

# A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária

Rui Miguel Prista Patrício Cascão

(Publicado em Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº 1)

“ -Tu e eu sabemos que não ressuscitei aquele desgraçado, mas, a estas horas aquela gente está convencida do contrário (...) As lendas correm mais depressa que o vento. Se eu fugi, foi para que não me reconhecessem. Pois, já amanhã, em toda a cidade de Gurganj, desde o bazar até à mesquita, se contaria que Abu Ali ibn Sina tem o poder de ressuscitar os mortos!

-Isso não faria mais do que aumentar a tua glória, *cheikh-el-raïs*.

-A tua visão não vai, pois, mais longe do que a ponta das tuas sandálias? Supõe lá, um instante, que um dia, amanhã, a esposa de um emir, um membro da sua família, ou o próprio califa, venha a falecer. Não deixarão, então, de me pedir que realize esse prodígio, que me teria sido atribuído sem razão. E aí, meu amigo, não achas que eu ficaria muito embaraçado? (...) Nesse dia, a minha pobre cabeça não valeria mais do que um pedaço de pele debaixo da lâmina de um curtidor.”

Gilbert Sinoué, *Avicena ou o Caminho para Ispahan*

## 1. Introdução

A medicina é uma ciência antiga e respeitada. A pequena aventura de Avicena, ao fugir de uma cidade após haver curado um paciente que todos criam morto devido a um ataque de hipoglicémia, ilustra de certa forma as expectativas criadas pela medicina aos cidadãos nos dias de hoje. Graças à medicina, a esperança de vida aumentou exponencialmente, a morbidade e a mortalidade diminuíram e o homem tornou-se mestre do seu destino graças ao controle da natalidade. A medicina é indubitavelmente uma das artes à qual o homem contemporâneo deve quota-parte significativa da sua prosperidade e qualidade de vida.

Contudo, apesar do seu desenvolvimento, a medicina está longe de ser perfeita ou segura. Estudos empíricos norte-americanos sugerem uma taxa de erro de aproximadamente 1%. Extrapolando esses dados e fazendo o paralelismo com outras actividades, tal corresponderia a duas aterragens inseguras no aeroporto de Chicago por dia, 16 000 cartas perdidas por hora e 32000 cheques descontados na conta bancária errada por dia no EUA. A taxa de sinistralidade em França, segundo o *Groupe des Assurances Mutuelles Médicales*, situar-se-ia em 1,72% (relativa ao ano de 2000). Verificaram-se também 1564 sinistros por ano, relativos a 25 500 camas seguradas (média anual, 1989-1998) segundo a *Société Hospitalière d'Assurances Mutuelles*. Igualmente neste país, se verificam anualmente cerca de 400 000 casos declarados de

infecções nosocomiais, que resultam em 18 000 mortos, ou seja, duas vezes mais que os sinistros e mortes derivados de acidentes de viação, segundo o antigo Ministro da Saúde francês, Bernard Kouchner. Ora tal significa uma taxa de morbilidade de 66 por 10 000 e uma mortalidade de 3 por 10 000 por causa dessa patologia.

A magnitude e a frieza dos números leva-nos à conclusão que, apesar de a medicina salvar muitas vidas e contribuir significativamente para melhorar o estado de saúde de muitas pessoas, a sua prática conta com um número significativo de “danos colaterais” que configura o dano iatrogénico como uma inevitabilidade estatística.

O presente estudo procura salientar os desafios que se colocam hoje ao direito da responsabilidade civil no que diz respeito à prevenção do dano iatrogénico, bem como demonstrar como aquele pode melhor contribuir para a segurança sanitária.

## **2. Mutações na Relação entre o Direito e a Medicina**

É cada vez maior o interesse da opinião pública pelos problemas da qualidade da prestação de cuidados de saúde e responsabilidade dos profissionais de saúde. Estes assuntos saltaram para as luzes da ribalta e são hoje em dia profusamente veiculados e explorados pelos *mass media*.

Até meados do século XX, eram relativamente raras as acções judiciais relativas a danos sofridos por pacientes como consequência da prestação de cuidados de saúde. Pouco pressionado, o direito ia oferecendo as soluções tradicionais do direito civil e penal. Contudo, nas últimas décadas, os prestadores de cuidados de saúde em todo o mundo começaram a ser avassalados por reclamações, processos disciplinares e judiciais. Profissionais, hospitais, pacientes, seguradoras viram-se confrontados com um fenómeno novo que facilmente lhes poderia escapar ao controle (ou que efectivamente escapou, como ilustra profusamente a *malpractice crisis* nos EUA).

Um vasto acervo de factores terá contribuído para esta mutação e para a escalada de animosidade entre pacientes e prestadores de cuidados de saúde, que explanaremos em seguida.

Um dos mais relevantes factores será a evolução técnica que verificada ao longo do século XX nas ciências da saúde que, apesar de aumentar a eficiência terapêutica e permitir o atendimento de um maior número de pacientes, potenciou os riscos tecnológicos inerentes à sua utilização.

Igualmente terá sido causa importante a democratização e massificação do acesso aos cuidados de saúde, no contexto do Estado-providência nos países desenvolvidos, com o consequente aumento dos níveis de actividade dos profissionais, da ocupação de camas, de intensidade de uso de blocos operatórios, outras instalações e equipamentos, potenciando assim os riscos para os pacientes.

Outro importante factor consiste na necessária intersubjectividade e multidisciplinaridade inerente à prestação de cuidados de saúde, mormente em contexto hospitalar. As aporias de comunicação, coordenação e organização dos vários profissionais envolvidos (médicos de diferentes especialidades, enfermeiros, técnicos, farmacêuticos hospitalares, etc.) são fonte frequente de riscos acrescidos aquando da execução do tratamento médico.

Contudo, o factor decisivo será porventura uma profunda mutação da mentalidade, associada à superação do profundamente paternalista paradigma hipocrático e a

emergência do paradigma da autonomia do paciente. O fim da “arte silenciosa” e a consequente dessacralização da relação médico-paciente associado à melhor formação cultural e consciência dos seus direitos por parte dos cidadãos abre a caixa de Pandora da crítica à qualidade dos cuidados de saúde. A tradicional resignação fatalista dos pacientes cede o seu lugar à crítica e à exigência, devido ao individualismo e à conflitualidade que caracterizam as sociedades hodiernas.

Outros factores isolados presentes em algumas sociedades, como por exemplo, nos EUA, onde se assiste à “deriva americana”, podem contribuir para a escalada da litigância médica. A agressividade que se sente na sociedade norte-americana, assim como a avidez fomentada por algumas características do processo civil americano (elevado *quantum* indemnizatório, *punitive damages*, julgamento por júri, *quota litis*) contribuem para aumentar drasticamente a propositura de acções por negligência médica.

São estes os elementos da modernidade que colocam a responsabilidade civil médica entre Cila e Caríbdis e que a obrigam ou a reinventar-se ou a tornar-se numa abencerragem.

### 3.Acidentes Médicos

As realidades específicas do dano iatrogénico, particularmente em meio hospitalar, criam sérias dificuldades à efectivação da responsabilidade civil e à prossecução dos seus objectivos preventivos e ressarcitórios.

De facto, revestem-se de enorme complexidade os acidentes médicos, que contam frequentemente com várias causas próximas, relacionadas com os riscos tecnológicos inerentes ao equipamento utilizado, os riscos da intersubjectividade, bem assim como os riscos organizacionais.

Um caso neozelandês ilustra essa complexidade. Após uma intervenção cirúrgica, abandonando as boas práticas, todos os enfermeiros e médicos ausentaram-se do bloco operatório, deixando o anestesista, Dr. Yogasakaran, já bastante fatigado, sozinho a cumprir o seu dever profissional de vigilância pós-operatória na unidade de cuidados intensivos. O paciente começou a morder o tubo endotraqueal (pelo qual é administrado oxigénio ao paciente), o que teve como consequência o início de anoxia e cianose. O anestesista decide administrar o fármaco analéptico *dopram* para reanimar o paciente, mas na prateleira onde este medicamento devia estar, encontrava-se por engano o fármaco *dopamine*, um inotrópico, com propriedades bastante diferentes, e que àquela concentração causou ao paciente paragem cardíaca, causando a sua morte. O médico foi condenado em processo crime.

Nesta situação, vários erros, tanto activos como latentes, contribuíram para a morte do paciente. Cumpre-nos então, em seguida, analisar que tipos de erro causam os acidentes médicos, e como estes erros podem ser prevenidos.

Bastantes erros derivam de desvios no padrão de funcionamento da mente humana. Segundo informa a psicologia cognitiva, parte significativa da actividade intelectual funciona de forma automática, rápida e sem esforço, através do recurso a *schemata*, ou seja padrões mentais rotineiros e subconscientes relacionados com o método ou a técnica terapêutica, que levam a comportamentos “se x então y”. Excepcionalmente, o

profissional de saúde, em especial quando confrontado com situações novas, leva a cabo um padrão cognitivo que requer um esforço analítico consciente de seriação da informação existente (raciocínio).

Muitos erros devem-se, portanto, a alterações de rotina (um aperfeiçoamento de um procedimento clínico ou de um equipamento) ou a erros na execução dessa rotina, muitas vezes derivados da presença de percursos psicológicos, tais como fadiga, *burnout*, excesso de trabalho, perturbações de sono, excesso de álcool ou drogas, etc.

Por outro lado, os erros de raciocínio têm causas mais complexas, tais como a indução amplificante abusiva (o tomar a parte pelo todo), o uso exclusivo da fonte de conhecimento mais acessível, a polarização confirmatória (procurar apenas os dados que confirmam a tese *sub iudice*, rejeitando dados que a contrariam) e excesso de confiança na tese em análise. Como consequência desta complexidade, a taxa de erro de raciocínio é mais elevada.

Regressando ao caso que analisávamos antes, o Dr. Yogasakaran terá procedido subconsciente e automaticamente, de forma rotineira, procurando o frasco de *dopram* onde sabia que ele costumava e devia estar. O Dr. Yogasakaran terá procurado confirmar tratar-se de *dopram*, mas a sua mente terá sido condicionada pela alteração de rotina e pela polarização confirmatória, e administrado inadvertidamente a *dopamine*. A fadiga como precursor psicológico terá tido algum contributo em toda a triste história...

Contudo, se o erro humano explica alguns acidentes, não explica todos. O foco da atenção em sede de responsabilidade médica é tradicionalmente o profissional, *the man holding the smoking gun*, a face visível do problema. Frequentemente é o profissional de saúde imolado na ara do *name, blame and claim* por acontecimentos que não podia controlar, porque as suas causas radicais, as suas causas latentes se situavam a montante, ao nível organizacional ou estrutural. O Dr. Yogasakaran apenas despoletou a “bomba-relógio”, o erro latente. Mas várias questões se levantam: porque é que estava fatigado? Porque é que era o único anestesista ao serviço daquele hospital? Porque é que, contra as *leges artis*, não ficou nenhuma enfermeira consigo a fazer o acompanhamento pós-operatório? Porque é que surge um medicamento errado (apesar de ter um nome semelhante) na prateleira errada?

Assim se entende o porquê da actual tendência de evoluir de uma responsabilidade subjectiva do profissional para uma responsabilidade central da instituição prestadora de cuidados de saúde.

De facto, assiste-se no contemporâneo direito da responsabilidade médica à procura das causas sistémicas dos acidentes médicos na instituição prestadora de cuidados de saúde, na sua organização e estrutura: as *Organizationsverschulden* ou *Structurele fouten*. Tais falhas de organização podem consistir em erros administrativos, em problemas na organização de horários dos profissionais de saúde, na organização e vigilância de instalações e equipamentos, na organização e articulação dos serviços e rotação de profissionais de saúde.

A doutrina em apreciação é, aliás, acolhida pelo direito português relativamente aos cuidados de saúde nos hospitais públicos:

“(...) a culpa do ente colectivo, como um Hospital, não se esgota na imputação de uma culpa psicológica aos agentes que actuaram em seu nome, porque o facto ilícito que causar certos danos pode resultar de um conjunto, ainda

que mal definido, de factores, próprios da desorganização ou falta de controlo, ou da falta de colocação de certos elementos em determinadas funções, ou de outras falhas que se reportam ao serviço como um todo (...) nesse caso, ao lado de uma culpa dos agentes, é possível falar de uma culpa do Serviço (...).”

Neste aresto, considerou-se existir descoordenação dos serviços do hospital por não haver no serviço um perito em reanimação, e por se verificar má coordenação dos serviços de manutenção e assistência com os de transporte, causando uma espera de cinco horas numa garagem fria, factos que contribuiram causalmente para um desfecho trágico.

Cumpre-nos agora analisar como se podem prevenir os acidentes médicos e de que forma poderá a doutrina da responsabilidade da organização ser útil neste debate.

#### **4. Prevenção de Acidentes Médicos**

Algumas actividades humanas são extremamente seguras: o caso da energia nuclear e da aviação civil. São seguras, porque a magnitude dos riscos envolvidos as obrigou a tomar medidas de prevenção que reduziram os riscos que lhes são inerentes. A análise dos dados oferecidos por essas actividades traz à prevenção de acidentes médicos alguns conselhos úteis, que têm sido seguidos, com sucesso, na anestesiologia, que conseguiu reduzir enormemente os riscos para a saúde do paciente.

“La complejidad de las causas pone de relieve la necesidad de hacer frente al problema desde ángulos diferentes. Al mismo tiempo, exige el esfuerzo de todas y cada una de las personas e instituciones implicadas en el quehacer sanitario: el profesional sanitario, la Administración, la Justicia, las asociaciones de consumidores y usuarios, los medios de comunicación, el paciente y, en definitiva y por extensión la sociedad (...).”

A metodologia de prevenção dos acidentes consiste em quatro passos: identificação dos erros, em especial dos erros recorrentes; elaboração de procedimentos que permitam evitar a ocorrência dos erros; estabelecimento de medidas de salvaguarda; e eliminação dos percussores psicológicos.

A identificação, tratamento estatístico e análise cuidada dos acidentes e quase-acidentes é a condição necessária para a compreensão dos problemas e ponto de partida para a possibilidade da sua solução. Os dados obtidos poderão igualmente ser úteis para o desenvolvimento de estratégias de segurança noutras instituições semelhantes. Contudo, o acesso a esta informação é seriamente dificultado pelo carácter repressivo da prevenção na responsabilidade civil baseada na culpa. O actual sistema, além de se revelar totalmente incapaz de prevenir/dissuadir o erro médico, impossibilita a colaboração dos profissionais de saúde na descoberta da verdade, porque justamente receiam a auto-incriminação. A instituição de procedimentos amigáveis (como em França, *Code de la Santé Publique*, Art. L.1124-4 s.) ou de sistemas de compensação de acidentes médicos independentes da avaliação da culpa dos agentes de saúde (como na Suécia, Finlândia,

Dinamarca, Islândia e Nova Zelândia) contribui significativamente para a obtenção desta preciosa colaboração. De facto, a possibilidade de obtenção da colaboração activa dos profissionais de saúde envolvidos no acidente torna possível uma investigação mais aprofundada das suas causas, permitindo a compilação de dados estatísticos e o lançamento de projectos de investigação sobre a prevenção destes acidentes. Esta colaboração é, aliás, uma extensão do seu múnus de profissionais de saúde pública. É frequente, nos países escandinavos, serem os próprios profissionais de saúde implicados a preencher os formulários dos pedidos de indemnização e a ajudar os pacientes na instrução do processo. Em resumo, a transparência na investigação e o desaparecimento do *naming, blaming and claiming* revelam-se condição *sine qua non* da efectivação de uma política pró-activa de prevenção e de segurança sanitária: a *clinical governance*.

Analisados os dados oferecidos pela investigação dos acidentes, o segundo passo é definir estratégias de correcção de erros. Estas estratégias consistem na redução de dependência da memória imediata ou num melhor acesso à informação existente. De grande importância são também os mecanismos automáticos que eliminam a possibilidade de comissão de um erro (e.g. programas informáticos de prescrição de medicamentos que automaticamente invalidem a requisição de quantidades de um fármaco que possam causar uma *overdose*, ou que rejeitem a prescrição de um medicamento a que o paciente seja alérgico, constando esse facto da sua ficha clínica... assim como um automóvel que está a andar para a frente rejeita a marcha atrás...). A estandardização de procedimentos, técnicas, notações e equipamentos revela-se de enorme importância na prevenção de erros. Um exemplo consiste na estandardização e racionalização da estrutura e organização dos blocos operatórios e das enfermarias. Outro exemplo é a uniformização do *interface* humano do equipamento. Um especialista em ergonomia num hospital pode revelar-se importantíssimo nesta tarefa. Crucial se revela também uma boa formação contínua dos profissionais de saúde, actualizando os seus conhecimentos sobre prevenção de acidentes.

O terceiro passo consiste na criação de mecanismos de salvaguarda. Uma vez que é impossível evitar totalmente os acidentes médicos, torna-se essencial criar mecanismos que travem o erro antes que ele afecte o paciente. Neste campo, os mecanismos de redundância adquirem especial relevo: o exemplo típico é o do controle da prescrição médica por um farmacêutico hospitalar.

Finalmente salienta-se a importância da eliminação de percursos psicológicos, tais como a fadiga, o *stress*, o *burnout*, que potenciam um ambiente de trabalho perigoso, e facilmente são resolvidos pela gestão de horários e imposição de regimes de dedicação exclusiva aos profissionais de saúde.

## 5. Conclusão

Mitigar a possibilidade de verificação de erros, fomentar um ambiente de trabalho mais seguro, obstar a problemas de comunicação entre os vários intervenientes na administração de cuidados de saúde, gerir os riscos infecciosos e os riscos dos dispositivos e produtos médicos são os verdadeiros objectivos da prevenção de acidentes médicos e da segurança sanitária.

Do aduzido concluímos que cabe às instituições hospitalares a *quota leonis* da responsabilidade na prevenção de acidentes médicos, como entidade a montante da

prestação concreta de cuidados de saúde e única capaz de prevenir os erros latentes e sistémicos.

Também concluímos quão desnecessária e contraproducente se revela a repressão da negligência individual do profissional de saúde, o *naming, blaming and claiming*. De facto, a responsabilidade civil clássica falha em prevenir/dissuadir o acidente médico culposo, atentas as “cifras negras” da efectivação dessa responsabilidade. Vários obstáculos de ordem financeira, processual e jurídica inviabilizam parte esmagadora das acções de indemnização por dano iatrogénico. Contribui igualmente para esta ausência de efeito dissuasor a substituição do lesante pela companhia seguradora ou pela instituição hospitalar. Entendemos existirem outros mecanismos, tais como a responsabilidade disciplinar ou criminal, mais aptos a prosseguir o efeito preventivo geral de dissuasão.

O verdadeiro objectivo da responsabilidade civil em sede de prevenção será então o de contribuir para a transparência sanitária, que por sua vez tornará possível a elaboração de estratégias e boas práticas que evitem a repetição de acidentes idênticos, que permitam a eliminação dos erros sistémicos, assim como a criação de mecanismos de salvaguarda de acidentes médicos. É desejável um sistema em que o profissional de saúde possa colaborar na investigação e prevenção de acidentes médicos sem recear autoincriminar-se. Um sistema concentrado na identificação e prevenção de riscos sanitários e não na procura de “bodes expiatórios”. Um sistema mais seguro e com melhor qualidade.

Dois modelos europeus revelaram-se especialmente eficazes na prossecução destes objectivos: o modelo escandinavo do seguro *no-fault* do paciente e o modelo francês. Não procurando entrar em detalhes relativamente a estes sistemas, há três notas que os caracterizam e que se revelam importantes para o modelo de prevenção de acidentes médicos que defendemos:

- A institucionalização da responsabilidade: sendo os cuidados de saúde prestados no âmbito de uma instituição hospitalar, esta é a única responsável civil;
- A objectivação da responsabilidade: a substituição, em alguns casos, do conceito de culpa pelo conceito de risco. No modelo escandinavo o pressuposto essencial é a inevitabilidade do erro, enquanto que no modelo francês se impõem obrigações de resultado de segurança relativamente a alguns riscos sanitários;
- A desjudicialização do ressarcimento: em maior ou menor grau, procura-se optar por mecanismos de resolução alternativa de litígios, tais como procedimentos amigáveis de compensação, mediação e arbitragem.

Estas três coordenadas revelam-se importantes para a tese que sustentamos: a de que a melhor estratégia de prevenção de acidentes sanitários depende da transparência de informação sobre as circunstâncias que levaram ou quase levaram a esses acidentes e da colaboração desses profissionais de saúde na elaboração e implementação de estratégias de segurança sanitária. *Primus*: a institucionalização, por um lado, retira os profissionais de saúde da “linha de fogo” e, pelo outro, obriga a instituição a seguir uma política activa de prevenção de acidentes hospitalares. *Secundus*: a objectivação da responsabilidade obsta à censura ética dos profissionais envolvidos e contribui para pressionar a instituição

hospitalar a prevenir os acidentes. *Tertius*: a resolução não litigiosa é mais frutífera que a via conflitual. Um diálogo multilateral e cooperante revela-se mais vantajoso para a descoberta dos factos que causaram o acidente que uma dinâmica adversarial.

Torna-se de crucial importância combater quer o laxismo sanitário, aniquilador da qualidade e segurança sanitária, quer a deriva sanitária, travão do progresso técnico e científico, fomentadora de pusilanimidade entre os profissionais de saúde, de laxismo por parte dos gestores e administradores hospitalares, evitar a medicina defensiva e a precaução inútil, a manipulação da segurança sanitária, bem como as despesas irracionais.

Acredito genuinamente que o Dr. Yogasakaran foi uma vítima do *name, blame and claim*, tendo sido a face mais visível de um sistema em que houve várias falhas, algumas sistémicas, outras individuais. Avicena também não escapou a algumas atribuições no seu *bimaristan*. Sabemos que Avicena ainda viveu muitos e profícuos anos, e folgámos em saber, quando pesquisávamos mais dados sobre esse caso, que o Dr. Yogasakaran ainda é vivo e ainda pratica na Nova Zelândia.