



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Coordenação: GUILHERME DE OLIVEIRA

Títulos publicados:

- 1 — *Temas de Direito da Medicina* — Guilherme de Oliveira; 2 edições, 1999 e 2005.
- 2 — *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo* — AA.VV., 2000.
- 3 — *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)* — João Vaz Rodrigues, 2001.
- 4 — *Patentes de Genes Humanos?* — J. P. Remédio Marques e Conselho Dinamarquês de Ética, 2001.
- 5 — *O Direito Geral de Personalidade e a "Solução do Dissentimento" (Ensaio sobre um caso de "Constitucionalização" do Direito Civil)* — Nuno Manuel Pinto Oliveira, 2002.
- 6 — *Direito da Medicina — I (Consentimento Informado — Pedra angular da Responsabilidade Criminal do médico; A violência na sua interface jurídico-psiQUIÁTRICA; Responsabilidade Médica Disciplinar no Serviço Nacional de Saúde)* — AA.VV., 2002.
- 7 — *Responsabilidade Civil Extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à justiça administrativa* — Ana Raquel Gonçalves Moniz, 2003.
- 8 — *Ensaio Clínicos* — Jeovanna Viana Alves, 2003.
- 9 — *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente — Estudo de Direito Civil* — André Gonçalo Dias Pereira, 2004.

GUILHERME DE OLIVEIRA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

TEMAS DE DIREITO DA MEDICINA

2.^a Edição Aumentada



COIMBRA EDITORA

2005

faz uso de embriões, quer no momento em que vier a produzir embriões excedentários para obter embriões haploidênticos.

Este projecto, no entanto, suscita apreensões legítimas, na medida em que esta particular aplicação do DGP terá por consequência necessária a produção de embriões excedentários. Por outro lado, a procura de um irmão “à medida” pode ser entendida por uns como uma instrumentalização, e degradação, da pessoa; outros, pelo contrário, chamarão a isso solidariedade familiar e um motivo de orgulho ⁽¹⁵⁾.

Maio de 2003

⁽¹⁵⁾ Esta discussão ética tem sido travada, recentemente, no Reino Unido, a propósito do caso Hashmi. O casal Hashmi tem um filho com seis anos que sofre de Beta Talassémia e precisa de uma transfusão de sangue com células estaminais capazes de regenerar a sua medula óssea, que não consegue produzir hemoglobina e glóbulos vermelhos suficientes. O sucesso da intervenção supõe que o dador seja compatível, mas é difícil encontrar um. O casal quer produzir embriões, por fertilização *in vitro*, até encontrar aquele que seja perfeitamente compatível para o efeito desejado. Em 2001, a Autoridade que regula os procedimentos de procriação medicamente assistida (HFEA) deu a licença pedida. Mas, logo a seguir, o grupo de opinião CORE recorreu ao tribunal para que este impedisse o processo, com os argumentos de que não se pode abrir a porta à pretensão de ter filhos com esta ou aquela característica; e de que uma criança não pode ser produzida com a intenção de servir o interesse de outra pessoa. O casal, porém, recorreu desta decisão e obteve uma sentença que o autoriza a prosseguir. As razões para esta nova decisão ainda não foram apresentadas, mas pode supor-se que elas se baseiem na ideia de que não há qualquer prova de que a criança que venha nascer fique diminuída na sua dignidade pelo facto de ter sido concebida na previsão de poder vir a salvar a vida do irmão; por outro lado, a produção de embriões excedentários não parece perturbar o Reino Unido, já que a maioria (70%) dos inquiridos numa sondagem recente afirmou que é aceitável destruir embriões se se tiver a intenção de tratar doenças graves (JULIET TIZZARD — *A tissue-matched baby: what's wrong with that?* BioNews, n.º 203, 14/4/2003, em <http://www.progress.org.uk/News>).

RECENSÃO DE JOSÉ FRAGATA E LUÍS MARTINS
— O ERRO EM MEDICINA. PERSPECTIVA
DO INDIVÍDUO, DA ORGANIZAÇÃO
E DA SOCIEDADE, COIMBRA, ALMEDINA, 2004

A — 1. “A terra tapa os erros dos médicos”, diz o provérbio antigo. Mas os autores resolveram trazer para a luz do dia o problema do *dano iatrogénico* — o dano que as pessoas sofrem no âmbito dos cuidados médicos e que não resulta da sua doença.

José Fragata é um cirurgião cardíaco experiente, com uma carreira académica completa; Luís Martins, docente no ISCTE, é um especialista em organizações, com uma formação aprofundada e diversificada em engenharia, sociologia e gestão.

Aparentemente, um médico chega para escrever sobre o “Erro em Medicina”. Qualquer potencial leitor afirmaria isto, se estivesse enfeudado — como estamos quase todos — à concepção tradicional de erro médico: o médico demasiado ignorante, ou desatento, falha rotundamente a intervenção e provoca um dano; o doente fica pior do que estava. Eis o erro médico... e não se percebe o que é que vem fazer aqui o gestor de organizações.

Os autores pretenderam, justamente, alterar esta concepção, sublinhando as especificidades contemporâneas da prática médica e da emergência do erro. E são estas especificidades que justificam amplamente a presença do gestor de organizações.

2. O movimento internacional no sentido de fazer uma nova “anatomia do erro” (subtítulo do capítulo III) começou com estu-

dos de campo realizados em Harvard, em 1991 e 1992, envolvendo a análise de registos clínicos de 30.000 doentes; seguiram-se outros estudos na Austrália, Utah e Colorado, e no Reino Unido. Esta maneira de abordar a incidência e as causas do erro em medicina vieram a culminar com a publicação de um relatório do Instituto de Medicina norte-americano (1). Segundo este relatório, morrem todos os anos entre 44.000 e 98.000 pessoas, nos EUA, em consequência de erros cometidos durante o tratamento; isto significa que morrem mais pessoas por esta razão do que por acidentes de viação, SIDA ou cancro da mama.

Apesar de os números exactos serem discutíveis (2), o certo é que o relatório teve um grande impacto e começaram a montar-se estruturas administrativas e procedimentos no sentido de se reduzir em 50% a incidência do erro, no prazo de cinco anos (3).

Por outro lado, segundo um estudo espanhol, de 1998, sobre relatórios de autópsias, em 26% de casos havia discrepância entre o relatório e o diagnóstico clínico; e em 44% dos casos o diagnóstico estava incompleto, porque omitia patologias graves que se registavam no relatório da autópsia (p. 32).

Este livro de José Fragata e Luís Martins insere-se neste movimento amplo de combate ao erro médico — um combate que, como veremos, envolve muitas profissões para além da Medicina. Envolve claramente os juristas, porque a emergência de um erro concita a aplicação de um conjunto vasto de regras jurídicas sobre responsabilidade profissional; estas regras, por sua vez, serão mais ou menos agressivas para os médicos, e o modo como estiverem delineadas e como forem aplicadas pelas instâncias jurídicas pode determinar um ambiente mais ou menos favorável para

(1) KOHN; CORRIGAN; DONALDSON, *To err is human. Building a safer health system*. Washington DC, National Academy Press, 2000, pp. 26-35. As informações estatísticas encontram-se, sobretudo, nas pp. 26-35.

(2) MERRY, A. e McCALL SMITH, A., *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 1.

(3) *To err is human...*, p. 4.

as estratégias de eliminação do erro, como veremos na segunda parte desta recensão.

3. Em face de um erro, a perspectiva tradicional procura descobrir a identidade do agente que falhou, as razões próximas que o levaram a errar e os meios técnicos indicados para remediar o dano; em consequência, censura e pune o infractor.

A persistência do modelo tradicional é tanto mais firme quanto mais as unidades de saúde são afectadas pela *síndrome do sistema vulnerável*, de REASON (p. 126) — onde se sente mais nitidamente uma adesão completa à cultura da culpabilização individual, uma tendência para a negação dos acidentes e um sentido da falsa excelência. Em face de uma ocorrência adversa, estas organizações tentam encontrar um culpado que possa arcar com a responsabilidade, procuram deixar de falar no assunto rapidamente e comprazem-se com pequenas vitórias estatísticas relativamente a outras instituições. Abdicando de uma análise mais profunda dos eventos adversos, elas perdem sistematicamente as oportunidades para avaliar o funcionamento do sistema e para o redesenhar no sentido da segurança.

4. A perspectiva contemporânea, em face de um erro, não se contenta com isto. Procura descobrir as razões mais fundas que podem ter levado o agente a errar — razões que se encontram no desenho dos edifícios, no volume de recursos disponíveis, no desenho dos procedimentos, na administração, etc. “Os acidentes resultam quase sempre, não de um acto isolado, mas de uma sucessão de ocorrências que se alinham para provocar o acidente final” (p. 67); os autores lembram como a colisão do *Titanic* foi um erro que resultou não só da confiança excessiva de que o barco era inafundável, mas também das circunstâncias menores de o comandante não estar no seu posto, de não haver binóculos disponíveis, de ter sido desvalorizado o anúncio da existência de *icebergs*, de não ter sido reduzida a velocidade, etc. Quando uma trajectória de erro se alinha devido à infeliz coincidência de actos

pouco seguros e de falhas latentes no sistema, e sempre que as defesas pré-estabelecidas não conseguem barrar a trajectória do acidente, este acontece” (p. 68) segundo o conhecido *modelo do queijo-suíço*: a trajectória consegue passar por todos os buracos do queijo, que se alinham de um modo favorável à produção do acidente.

Esta atitude de análise aprofundada dos acidentes ocorrido no quadro de organizações complexas costuma basear-se na obra fundamental de CHARLES PERROW (4). Segundo o autor, as organizações que são compostas de muitos factores, e em que os factores estão intimamente ligados uns aos outros, de tal modo que a falha produzida num deles se repercute necessariamente nos outros de uma forma rápida, inesperada e por vezes invisível, tem por consequência que uma pequena falha pode produzir um acidente enorme; por outro lado, a verificação de pequenas falhas parece inevitável. Assim, lamentavelmente, estes desastres são próprios dos sistemas sofisticados que temos construído, como as centrais de energia nuclear ou os vai-e-vem espaciais; temos, por isso, de considerar os acidentes como “normais”, inevitáveis, como um preço adicional a pagar pelos sucessos atingidos.

Outros autores mais recentes vieram a qualificar os modernos sistemas de saúde como sistemas complexos e com uma ligação intensa de factores (5). Sendo assim, podemos sempre esperar que alguns factores falhem e interajam de modos insuspeitados, que o factor humano também claudique e, para além de não poder remediar os danos, ainda os agrave por força da natureza opaca das interacções que se vão produzindo.

É neste contexto teórico que a moderna análise do erro em medicina — e as estratégias para a sua diminuição — partem do princípio de que não adianta apenas censurar um agente concreto

(4) *Normal Accidents, Living with high-risk Technologies*. Princeton, Princeton University Press, 1984.

(5) *Idem*, p. 60.

que actuou mal no fim da linha. Não adianta punir “o homem da pistola fumegante” (6) que acabou por fazer o disparo fatal... Esta atitude é adequada para o controlo de sistemas simples, mas não serve para estes sistemas complexos. Na prática clínica moderna, só tem sentido levar a análise até ao conjunto dos factores que podem ter estado a interagir no sentido do erro, com o objectivo de se procurar eliminar as deficiências do sistema que impelem os agentes a errar; se não se fizer assim, os erros vão continuar a ser praticados por qualquer indivíduo concreto que se encontre nas condições do primeiro. Errar é humano, e não se pode mudar a condição humana — sempre haverá irresponsáveis e desatentos. Mas pode mudar-se as condições de trabalho de tal modo que se reduzam as falhas humanas ou as suas consequências.

5. Os autores propugnam a introdução desta cultura diferente, que quer analisar permanentemente o sistema. Em vez da desvalorização ou da análise superficial dos erros, ela assenta sobre a ideia de que os erros são o melhor caminho para aperfeiçoar a organização.

Esta análise implica um conhecimento obsessivo de todas as ocorrências relevantes, quer as que evoluíram até à ocorrência de um dano, quer as que por acaso ou por intervenção técnica não chegaram tão longe.

Uma das recomendações mais claras do Instituto de Medicina, em 2000, foi a generalização do *relatório sistemático dos incidentes* (Recomendação 5.1 e 5.2) (7). Pensa-se que esta prática sistemática do *reporting* é uma condição indispensável para a avaliação dos sistemas, no sentido de compreender as causas dos erros e de elaborar as soluções adequadas. A preocupação óbvia que imediatamente se levanta é a de saber como se pode garan-

(6) MERRY, A. e MCCALL SMITH, A., *Errors...*, p. 14.

(7) *To err is human...*, p. 9.

tir aos profissionais que as declarações que fizerem não vão ser usadas contra si próprios, no quadro da responsabilidade profissional — segundo os autores, impõe-se que “se desculpabilizem os erros” (p. 128). Este passo, seguramente, é o mais delicado da proposta, como veremos mais adiante.

Propõe-se, ainda no mesmo sentido, a prática alargada de auditorias aos serviços e aos profissionais, e também a revisão periódica dos protocolos, das normas de segurança e dos programas de treino.

6. Chegados a este ponto, e conhecedores dos défices do sistema de saúde português, os autores desenvolvem um capítulo (pp. 149 e segs.) sobre os instrumentos de busca da qualidade técnica (a adequada prestação de cuidados de saúde) e da qualidade funcional (o modo como os cuidados chegam ao doente e o modo como o doente encara isso). Trata-se de um conjunto de boas práticas tendente a minorar as condições de emergência do erro. Sublinho dois tópicos expressos neste capítulo.

O primeiro refere-se a algumas transformações contemporâneas que aumentaram a complexidade da prática clínica, enquanto sistema organizado. Estas transformações são a prevalência das doenças crónicas, que mantêm as pessoas em contacto repetido e intenso com os serviços, enquanto os profissionais estavam habituados a fazer contactos esporádicos com doentes graves; a entrada súbita de aparelhos técnicos difíceis no ambiente de trabalho; a necessidade de conjugar técnicos de várias especialidades à volta do mesmo doente. Estas modificações, que impuseram o conceito de *gestão da trajectória da doença*, exigem capacidades de coordenação, de comunicação e de resposta perante o inesperado, que excedem a preparação das organizações. O que significa, naturalmente, contactos mais intensos e difíceis com os doentes, e maiores oportunidades de erro.

O segundo tópico pretende mostrar que a qualidade técnica não esgota a noção de qualidade — é preciso elevar os padrões de *qualidade funcional*, isto é, do modo como se faz chegar o serviço

ao doente e do modo como ele encara o serviço. Esta noção de qualidade funcional faz lembrar o que escreveu BARROS VELOSO⁽⁸⁾ quando conta como alguns doentes, mal tratados do ponto de vista técnico, saíam do hospital e mandavam publicar agradecimentos, nos jornais, às equipas que os tinham atendido... A noção de qualidade funcional interessa-me, principalmente, enquanto permite dar importância à prática do consentimento informado. Voltarei adiante a este assunto.

O capítulo encerra com a discussão sobre o valor e os requisitos do trabalho em equipa.

O livro dedica-se, também, a analisar a legitimidade e as condições em que se podem introduzir novos dispositivos médicos ou novos procedimentos cirúrgicos; e as condições em que pode fazer o treino de jovens cirurgiões (pp. 255 e segs.).

Por fim, os autores recomendam as atitudes práticas mais convenientes, em face de um doente, para lidar com um erro.

7. Para além do texto principal, o livro contém um depoimento da jornalista CLÁUDIA BORGES, denunciando a falta de comunicação rigorosa e desapaixonada entre as unidades de saúde e os meios de comunicação, que parece ser a principal causa das distorções e injustiças que as notícias acabam por encerrar.

Acrescenta-se também uma colaboração de DANIEL PROENÇA DE CARVALHO sobre “o erro médico na perspectiva do jurista”. O autor faz uma apresentação clássica dos regimes de responsabilidade civil e criminal dos médicos, propositadamente simplificada para não-juristas.

Não posso acompanhar a exposição em dois pontos.

Em primeiro lugar, creio que a protecção do valor da autodeterminação, no nosso código penal, vai ao ponto de se sobrepor à protecção do valor da vida. Isto resulta dos termos amplos do art. 156.º, que exige o consentimento informado prévio; e sobre-

(8) *Medicina. A Arte e o Ofício*, Lisboa, Gradiva, 2000, pp. 142-3.

tudo do n.º 2 deste artigo, parte final, que inibe o médico de alargar a intervenção que pode salvar a vida desde que se verifiquem “circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”; se o doente não queria o tratamento, este não pode ser feito ⁽⁹⁾. Assim, não pode afirmar-se que a necessidade do consentimento prévio está reservada para os casos de tratamentos “não absolutamente necessários à preservação da vida e da saúde, designadamente tratamentos com objectivos de experimentação” (p. 304).

Em segundo lugar, adiro à ideia de que o regime do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, não foi afectado pela entrada em vigor do art. 22.º da Constituição da República e, portanto, o pedido de indemnização deve ser formulado apenas contra a unidade de saúde que, por sua vez, terá direito de regresso apenas quando o médico tiver agido com zelo manifestamente inferior ao que se era exigido; excepto no caso de dolo ⁽¹⁰⁾.

B — 1. Resta saber se o enquadramento jurídico da prática clínica cria um ambiente favorável para as mudanças que os autores pretendem encetar no nosso país, alinhando com os esforços que outros países estão a desenvolver.

Lamentavelmente, creio que o Direito vigente e a prática judicial vão erguer obstáculos ponderosos a qualquer projecto de mudança no sentido da diminuição do erro em Medicina.

⁽⁹⁾ Também, neste sentido, M. DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 386 e 391.

⁽¹⁰⁾ Adiro, pois, à doutrina de SINDE MONTEIRO, expressa em *Aspectos particulares da responsabilidade médica*, in «Direito da Saúde e Bioética», Lisboa, Lex, 1991, pp. 133-152, e não à ideia defendida por FREITAS DO AMARAL em *Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, in *ob. cit.*, pp. 121-131, segundo a qual a unidade de saúde e o médico responderiam solidariamente sempre que o médico tivesse praticado um acto ilícito e culposo, provocador de um dano a outrem.

O que resulta deste livro, e dos textos estrangeiros congéneres, é a exaltação de uma cultura de segurança, assente na análise profunda do sistema em que se integram os actos médicos individuais. Esta análise, por sua vez, só é possível através do relatório sistemático de todos os factos que conduziram a acidentes ou tiveram o potencial para desencadear danos (*reporting*); o relatório sistemático, no entanto, pressupõe uma cultura de “desculpabilização” — como dizem os autores (p. 128) — ou de desvalorização da censura individual. Em face de qualquer gesto clínico menos seguro, o que importa é conhecer rigorosamente o que se passou, confrontar o caso com todos os casos idênticos e tirar conclusões úteis para o redesenho dos procedimentos; importa pouco, na maioria dos casos, quem praticou o acto visível, que produziu os danos.

Porém, o sistema jurídico português de responsabilidade profissional — que se aplica à actividade médica — é um sistema baseado na censura individual, no juízo de culpa; interessa-se principalmente pelo facto danoso, encarado com autonomia, e pelo agente que o pratica. O sistema acredita que cada indivíduo actua livremente e auto-determina-se; em último termo escolhe praticar o acto danoso e deve ser punido por isso.

É certo que o nosso sistema de responsabilidade subjectiva contém alguns meios destinados a avaliar o contexto em que o acto ou a omissão ilícitos ocorreram, para diminuir a pena ou a indemnização, ou mesmo excluí-la. De facto, o sistema não pune um médico que actuou dentro dos limites do risco permitido, ou em situação de estado de necessidade, ou com o propósito de respeitar um valor superior àquele que sacrificou, ou ainda no quadro de um conflito de deveres; diminui a culpa daquele que agiu sob a pressão de condições adversas; reduz ou exclui a indemnização devida, no caso de “mera culpa”, por motivos de equidade. Além disto, o regime de responsabilidade civil em unidades públicas poupa o médico à condição de réu (a acção deve ser proposta contra a unidade de saúde) e poupa-o ao direito de regresso em favor da unidade se a negligência do

agente não tiver sido “manifestamente inferior” ao que era exigível⁽¹¹⁾.

Apesar de tudo, o regime jurídico da responsabilidade médica continua a ser um regime de responsabilidade *subjectiva*, assente num juízo de censura individualizada sobre o agente concreto que praticou o facto que se encontra numa relação de causalidade com o dano. Este enquadramento jurídico não é conveniente para quem deseja uma avaliação objectiva da prática clínica, assente na confissão espontânea de todos os incidentes sem receio de responsabilização individual⁽¹²⁾; para quem pretende que muitos dos pequenos erros — frequentes e inevitáveis no âmbito de um sistema complexo — nem devam ser punidos.

Deve ter-se em conta, por outro lado, que a casuística de responsabilidade médica, em Portugal, ainda é muito baixa. Se é certo que os médicos já se preocupam bastante com a exposição pública da sua actividade, também é certo que a exposição tem ficado a cargo dos meios de comunicação — não dos tribunais. Mas creio que esta realidade está a mudar. Há notícia de que se vêm multiplicando as queixas, em todas as instâncias — Ordem dos Médicos, Inspeção-Geral de Saúde, Ministério Público. É de esperar que um volume de processos muito superior ao actual comece a chegar aos tribunais; e apesar da fraca taxa de sucesso das acções de responsabilidade médica, o número de médicos condenados vai aumentar. E tem mesmo de aumentar. De facto, a literatura estrangeira mostra que o número de pacientes que sofre danos e que vê estes danos reparados é muito baixo, mesmo nos E.U.A.; ora, se isto é assim em países que exibem uma casuística elevada, o que dizer da realidade portuguesa? Supondo que os cuidados de saúde são tão bons como os desses países, e que a incidência dos danos iatrogénicos é semelhante, só pode

⁽¹¹⁾ Segundo a doutrina que prefiro; cfr. a nota anterior.

⁽¹²⁾ Também nesta linha Rui CASÇÃO, *A responsabilidade civil e a segurança sanitária*, in «Lex Medicinæ», ano 1, n.º 1, 2004, Centro de Direito Biomédico/Coimbra Editora, p. 103.

concluir-se que, em Portugal, a taxa de reparação dos danos causados por erros é baixíssima e tem de aumentar.

Dito por outras palavras: o que podemos esperar imediatamente, ou num futuro próximo, é o aumento da conflitualidade entre os pacientes e os médicos; e este ambiente de confrontação constituirá um obstáculo ponderoso ao *reporting* sistemático dos incidentes e dos danos que são diariamente produzidos nas unidades de saúde. Na verdade — como se afirmava no relatório do Instituto de Medicina norte-americano — “os médicos e outros prestadores podem ser cautelosos no fornecimento de informação que pode vir a ser usada contra si. (...) o alto nível de litigiosidade pode ser um factor importante de dissuasão relativamente aos sistemas de *reporting* sistemático(...)”⁽¹³⁾.

Assim, há boas razões para crer que o sistema jurídico português, tal como está, vai ser usado mais frequentemente, e vai ser usado de uma forma agressiva para os médicos, de tal forma que vai dissuadi-los de participar de um modo eficiente no combate ao erro.

2. Serão concebíveis modificações no sistema português, para que este cumpra as suas finalidades sem constituir um entrave ao desenvolvimento das avaliações dos sistemas e às metanálises dos erros?

O aumento necessário — e creio que inevitável — da responsabilidade civil, em ordem à justa reparação dos danos⁽¹⁴⁾, é o desenvolvimento mais problemático a que vamos assistir.

⁽¹³⁾ *To err is human...*, pp. 109-110.

⁽¹⁴⁾ BRENNAN, Troyen, *et. al.*, *Relation between negligent adverse events and the outcomes of medical-malpractice litigation*, The New England Journal of Medicine, number 26, 1996, p. 1963; VINCENT, Charles; YOUNG, Magi; PHILLIPS, Angela — *Why do people sue doctors? A study of patients and relatives taking legal action*, The Lancet, vol. 343, 1994, p. 1613; MERRY, A.; MCCALL SMITH, A., *Errors...*, p. 212; MASON; MCCALL SMITH, *Law and Medical Ethics*, fifth ed., Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 1999, p. 222.

Seria muito recomendável que o sistema passasse a cumprir a sua finalidade básica de reparação — mas de um modo que não acrescentasse a conflitualidade entre os pacientes e os médicos.

Um dos caminhos possíveis já está a ser tentado nos E.U.A. Na verdade, o poder legislativo federal norte-americano, em 22 de Julho de 2004, aprovou uma lei que proíbe a utilização das informações reportadas pelos médicos em qualquer processo judicial. Esta nova lei — sugerida pelo Instituto de Medicina, em 2000 (Recomendação 6.1) — visa encorajar a prática essencial do *reporting*. De acordo com o que se pode entender a partir dos escassos textos disponíveis, as informações sobre incidentes deverão ser reportadas para certas entidades, no sentido de alimentar uma base nacional; os dados assim fornecidos só poderão ser utilizados com o propósito de melhorar a segurança do sistema de prestação de cuidados e, por isso, não poderão ser requisitados para utilização em tribunais ou em instâncias disciplinares. O regime assenta sobre a noção de “dado de segurança”, de tal modo que a confidencialidade garantida só vale para as informações fornecidas com o propósito de alimentar as bases destinadas a melhorar a segurança e evitar o erro médico. Assim, não beneficiam desta confidencialidade todas as informações que os médicos registam, tradicionalmente, e que, *grosso modo*, constituem o processo clínico do doente.

Como se vê, o sistema pretende garantir aos profissionais de saúde que as informações fornecidas com o propósito específico da melhoria da segurança, no quadro institucional definido para este efeito, não serão usadas contra si, mais tarde; mas sem prejudicar o direito de acesso dos pacientes à informação registada nos lugares próprios, no quadro da assistência médica habitual.

A lei nova suscita algumas dificuldades. Nomeadamente, a noção de “dado de segurança” parece carecer de especificações, sob pena de caber dentro desta noção um conjunto de dados que outras leis regulam e para os quais impõem publicidade — como dados

relativos a infecções hospitalares⁽¹⁵⁾. E, naturalmente, é necessário esperar pela aplicação da lei para se ver como se conjuga, na realidade, o direito do doente a uma informação ampla, por um lado, e a confidencialidade que parece ser exigida pelo sistema de redução do erro médico.

Julgo que valeria a pena acompanhar esta nova realidade norte-americana, para tentar seguir o mesmo caminho em Portugal. Ou a confidencialidade garantida àqueles específicos relatórios médicos, destinados a alimentar a base de dados relativos à melhoria da qualidade, seria considerada ofensiva do princípio da colaboração para a descoberta da verdade, ao impedir-se os particulares, e mesmo os tribunais, de solicitar qualquer informação pertinente para o julgamento de uma causa?

3. O caminho mais indicado para, simultaneamente, conseguir uma reparação mais extensa dos danos e criar um ambiente pacífico entre os pacientes e os médicos, parecer ser o da responsabilidade *objectiva*, também conhecido pelo sistema *no-fault*. A ideia geral que preside a este tipo de sistema indemnizatório consiste numa reparação rápida, de valores controlados, atribuída por uma comissão acreditada para o efeito, sem necessidade de apuramento da culpa e sem recurso ao tribunal. Salvas as excepções consideradas nos sistemas que seguem esta via, em princípio há lugar a indemnização sempre que o doente saiu do sistema pior do que quando entrou, por causa de uma intervenção ou de uma omissão técnica.

Seguem esta via, pelo menos, a Nova Zelândia, a Suécia, a Finlândia, a Dinamarca, a Islândia, também a Áustria e, de certo modo, a França⁽¹⁶⁾. Muitas vezes, nos E.U.A., advogam também este sistema.

⁽¹⁵⁾ Consumers Reports, *Patient Safety and Quality Improvement Act* (S. 720 and HR 663).

⁽¹⁶⁾ Rui CASCÃO, *A responsabilidade civil...*, p. 103.

O sistema indemnizatório sem culpa costuma ser objecto de duas críticas: por um lado, é um sistema caro; por lado, desresponsabiliza os médicos, cientes de que ficam livres dos tribunais, da censura e do pagamento. Creio, porém, que estas críticas são simplistas.

A crítica de que o sistema é caro não está, em rigor, ao meu alcance. Para se avaliar a justeza da afirmação seria necessário proceder a cálculos complicados. Mas esses cálculos já foram ensaiados e provaram que o sistema *no-fault* pode ser, afinal, mais barato do que o sistema tradicional — assim parece ser nos E.U.A. (17). Mas não seria de admirar que, em Portugal, este sistema de reparação custasse mais dinheiro do que o sistema tradicional. Na verdade, o nosso sistema quase não cobre danos, sabendo-se como são poucas as indemnizações atribuídas; assim, é um sistema imbatível do ponto de vista financeiro...

Creio que, mais tarde, quando a frequência dos pedidos de reparação se tornar volumoso, quando se contabilizarem os custos de funcionamento do sistema judicial, quando a pressão da justiça sobre os médicos os conduzirem a fazer gastos excessivos por razões meramente defensivas, e quando o preço dos seguros profissionais se tornar proibitivo, então talvez o sistema da responsabilidade sem culpa pareça compensador.

A segunda crítica sugere a desresponsabilização dos médicos, num sistema que não censura os seus erros e não lhes impõe o sacrifício da indemnização ou do seguro. Também esta crítica parece apressada. De facto, ainda que o sistema tivesse essa consequência, ainda valeria a pena já que, ao indemnizar mais vítimas, em condições de rapidez, satisfaz melhor os cidadãos. Por outro lado, é muito limitado o entendimento de que a responsabilização dos médicos carece de processos judiciais e de débitos nas suas

(17) D. STUDDERT; T. BRENNAN; E. THOMAS, *What have we learned since the Harvard Medical Malpractice Study?* In M. ROSENTHAL; K. SUTCLIFFE, eds., «Medical error. What do we know? What do we do?», San Francisco, John Wiley and Sons, Inc., 2002, p. 3-33.

contas bancárias; é que a indemnização administrativa e rápida, a cargo de fundos públicos, não obsta a um controle e a uma responsabilidade profissional intensas. É o que se passa, por exemplo, na Suécia (18). Independentemente da indemnização, os pacientes podem queixar-se das prestações negligentes dos médicos a um organismo independente, dirigido por um jurista, composto por algumas pessoas nomeadas pelo governo, e que entrega a avaliação dos casos a médicos reputados (Medical Responsibility Board). Este organismo aplica sanções que podem chegar até à proibição de exercer a profissão. Em 2001, o MRB fez avisos formais a 120 profissionais e admoestou 157; em 2002 revogou a carteira profissional a seis médicos, um dentista e doze enfermeiros. Das decisões, há recurso para os tribunais.

Um sistema assim tem tido a vantagem de arredar os intervenientes do tribunal, diminuindo drasticamente o carácter litigioso da reparação; estima-se que, em 60 a 80% dos pedidos de indemnização, os médicos ajudam os queixosos a preencher os formulários (19)...

Um sistema como este, para além de cumprir melhor a sua função de reparação de danos, cria um ambiente mais favorável ao reporting sistemático dos erros (20).

4. A referência a um órgão de controlo da profissão como o Medical Responsibility Board — para justificar que o sistema de reparação *no-fault* é compatível com uma responsabilidade profissional severa — pode sugerir a questão de saber se a responsabilidade disciplinar, tal como se pratica em Portugal, é a mais adequada para acompanhar o movimento de eliminação do erro em Medicina.

(18) Susan ADELMAN; Li WESTERLUND, *The Swedish patient compensation system. A viable alternative to the U.S. tort system?* Bulletin of the American College of Surgeons, vol. 89, n.º 1, January 2004.

(19) D. STUDDERT *et al.*, cit., p. 26.

(20) *Ob. cit.*, p. 27.

Como já resultará das linhas anteriores, creio que a resposta é negativa. Salvo melhor opinião, a percepção que o público tem do controlo disciplinar sobre as profissões de saúde é a de que o controlo é fraco. E dificilmente será de outro modo quando as instâncias disciplinares são as Direcções das unidades de saúde e as Ordens profissionais. Na verdade, as Direcções têm um escrúpulo compreensível de exercer um poder disciplinar eficaz, dentro da própria casa; as Ordens profissionais, por sua vez, têm o problema genético de serem cumulativamente instâncias disciplinares e associações de defesa dos interesses dos profissionais, acumulação que lhes pode tolher os movimentos ⁽²¹⁾. Ora, as pessoas que recorrem ao sistema de responsabilidade médica, seja penal ou civil, pretendem forçar os profissionais a dar uma explicação perante qualquer entidade superior, na mira de lhes infligir qualquer desconforto e com a esperança de que o gesto sirva de exemplo. Essa entidade é o tribunal. Então, suponho que a retirada dos tribunais, em favor de um sistema administrativo, mais pacífico, de reparação dos danos, implicaria que a responsabilidade disciplinar ganhasse maior prestígio público, ficando a cargo de uma entidade externa às unidades de saúde e às Ordens profissionais — uma entidade independente.

Em conclusão, julgo que o movimento de retirada dos tribunais, em favor da criação de um ambiente mais pacífico que possibilite o reporting sistemático e a análise desapassionada dos sistemas, pressupõe o reforço e o prestígio da responsabilidade disciplinar e da sua percepção pública.

5. Quanto à responsabilidade penal, parece justo dizer-se que não contribui significativamente para a criação de um clima de antagonismo que prejudique a confissão espontânea dos erros — pela razão simples de que é pouco usada. E talvez seja de esperar que

continue assim, porque os lesados não querem os médicos na cadeia; costumam pretender sobretudo uma reparação pecuniária, uma explicação para o que sucedeu, e um pedido de desculpas ⁽²²⁾. Seria, porém, desejável que a aplicação do direito penal, nesta matéria, pudesse dar um sinal de que ele está reservado para os casos mais graves dos casos graves... no sentido de desincentivar a perseguição criminal sempre que a acção ou a omissão, embora negligente em termos gerais, deva beneficiar de um juízo de tolerância que tenha em conta a especial dificuldade da prática clínica e a especial complexidade das organizações em que esta se desenvolve ⁽²³⁾.

6. Parece adequado, por fim, dizer que há uma outra linha de reforma que traria vantagens para a criação de um ambiente pacífico, favorável à diminuição do erro médico — refiro-me à prática do *consentimento informado*.

O “consentimento informado” é imposto por várias normas do direito português e é supostamente praticado em todas as unidades de saúde públicas. Mas creio que a prática efectiva está longe de satisfazer as intenções do conceito e as expectativas dos pacientes. Ora, a doutrina, um pouco por toda a parte, afirma que um grande número de acções de responsabilidade médica fica a dever-se à falta de comunicação na relação médico-doente — à ausência de explicações suficientes sobre as patologias e as intervenções ou à falta de um pedido de desculpas quando as coisas não correm bem. Os pacientes procuram, frequentemente, incomodar o médico e a instituição, inventando uma falha técnica que nunca existiu ⁽²⁴⁾. Se isto é assim, é de pensar que uma prática mais con-

⁽²²⁾ VINCENT, C.; YOUNG, M.; PHILIPS, A., *Why do people sue doctors? A study of patients and relatives taking legal action*, The Lancet, vol. 343, 1994, p. 1612.

⁽²³⁾ MERRY, A. e MCCALL SMITH, A., *Errors...*, p. 12.

⁽²⁴⁾ Cfr., por exemplo, LEVINSON *et al.*, *Physician-patient communication: the relationship with malpractice claims among primary care physicians and surgeons*, JAMA, 277, 1997, pp. 553-559.

⁽²¹⁾ Vital MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 94-5.

sistente de informações ao doente pode contribuir para que este omita acções judiciais fúteis, de mera retaliação. Além disto, alguns estudos mostram que a prática do consentimento informado, ao obrigar a contactos mais demorados entre o médico e o doente, dá o ensejo para melhores observações técnicas e para a diminuição do erro ⁽²⁵⁾. Por fim, este reforço da comunicação vem a tornar o doente mais preparado para controlar a evolução da doença e da terapêutica, de tal modo que lhe permite ser o primeiro a dar um sinal de aviso num dos tipos de erro mais frequentes — os erros de medicação ou de dosagem ⁽²⁶⁾. A prática mais abundante do “consentimento informado” é, portanto, um contributo para a diminuição ou o controlo da conflitualidade. Mas estou convencido de que também esta modificação dos hábitos não é fácil. Os médicos, cada vez mais pressionados pelas necessidades estatísticas, dificilmente poderão “gastar” mais tempo com cada doente, alimentando conversas vagarosas com doentes pouco ilustrados. Os administradores não vão gostar disto. Será de esperar que as mudanças significativas, nesta matéria, só cheguem quando for possível verificar que o tempo “gasto” a prestar informações aos doentes é mais barato do que o preço das indemnizações e dos custos associados (depoimentos, audiências, etc.) que a prática do “consentimento informado” poderia evitar.

7. Em suma, julgo que o melhor sistema de responsabilidade médica há-de conciliar: *uma responsabilidade disciplinar mais consistente*, que controle as boas práticas profissionais e dê ao público a garantia de que essa forma de auto-regulação é eficaz; *uma responsabilidade civil que não obrigue o lesado a misturar o juízo de culpa com a necessidade de reparação*; *uma res-*

ponsabilidade penal que, pelo seu desenho ou pela sua aplicação, se reserve cada vez mais para os casos muito graves. E poderá esperar-se uma boa ajuda proveniente de uma prática mais consistente do *consentimento informado*.

Será um regime global como este que poderá criar o ambiente favorável a um aumento do nível de reparação dos danos, ao mesmo tempo que fomenta o *reporting* sistemático dos incidentes, que parece indispensável para diminuir o Erro em Medicina.

Creio que — um dia — os Sistemas de Saúde vão distinguir-se uns dos outros não tanto pela sofisticação das máquinas ou pela diferenciação e competência dos médicos, quanto pela sua capacidade de organização e pela cultura de segurança que conseguirem atingir. Vamos esperar que o sistema português tenha iniciado a sua caminhada.

⁽²⁵⁾ BLENDON, Robert J. et al., *Views of practicing physicians and the public on medical errors*. The New England Journal of Medicine, vol. 347, n.º 24, 2002, p. 1938.

⁽²⁶⁾ KOHN; CORRIGAN; DONALDSON, eds., *To err is human...*, p. 196.