

A MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NO DIREITO DA SAÚDE

Pedro Madeira de Brito

O conceito de Direito da Saúde

- A definição e o âmbito de direito da saúde tem contornos não muito precisos (Proposta de definição do Prof. Sérvulo Correia, Mestre Cláudia Monge, Prof.^a Maria João Estorninho e Mestre Tiago Macieirinha).
- Aspectos a ponderar na definição:
 - Tem por objeto direto ou indireto a saúde humana e não necessariamente envolvendo uma relação jurídica; opção pelo conceito de situação jurídica;
 - É um sistema de normas que tem princípios jurídicos próprios com aptidão para a solução de casos concretos;
 - É um direito que atravessa situações jurídicas de direito privado e público

Proposta de definição de Direito da Saúde

- Sistema de normas que disciplina as situações jurídicas relativas à saúde da pessoa humana.
- O direito da saúde tem 3 grandes áreas regulativas:
 - A área regulativa das prestações de saúde, incluindo a saúde pública e o medicamento;
 - A área regulativa das organizações de saúde (públicas e privadas);
 - A área regulativa dos profissionais de saúde.

As dificuldades específicas dos meios alternativos de resolução de litígios no Direito da Saúde: a divisão direito público privado

- O Direito da Saúde concita outros ramos do direito a intervir sobre uma mesma situação jurídica.
 - O Direito da Saúde é constituído por blocos normativos de direito público e de direito privado que devem ser atribuídos a uma e outra área, mas igualmente de zonas de indiferença da *summa divisio* entre direito público e privado.
 - Existem elementos unificadores da disciplina jurídica e os seus institutos próprios numa relação de direito comum direito especial com cada uma das áreas identificadas.
 - Estes aspetos colocam a questão do direito instrumental para a resolução dos referidos litígios.

As dificuldades comuns a qualquer forma de resolução de litígios no Direito da Saúde: tecnicidade e incerteza da intervenção na saúde humana

- O Direito da Saúde envolve conhecimentos técnicos de ramos do saber como a Medicina, a farmacologia que tem um elevado grau de complexidade.
- O conhecimento sobre questões da saúde humana envolve um elevado grau de incerteza, mas igualmente de evolução permanente que podem questionar as evidências científicas em cada momento.

Mediação e arbitragem na área da saúde

- Os litígios no Direito da Saúde são suscetíveis de mediação e arbitragem, com ressalva dos direitos indisponíveis ou respeitantes a negócios jurídicos ilícitos
 - artigo 1.º da Lei n.º 63/2011, 14 de dezembro, (Lei da Arbitragem Voluntária),
 - artigo 11.º da Lei n. 29/2013, de 19 de abril (Lei da Mediação)
 - artigo 180 a 187.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Pode ainda haver Mediação na área penal

Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, (Cria um regime de mediação penal) para determinados crimes com moldura penal inferior a 5 anos

Previsão específica na área da saúde de Mediação e arbitragem (DL n.º 126/2014, de 22 de Agosto – Lei Entidade Reguladora da Saúde)

Artigo 28.º

Resolução de conflitos

- 1 — A pedido ou com o consentimento das partes, a ERS pode intervir na mediação ou conciliação de conflitos entre estabelecimentos do SNS ou entre os mesmos e prestadores do setor privado e social ou ainda no âmbito de contratos de concessão, de parceria público-privada, de convenção ou de relações contratuais afins no setor da saúde, ou ainda entre prestadores de cuidados de saúde e utentes.
- 2 — As condições e requisitos para submissão de conflitos ou litígios referidos no número anterior a mediação ou conciliação são definidos por regulamento da ERS.
- 3 — Quando a mediação ou conciliação de conflitos referidos no número anterior possa interferir com o exercício dos poderes de supervisão legalmente definidos, a ERS pode recusar a intervenção prevista no n.º 1.
- 4 — A ERS deve assegurar que os procedimentos adotados nos termos do presente artigo são decididos no prazo máximo de 90 dias a contar da data da receção do pedido, podendo este prazo ser prorrogado por igual período quando a ERS necessitar de informações complementares, ou, ainda, por um período superior mediante acordo com entre as partes.

Artigo 29.º

Arbitragem

- Sem prejuízo do disposto artigo anterior, a ERS pode celebrar protocolos com centros de arbitragem institucionalizada existentes, definindo nesse protocolo o eventual apoio logístico e técnico que entenda conveniente a prestar para o efeito.

Resolução de conflitos da Saúde na ERS

- As entidades reguladoras, como é o caso da ERS, têm vindo a adotar mecanismos institucionais de medição e conciliação
- São suscetíveis de conciliação e mediação na ERS:
 - conflitos entre estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde (SNS)
 - Conflitos entre estabelecimentos do SNS e estabelecimentos privados;
 - Conflitos no âmbito de contratos de concessão, de parceria público-privada, de convenção ou de relações contratuais afins no setor da saúde
 - Conflitos entre prestadores de cuidados de saúde e utentes

Mediação nas organizações de saúde: a sua complexidade

- As organizações de saúde são muito complexas:
 - As prestações de saúde na normalidade dos casos envolvem pessoas num estado de debilidade, diminuição psicológica e com frequência perante situações de morte: são por isso um “espaço de alto conteúdo emocional”;
 - As decisões de gestão que se tomam tem implicações sobre a saúde e vida dos doentes e como tal podem ser tomadas com pressupostos de urgência e risco;
 - As relações entre profissionais de saúde e os utentes revestem especificidades que passam pelo consentimento informado ou o sigilo;
 - As prestações de saúde realizadas envolvem técnicas e tecnologias com um elevado grau de tecnicidade;
 - A realização de prestações de saúde envolve uma interdependência muito grande entre todos os profissionais da organização.

Mediação nas organizações de saúde: tipos de mediação

- Mediação formal: com um profissional de mediação e que realiza um processo formal de mediação dos litígios mediáveis, com recurso aos princípios da mediação.

- Mediação informal: elemento da organização institucional que realiza tarefas de mediação e conciliação sem que sejam observados os princípios da mediação ou um procedimento de mediação com regras predefinidas. (ex: provedor do utente nos hospitais em regime de parceria público privada)

Tipos de conflitos que podem ser submetidos à mediação no âmbito das organizações de saúde

- Conflitos internos (representam cerca de 2/3 dos conflitos):
 - Conflitos individual de natureza profissional
 - Conflitos coletivos (entre os prestadores e a organização, intragrupal e intergrupar)
 - Conflitos transversais à estrutural organizacional (opõe grupos de pessoas com base em vínculos de pertença)
- Conflitos externos (representam cerca de 1/3 dos conflitos):
 - Conflitos referentes à qualidade dos serviços;
 - Conflitos relativos às prestações de saúde que possam originar situações de responsabilidade civil.

Soluções para os conflitos nas organizações de saúde (notas de direito comparado)

- Em 1981 em França deu-se início à mediação em saúde através da criação do mediador médico que visava dar informação e resolver problemas que pudessem envolver responsabilidade médica;
- Atualmente o Code de Santé Publique (artigo R1142-5 da Parte Regulamentar prevê a “Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales»)
- Em Espanha tem-se generalizado o recurso a sistemas de mediação institucionalizada para a área da Saúde (ex: Catalunha com a criação Unidades de Mediación Sanitaria)
- Na Alemanha, foram criadas as denominadas Comissões de Peritos (*Gutachtenkommissionen*) e/ ou os Postos de Mediação (*Schlichtungstellen*) que constituem meios extrajudiciais de resolução do conflito, sendo as comissões compostas por médicos e juristas.

Soluções para os conflitos nas organizações de saúde (notas de direito comparado)

- Em Inglaterra, como alternativa ao recurso à via judicial, foi criado para processos cujos danos demandados são inferiores a £ 20.000 um processo consensual e voluntário, dirigido pelo *NHS Litigation Authority*
- No Chile, o Regime geral de garantias de saúde (Lei 19.666 de 2005) previu um sistema de mediação prévio obrigatório antes do recurso aos tribunais em casos de violação das garantias dos utentes.

A mediação de saúde em Portugal

- Como o nosso sistema de saúde é do tipo Serviço Nacional de Saúde em que a titularidade dos meios de prestação pertence ao setor público afigura-se que a solução poderia passar pela criação de um sistema público de mediação especializado (à semelhança dos criados de família, laboral e penal) Artigo 30.º a 33.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril (Lei da Mediação)
- O sistema público de mediação especializado deveria poder resolver todos os tipos de conflitos que emergem das organizações de saúde (disciplinar, cível, penal e profissional): este o grande desafio deste tipo de mediação

Vantagens do sistema de mediação no Direito da Saúde em especial nas organizações de saúde

- Diminui custos com os conflitos;
- Cria especialização da resolução de conflitos através formação de mediadores com conhecimentos técnicos para a resolução dos litígios;
- Melhora o clima e as condições de trabalho nomeadamente o trabalho em grupo e em equipa;
- Melhora o funcionamento das organizações de saúde;
- Contribui para o aumento do conhecimento técnico das organizações de saúde.