vários Estados-Membros no que concerne aos respetivos sistemas de saúde.

De todo o modo, a questão da responsabilidade médica de contornos transfronteiriços é, sem dúvida, a que levanta mais dúvidas, em função da dificuldade de assacar responsabilidade aos estabelecimentos de saúde nos quais se verifiquem “erros médicos”, seja por ação ou omissão. De resto, defendemos, como supra referido, a “responsabilidade objetiva” ou “fundada no risco” em sede de responsabilidade civil extracontratual dos Estados-Membros em matéria hospitalar ou por atos médicos, em função de ser muito difícil ao paciente provar a culpa e o nexo de causalidade exigido, atentas as especificidades da medicina. Preconizamos o entendimento segundo o qual, no âmbito da responsabilidade por “erros médicos” causados por cuidados de saúde transfronteiriços, a responsabilidade médica deverá assentar na «*présomption de faute*»,³¹ à semelhança do que sucede em França, mediante a inversão do ónus da prova a favor do doente.

Por tudo isso torna-se imperativa a implementação de uma forte regulação independente³² a nível supra-estadual, que fiscalize as questões relacionadas com a

³⁰ *Idem*, 17 e seguintes.

³¹ Cfr. Alfonso López de la Osa Escribano, *La convergence de la responsabilité hospitalière en France et en Espagne. cit.*, 232 e seguintes.

³² Assim, de modo mais desenvolvido, AAVV, *A Reforma do Sector da Saúde. Uma realidade iminente?*,

concorrência, com a atuação das entidades seguradoras e dos prestadores privados. Para obviar a este tipo de problema, seria útil a criação de fóruns de conciliação inter-estaduais em caso de litígio ou discordância sobre os termos da aplicação dos cuidados médicos aos seus cidadãos, ou sobre o “preço” aplicado num determinado caso. Pese embora existam tabelas pré-fixadas de preços é sempre possível a existência de dissonâncias sobre a aplicação dos mesmos ou interpretação sobre a necessidade de aplicação daquele específico ato médico ao doente.

Em virtude do exposto surge, a nosso ver, a necessidade de criar um centro de mediação europeu dedicado exclusivamente aos processos relacionados com responsabilidade médica ou outro tipo de litígios resultantes da prática dos cuidados de saúde transfronteiriços. Assume-se como *condição sine qua non* para o alcance dos desideratos da diretiva a articulação e diálogo entre a Comissão Europeia e/ou Entidade Reguladora da Saúde Europeia a ser criada e as entidades reguladoras nacionais com competência no sector da saúde.

A nosso ver, revela-se imperiosa a institucionalização de uma Alta Autoridade de Regulação e de Supervisão no “Sistema de Saúde Europeu”, ora harmonizado pela Diretiva 2011/24/EU (relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços) e a Diretiva de execução n.º 2012/52/UE, da Comissão, de 20 de dezembro de 2012 (relativa a medidas para facilitar o reconhecimento de receitas médicas emitidas noutra Estado-Membro).

Instituto e Direito Económico e Financeiro e Fiscal. Coimbra: Almedina, 2010, bem como, Rui Nunes. *Regulação da Saúde*, 3.ª edição, Vida Económica, Porto, 2014.