



Não há problema nenhum que os doentes pensem que os médicos podem andar sobre a água, desde que nós não pensemos...

Responsabilidade médica

A Sociedade de Advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados (MLGTS) organizou uma conferência de dois dias sobre responsabilidade médica em que advogados e profissionais de medicina debateram questões como 'acto médico e erro em medicina', 'leges artis, cuidado e negligência' ou 'a responsabilidade criminal e civil nos ensaios clínicos'. Apresentamos um resumo das várias intervenções e, agradecendo a gentil colaboração do autor, reproduzimos em seguida integralmente a conferência de Augusto Silva Dias.

No primeiro dia de conferência, a abertura ficou a cargo de Isabel Vaz, presidente da Comissão Executiva da Espirito Santo saúde, SGPS, S.A. que saudou a iniciativa de debater este tema fundamental - «a responsabilidade médica é um tema que está na agenda das sociedades de advogados mas também dos sistemas de saúde e dos hospitais» - e enquadrou o tema explicando que «erro médico poder não querer dizer um erro do médico, por vezes são erros do sistema, conceito que envolve todos os intervenientes e os meios disponíveis. São tantos os factores que têm que correr bem em simultâneo, dada toda a logística e a complexidade do procedimento cirúrgico...» Em termos de segurança dos sistemas é preciso definir qual o nível de risco aceitável e gerir a redução do risco com sistemas de *double checking* e trabalho de equipa, ao qual têm que estar subjacentes os princípios do respeito e da solidariedade. Isabel Vaz referiu igualmente a necessidade dos sistemas serem flexíveis para reagirem rapidamente, ou seja «quantas incidências são necessárias e com que grau de gravidade para se tomar uma decisão?» e falou do equilíbrio que é necessário encontrar para, quando ocorre um erro, determinar «que informação

deve ser comunicada ao doente».

O acto médico e o erro em medicina

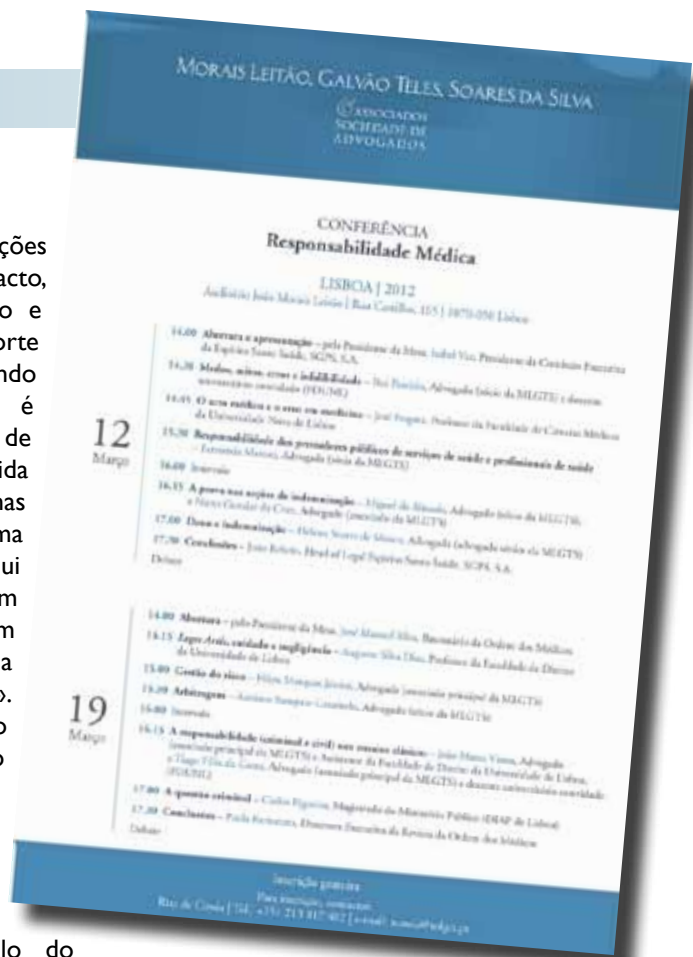
José Fragata, professor da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Nova de Lisboa, falou sobre 'o acto médico e o erro em medicina', tendo começado por salientar as dificuldades que se colocam por não existir ainda uma definição legalmente consagrada de acto médico. «Até aos anos 60 a medicina era feita 'a dois' e assentava em valores simples: fazer o bem, não fazer o mal, confidencialidade, paternalismo e um espírito caritativo, tudo isto baseado na confiança». Mas hoje o paradigma mudou com o aumento da competição e da litigância que obrigaram «a criar uma nova medicina definida pelas competências profissionais, com um papel muito relevante da tecnologia, enquadrada pelo surgimento do erro e dos conflitos de interesses». Hoje em dia não bastam as competências técnicas, «são necessárias capacidades de comunicação e uma atitude orientada para o funcionamento em equipa». A relação médico-doente também mudou, conforme explicou José Fragata: «no passado o médico tinha uma posição predominante; hoje o doente tem

muita informação e confunde-a com conhecimento», «o doente passou a consumidor». Embora reconheça que o tempo dos médicos serem paternalistas foi ultrapassado, o orador não deixou de salientar que «nesses momentos de fragilidade, os próprios doentes esperam um certo paternalismo dos médicos». Sobre os erros, ilustrou: «têm uma cor cinzenta e um travo amargo; são frequentes e têm grande impacto. Um erro é um desvio de uma rota». 50% dos casos são «situações que nunca deveriam ter acontecido». José Fragata explicou o conceito de *near miss* e realçou que é do relato e análise desses casos em que há «uma mera alteração do fluxo», um incidente sem consequências, que se pode aprender muito sobre o risco. A aviação civil evoluiu muito graças aos relatórios de *near miss* (mas, para isso, «os casos de *near miss* têm que ser relatados sem receio de castigos»). Segundo este orador, há erros honestos («de quem cumpre a *leges artis*») e erros negligentes («de quem viola as regras»). Os acidentes acontecem precisamente quando se alinham falhas activas de segurança; Mas também há falhas passivas, «por exemplo, quando o ar condicionado funciona mal ou há má organização», e há «erros humanos complicados por falhas de organização»; as situações mais frequentes são aquelas em que as condições propiciam o erro. «O sistema deve ser desenhado de forma a reduzir o erro» até porque a prevenção traduz uma postura desejável no médico: «não há problema nenhum que os doentes pensem que os médicos podem andar sobre a água, desde que nós não pensemos...» José Fragata apresentou alguns dados estatísticos sobre o elevado número de mortes/ano por erros evitáveis e referiu que os estudos concluem que a maior parte dos casos é o corolário de «pessoas normais a trabalhar num sistema mau». «Em cada 100 internamentos, 10 complicam-se por erros que em 50% dos casos seriam evitáveis;

65% dos casos de complicações não terão qualquer impacto, 30% um impacto moderado e 5% impacto grave com morte do doente. Considerando que «mais tecnologia não é necessariamente sinónimo de mais segurança», foi referida a necessidade de investir nas pessoas e no sistema. «Uma cultura de segurança inclui reportar erros, pois quem reporta aprende; aprender com o erro; redesenhar o sistema e usar de transparência». A despenalização do erro honesto e a penalização exemplar do erro negligente são outras duas características apontadas pelo orador para uma cultura de segurança. É importante «evitar o ‘ciclo do medo’ porque a culpabilização tem como vítimas quer o doente quer o profissional». Quando há um evento adverso uma das dificuldades é que «na faculdade não se ensina a comunicar insucessos». «Respondemos por erros, acidentes ou até mesmo expectativas»... Em conclusão, José Fragata referiu que, em caso de erro grave, o médico poderá querer falar previamente com um jurista, mas defendeu que se deve em primeiro lugar responder com verdade, promover a comunicação e o profissionalismo.

Medos, mitos, erros e infalibilidade

Rui Patrício, advogado, sócio da MLGTS, e docente universitário convidado da FDUNL falou sobre ‘medos, mitos, erros e infalibilidade’ tendo justificado a relevância desta conferência pelo facto de estarmos «num tempo de expansão de responsabilidades». «Porquê uma conferência sobre responsabilidade médica neste momento? Na qualidade de organizador, junto com o meu Colega Nuno Gundar da Cruz, cabe-me formular e responder a esta questão. (...) Porque se trata de um conjunto de matérias e de



É preciso ter em conta essa tendência de expansão das responsabilidades (...) e discutir os vários aspectos relacionados com a responsabilidade médica, não só na perspectiva de prevenir os riscos e melhor lidar com eles, mas também na perspectiva de os identificar com rigor e dar-lhes a devida dimensão e o devido tratamento, também para que se não caia na tentação de reagir ao risco ou a uma sensação de incremento insuportável do risco com uma Medicina defensiva...

problemas relevantes, complexos e que exigem contínuas atenção e reflexão, e de vários saberes e de diferentes perspectivas. Mas a resposta pode ser também, e deve ser, a crescer àquela, a seguinte: porque vivemos tempos em que se verifica uma significativa expansão das responsabilidades, e nesse âmbito a responsabilidade médica é uma das atingidas por essa expansão. E falo quer na responsabilidade médica em sentido clássico, isto é, aquela que se prende com os chamados actos médicos, quer em responsabilidades emergentes de actos a que chamo 'envolventes' dos actos médicos, e que se prendem com matérias tão diversas, mas também tão relevantes (algumas no centro da ordem do dia), como sejam as da gestão e da organização, as do oferecimento de presentes, viagens ou outros, as da contratação para a compra de equipamentos ou para prestação de serviços, etc.» Mas qual a razão dessa expansão de responsabilidades? O orador explicou o contexto social de escrutínio das elites, nomeadamente a elite médica, e da pseudo-ideia de que «todos sabem tudo»: «as instâncias formais de controlo (polícias, MP, Tribunais) estão mais atentas e mais preparadas; sociologicamente, há uma tendência para as elites estarem sob vigilância e escrutínio; o legislador legisla muito e legisla, a maior parte das vezes, num sentido expansivo das responsabilidades (quer civil, quer criminal, quer contra-ordenacional); os meios de comunicação social prestam muita atenção a estas matérias, quer em geral, quer focando-se em casos concretos, o que tem significativa repercussão, quer nas mentalidades, quer nas instâncias formais de controlo, quer no legislador; existe um fenómeno entre nós, característico, entre o mais, de democracias recentes, de hiperconsciência dos direitos, que conduz, além do mais, a uma grande litigiosidade; grupos de pressão, de agitação e de interesses são activos,

e frequentemente eficientes; as crises, sejam económico-financeiras, sejam de outra natureza, potenciam também este efeito expansivo». Acresce a esse enquadramento um fenómeno de «dessacralização da Medicina» a qual «perdeu o seu estatuto quase sagrado e inquestionável, caindo-se por vezes no oposto, de excesso de escrutínio, de extrema colocação em causa e de tentação de banalização; o que se relaciona, além do mais, com outro aspecto, o da facilidade e da rapidez da informação, que dá muitas vezes a falsa sensação de conhecimento; e considera-se ainda um aspecto muito marcante da modernidade, que é a crença no paradigma científico-tecnológico, que dá a falsa sensação de que tudo é detectável e curável, o que conduz a uma percepção errada expansiva do que seja erro negligente».

O melhor caminho para lidar com esta realidade é, conforme explicou Rui Patrício, gerir preventivamente os riscos e diminuir a sua incidência. «É preciso ter em conta essa tendência de expansão das responsabilidades, que penso que se manterá no futuro, e discutir os vários aspectos relacionados com a responsabilidade médica, não só na perspectiva de prevenir os riscos e melhor lidar com eles, mas também na perspectiva de os identificar com rigor e dar-lhes a devida dimensão e o devido tratamento, também para que se não caia na tentação de reagir ao risco ou a uma sensação de incremento insuportável do risco com uma Medicina defensiva, caso em que com propriedade se poderia dizer que seria pior a emenda do que o soneto», concluiu.

Responsabilidade dos prestadores públicos

Margarida Olazabal Cabral, sócia e membro da equipa de administrativo e contratação pública da MLGTS, falou sobre os desafios em termos do novo quadro legal da 'responsabilidade dos prestadores públicos de serviços de saúde' tendo

feito um exaustivo enquadramento legal ao abrigo da Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro. Sobre a obrigação de indemnizar foi explicado o princípio da reconstituição natural como sendo a reposição da situação que existiria se não se tivesse verificado o dano que obriga à reparação; Quando tal não é possível, «não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa» há lugar a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, quer «os já produzidos quer os danos futuros». Conforme foi explicado a «prescrição ocorre 3 anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe assiste», nos termos do artigo 498º do Código Civil. «Prescreve igualmente no prazo de 3 anos a contar do cumprimento o direito de regresso entre os responsáveis». «Pode haver dois tipos de responsabilidade: por facto ilícito, quando se violam regras de ordem técnica – *leges artis* – ou deveres objectivos de cuidado dos quais resulte ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos ou responsabilidade pelo risco, quando se trata de danos recorrentes de actividades especialmente perigosas, salvo em caso de força maior ou haja concorrência do lesado para a produção do dano». Na responsabilidade por facto ilícito existem igualmente duas vertentes: «responsabilidade exclusiva do Estado e demais Pessoas Colectivas e responsabilidade solidária do Estado, demais pessoas colectivas com o autor material da acção ou omissão danosa, em caso de dolo ou culpa grave». O «Estado e demais pessoas colectivas são exclusivamente responsáveis quando os danos sejam cometidos com

Há uma maior exposição pública dos médicos, uma necessidade de maior cuidado e rigor e um aumento da conflitualidade.



culpa leve pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes no exercício da função administrativa e por causa desse exercício ou quando os danos não tenham resultado de um comportamento concreto ou não seja possível determinar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos ao funcionamento anormal de um serviço, casos em que ‘responde’ o Hospital perante o lesado ou a sua família». Neste caso «não há direito de regresso». Em «caso de dolo ou culpa grave, em que os danos resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo origina-se responsabilidade solidária do Estado e demais pessoas colectivas com os autores do ilícito caso as acções ou omissões tenham sido cometidas no exercício das suas funções e por causa desse exercício» e, nestes casos, «existe direito de regresso contra o médico que cometeu o ilícito». A concluir a sua apresentação, Margarida Olazabal Cabral explicou que os maiores desafios são «a maior exposição pública dos médicos, a necessidade de maior cuidado e rigor» - algo que considerou uma vantagem pois instiga à procura de um clima de segurança – mas também o desafio do «aumento da conflitualidade» que parece ser inevitável.

A prova nas acções de indemnização

Miguel de Almada e Nuno Gundar da Cruz, ambos advogados da MLGTS, efectuaram uma intervenção sobre ‘a prova nas acções de indemnização’ em que começaram por explicar alguns conceitos elementares sobre prova que referimos em seguida por permitirem um melhor entendimento da linguagem jurídica que é utilizada: «Prova é a demonstração da realidade dos factos no direito, configurando não uma certeza absoluta mas uma certeza subjectiva do julgador; ónus da prova é a obrigação que uma determinada parte tem de demonstrar um determinado facto; A regra neste caso estabelece não só quem tem que fazer prova, mas estabelece também que não sendo feita a prova por parte de quem deve fazê-lo, deverá o caso ser decidido contra essa parte; responsabilidade civil extracontratual surge da violação de um dever genérico de protecção, com lesão da vida ou da integridade física enquanto que na responsabilidade civil contratual o que está

A prova pericial é a prova por excelência porque o lesado não tem conhecimento para a produzir; trata-se da prova mais adequada à descoberta da verdade, demonstrando a conformidade ou desconformidade com a *leges artis* e permitindo perceber se há ou não nexo de causalidade.

em causa é a violação de um dever a que o médico está contratualmente obrigado; no caso da responsabilidade civil contratual o contrato poderá ter sido celebrado entre o médico e o doente ou entre o médico e uma clínica, por exemplo». Outra situação possível em termos de responsabilidade civil contratual é quando o doente faz um contrato directamente com uma unidade privada de saúde, «caso em que a unidade é responsável pelas pessoas envolvidas no cumprimento desse contrato», sendo que um mesmo facto pode constituir violação de um dever contratual e de um direito absoluto, gerando simultaneamente os dois tipos de responsabilidade. «Quando o lesado pode fazer uso dos dois regimes – contratual e extra-contratual – tendencialmente optará pela responsabilidade civil contratual que lhe é mais benéfica». Em seguida foram explicados os elementos constitutivos da responsabilidade civil médica: «a responsabilidade civil

médica em Portugal não assume nenhuma forma de responsabilidade objectiva, ou seja, independente de culpa nem que dispense a ilicitude. É, portanto, preciso que se verifique um facto ilícito, com culpa, dano e nexo de causalidade». «O facto relevante é um acto ou omissão de um agente de saúde, acto esse que só obriga à reparação do dano se tiver sido ilícito; para ser ilícito poderá ser uma infracção de um dever jurídico ou da *leges artis*, por exemplo». No caso específico da medicina foram explicadas as obrigações de meios em que se exige apenas que o médico pratique os actos tendentes a um determinado resultado, ou obrigações de resultado em que se exige que o médico obtenha determinado resultado», sendo estas últimas uma excepção mas existindo uma «pressão crescente para que se classifiquem mais obrigações como de resultado». Conforme foi explicado na obrigação de meios a dificuldade técnica é superior pois «o lesado tem que provar a não realização ou a realização incorrecta dos actos necessários para a produção do resultado», «a avaliação que se faz é casuística» e existe uma «relevância decisiva na prova». Caso exista culpa do lesado, falha na adesão terapêutica, por exemplo, cabe ao médico prová-lo pois esse facto funcionará como sua defesa. «Os casos em que existe culpa, ou seja intenção de provocar o dano, são muito raros; os casos consubstanciam na sua maior parte situações de negligência em que o médico agiu com falta de prudência». «A parte mais complexa da prova cabe ao lesado», algo que gera desequilíbrios. O nexo de causalidade exige que se encontre uma ligação entre o dano causado e o acto ou omissão de tal ordem que «para que um facto seja causa de um dano tem que ser um facto sem o qual o dano não teria ocorrido, sendo adequado à sua produção». Em seguida foram apresentadas algumas notas sobre alguns meios de prova

(prova documental, prova pericial e prova testemunhal) e foi lembrado que o médico tem «o dever de cooperação para a descoberta da verdade» e que se se recusar «pode até o Tribunal considerar provadas as pretensões do requerente» e que, em casos extremos em que por suposição um médico destrua a prova documental, «há uma inversão do ónus da prova, passando o médico a ter a obrigação de provar que ‘tudo tinha feito’» em termos de meios para obter o resultado desejado. «Cabe às instituições zelar pela boa conservação dos registos clínicos». «A prova pericial é a prova por excelência porque o lesado não tem conhecimento para a produzir; trata-se da prova mais adequada à descoberta da verdade, demonstrando a conformidade ou desconformidade com a *leges artis* e permitindo perceber se há ou não nexo de causalidade». Sendo certo que a opinião dos peritos não vincula o tribunal, o mais provável é o laudo pericial ser determinante da decisão final. Já a prova testemunhal «não tem uma fiabilidade probatória muito forte». «Factores como a complexidade crescente do acto médico, a multiplicidade de agentes, a consciência da tensão entre o dever ser da prestação médica e critérios de gestão; (...) sistemas mais liberais que ‘entram na casa das pessoas’, (...) a existência de sistemas legais que já consagram a responsabilidade objectiva em que se dispensa a necessidade da existência de culpa e, portanto, da sua prova, (...) indiciam que este é o caminho». A terminar Miguel de Almada e Nuno Gundar da Cruz deixaram a noção de que se deve «ter cuidado na preparação do que pode vir a ser prova», como é o caso dos ficheiros clínicos, e que, em caso de litígio, deve haver uma preparação para os cada vez mais «inevitáveis processos».

Dano e indemnização

Helena Soares de Moura, advogada da Sociedade de Advogados

organizadora deste encontro, fez uma intervenção sobre 'dano e indemnização' em que explicou que «tem sempre que existir um culpado mas muitas vezes o evento adverso não era evitável» e referiu o aumento da litigiosidade, «com um aumento das queixas e das acções sem um correspondente aumento das condenações; (...) tudo isto tem gerado uma medicina mais lenta, mais segura para o médico; (...) Mas talvez não gere uma medicina mais útil para o doente mas sim uma medicina mais cara e mais lenta no diagnóstico». Referindo-se à já explicada diferença entre obrigação de meios («quando o devedor apenas se compromete a desenvolver, prudente e diligentemente, certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza») e obrigação de resultado («quando o devedor, ao contrair a obrigação, se compromete a garantir a produção de certo resultado em benefício do credor ou de terceiro estando o devedor adstrito à efectiva obtenção do fim pretendido») citou as excepções mais comuns de obrigação de resultado: «cirurgia estética de 'embelezamento' e análises clínicas». Depois de explicar que existem danos patrimoniais emergentes (diminuição efectiva do património) e por lucro cessante (não aumento ou frustração de ganho), danos não patrimoniais, temporários ou permanentes (originando incapacidade permanente geral/profissional; um dano estático, irreversível) e que na quantificação da indemnização os danos patrimoniais estão sujeitos à «regra da reconstituição natural ou a indemnização fixada em dinheiro - tendo então como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos, julgando o tribunal equitativamente dentro dos limites que tiver por provados» e nos danos não patrimoniais a indemnização



é «fixada equitativamente pelo tribunal, atendendo às circunstâncias de cada caso, sua gravidade, grau de culpabilidade do agente e à situação económica deste e do lesado», Helena Soares de Moura apresentou alguns exemplos de casos transitados em julgado que são paradigmáticos da variabilidade na tomada de decisão:

- Dano morte

«É adequada a quantia de 70.000,00 para compensar o dano morte, numa situação em que a vítima tinha apenas 20 anos, era solteira, muito activa, praticante de aeróbica e *ballet*, com grande dinamismo e alegria de viver, cultivando a amizade e gozando de boa reputação e estava cheia de projectos de vida e de sonhos pela frente' - Tribunal da Relação do Porto Recurso N.º ... Proc. n.º ..., do 1.º Juízo de Competência Criminal, do T.J. de ...;

Na preparação para uma lipoaspiração, a paciente de 21 anos veio a falecer em virtude de uma anestesia local, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou adequado, para a indemnização pelo dano-morte (reclamada pelos pais da paciente) o montante de € 50.000,00; e para compensação pelos danos de natureza não patrimonial sofridos com a morte da filha, o montante, para cada um dos pais, de € 50.000,00, igualmente. - O STJ absolveu os Réus (cirurgião e anestesista).

Uma menina de 7 anos entrou no Hospital Distrital de Famalicão com febre alta e manchas vermelhas na barriga e pescoço. A médica atribuiu as manchas a uma alergia e medicou-a para a febre. Entre as 4 e as 8 horas da madrugada, apareceram-lhe manchas azuladas no corpo, mas só de manhã foi vista por um médico. Transferida para um hospital do Porto, morreu, vítima de uma meningococemia fulminante. O tribunal considerou que houve falta de zelo e condenou o hospital a pagar 65.000 €. - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22/02/2006»

- Danos não patrimoniais (que não o dano morte)

«um paciente de 59 anos foi sujeito a uma prostatectomia total que o deixou impotente e incontinente - quando a intervenção cirúrgica para remoção de tal órgão não se justificava, já que o autor apenas padecia de um inflamação na próstata (prostatite) que não demanda tratamento cirúrgico, foi atribuída uma compensação por danos não patrimoniais no montante de € 225.000,00. O médico cortou o nervo mentoneano do paciente,



não o ligando de imediato, tendo, em consequência a autora passado a sofrer diversas dores, dificuldade em falar e comer, insensibilidade do lábio inferior. O tribunal atribuiu indemnização para ressarcimento de danos não patrimoniais no montante de € 30.000,00.

Compressa esquecida no interior do corpo de um paciente sujeito a uma intervenção cirúrgica, o tribunal considerou como razoável uma indemnização:

- a) por danos patrimoniais, consistentes em lucros cessantes, a quantia de € 155.400,00;
- b) por danos não patrimoniais (impossibilidade de fazer face às despesas diárias de subsistência do agregado, aos compromissos assumidos com habitação e aquisição de veículo afecto ao seu comércio; necessidade de recorrer a ajuda financeira de familiares e amigos; angústia profunda; consciência da destruição do seu plano de vida; revolta, tristeza e frustração; dores durante o período de convalescença), a quantia de € 15.000,00.»

No contexto destes exemplos Helena Soares de Moura explicou que os médicos podem ser responsabilizados por actos próprios, actos de outros médicos ou actos dos seus auxiliares e falou das diferenças que existem em termos de valoração do dano e respectiva indemnização. «A desmistificação da bata branca originou um aumento da litigiosidade, com multiplicidade

de danos indemnizáveis e tendência de aumento progressivo dos valores de indemnização», concluiu.

As conclusões deste primeiro dia de conferência ficaram a cargo de João Rebelo, *head of legal* da Espírito Santo Saúde, SGPS, S.A., o qual salientou a importância dos seguros de responsabilidade civil, referiu que uma grande percentagem das queixas são por causa de atrasos e como «a massificação do acesso à informação gera confrontos constantes»; «(...) as expectativas em relação à medicina são cada vez maiores, nomeadamente devido aos avanços tecnológicos; (...) há uma tendência acrescida para reclamar». João Rebelo alertou que «a partir do momento em que temos serviços de excelência» o critério de análise do 'bom pai de família' já não será aplicável, passando a exigir-se uma análise por «critérios de excelência». «O segredo está na advocacia preventiva pois o paradigma mudou e não vai retroceder» ao que era, explicou. Referindo-se à prova em tribunal, resumiu: «é muito difícil ao doente provar os factos por isso cada vez mais a jurisprudência faz com que seja o médico e a instituição a terem que provar que fizeram tudo bem».

Gestão do risco

O segundo dia da conferência foi presidido por José Manuel Silva, bastonário da Ordem dos Médicos, o qual realçou a «extraordinária relevância da temática» e introduziu a debate alguns dados estatísticos: «nos EUA, pela idade dos 65 anos, 75% dos médicos, de especialidades de baixo risco, já foi alvo de um processo e no contexto das

Esta situação origina uma medicina defensiva e consequentes custos acrescidos – um aumento de custos que chega a atingir os 10% da despesa com saúde.

especialidades de alto risco, essa percentagem sobe para 99%. Esta situação origina uma medicina defensiva e consequentes custos acrescidos – um aumento de custos que chega a atingir os 10% da despesa com saúde».

Filipa Marques Júnior, advogada associada principal da MLGTS, falou sobre 'gestão de risco' nas actividades relacionadas com a prestação de cuidados de saúde e explicou a heterogeneidade de riscos (médicos e legais) existentes quer em termos de prestação de cuidados quer de estrutura e organização. «Os prestadores devem estar atentos aos riscos; O risco legal é um risco a que está sujeito um profissional em virtude de uma desconformidade com a lei; (...) Qualquer que seja o risco, afecta a imagem do profissional e da instituição e pode originar custos», referiu exemplificando com um hospital que tenha que pagar uma coima, o que se traduz num «desvio de recursos financeiros que deviam ser para cuidados de saúde». É, por isso, «necessário encontrar um equilíbrio que torne o risco aceitável» o que só se consegue aplicando certos princípios: «antecipação, prevenção, detecção e reacção, só assim se pode lidar com o risco e torná-lo residual e aceitável». São o que esta oradora designou como «princípios de *Corporate Defense*». Estes princípios podem ser particularmente úteis para evitar o risco da corrupção e infracções conexas. «Em Portugal estima-se que o valor em que o país é prejudicado em resultado de corrupção ascende a 839 milhões de euros». «O sector da saúde pela multiplicidade de actores é particularmente sensível à possibilidade deste risco», afirmou exemplificando com as áreas da aprovação da introdução de medicamentos no mercado nacional e da prescrição. Filipa Marques Júnior assumiu que existem poucos casos na saúde mas salientou que, os poucos que existem, têm uma grande cobertura mediática. «Uma vez que

Em Portugal estima-se que o valor em que o país é prejudicado em resultado de corrupção ascende a 839 milhões de euros. (...) O sector da saúde pela multiplicidade de actores é particularmente sensível à possibilidade deste risco.

as instituições de saúde podem ser responsabilizadas, é especialmente importante que elaborem planos de gestão de risco». Os aspectos a ter em conta na elaboração de um programa de gestão de risco para antecipar, prevenir e detectar indícios de corrupção e infracções conexas são «análise do risco, elaboração de códigos de conduta e normas de procedimento claras e acessíveis, monitorização, controlo e comunicação, investigação e processos disciplinares, educação e formação», numa espécie de «guião da empresa com o envolvimento da administração, esclarecendo a cultura da empresa e os seus princípios». Em resumo, defendeu a necessidade de: identificar áreas susceptíveis ao risco; tomar medidas de prevenção dos riscos, identificar os responsáveis envolvidos na gestão do plano, sob direcção do órgão dirigente máximo e, por fim, elaborar um relatório anual sobre a execução do plano.

A propósito desta intervenção o presidente da OM esclareceu que a instituição «irá actuar com severidade nos casos provados em tribunal» e considerou, naturalmente, inadmissível esse tipo de conduta nomeadamente porque «se se reduzisse a corrupção, isso permitiria diminuir os cortes orçamentais no SNS». Relativamente a potenciais casos de corrupção em termos de prescrição, José Manuel Silva recordou que a prescrição electrónica tornou essa actividade «alvo constante de escrutínio pois a tutela sabe a cada momento o que

se prescreve, quando e onde estamos a prescrever».

Arbitragem

António Sampaio Caramelo, advogado da MLGTS, fez uma intervenção sobre 'arbitragem' tendo começado por explicar quais as limitações desse método de resolução jurisdicional de litígios em que a resolução surge «mediante uma decisão obrigatória, proferida de acordo com o direito ou a equidade, por julgadores independentes e imparciais, através de um processo equitativo». Defendendo que se deveria fomentar a arbitragem explicou que sendo «a fonte da jurisdição dos árbitros um contrato (convenção de arbitragem) daí resultam limitações para o processo arbitral e para o âmbito de eficácia da decisão nele proferida». «A jurisdição do tribunal arbitral é limitada, tanto objectivamente como subjectivamente, pela convenção de arbitragem em que se baseia: só abrange os litígios enquadráveis na sua previsão e as pessoas que a ela se vincularam (...) e só é aplicável a responsabilidade civil e consequentes pedidos indemnizatórios. Os casos de responsabilidade médica, de natureza penal, contraordenacional e disciplinar não são, pela sua natureza, susceptíveis de decisão por árbitros». A existência de convenção de

O pedido do lesado contra o médico e o eventual direito de regresso do hospital contra este não são dirimíveis na mesma arbitragem



arbitragem válida, reduzida a escrito, é condição básica e essencial. Geralmente existem cláusulas contratuais «compromissórias» ou seja para litígios futuros. Quanto tal não existe «a resolução de litígios atinentes a responsabilidade civil médica só será possível mediante celebração de compromisso arbitral - para litígio já existente». «Convém que a cláusula compromissória tenha previsão ampla (por ex. conferindo aos árbitros competência para 'conhecer de todos os litígios emergentes de ou relacionados com a execução do contrato de prestação de serviços'), para poder abranger quaisquer pretensões indemnizatórias baseadas não só em responsabilidade contratual mas também (se for caso disso) em responsabilidade extra-contratual». Outra limitação será que «o hospital, na arbitragem que o oponha ao lesado, não pode obrigar a nela intervir, para contra este exercer o direito de regresso, o médico (causador da lesão) que seja terceiro em relação à convenção em que se baseia a arbitragem. (...) O pedido do lesado contra o médico e o eventual direito de regresso do hospital contra este não são dirimíveis na mesma arbitragem» o que se traduz numa desvantagem comparativa da arbitragem porque acarreta «maiores custos e risco de desarmonia de julgados». António Sampaio Caramelo explicou ainda que é inadmissível a arbitragem sob a égide de ordens profissionais porque põe em causa a

imparcialidade dos árbitros nomeados põe essas instituições.

Responsabilidade criminal e civil nos ensaios clínicos

João Matos Viana, advogado, associado principal da MLGTS, e assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Tiago Félix da Costa, advogado, associado principal da MLGTS, e docente universitário convidado da FDUNL, falaram sobre 'responsabilidade criminal e civil nos ensaios clínicos'. Tiago Félix da Costa introduziu o tema referindo que «a prova é convencer um ser humano de um facto, algo que não é tão fácil quanto possa parecer». Nos ensaios clínicos devem existir cuidados específicos: «fazer um contrato de seguro e ter cuidado no clausulado e um especial cuidado na organização», com redundâncias que permitam a redução dos riscos, recomendou. João Matos Viana fez um enquadramento histórico relativamente aos ensaios clínicos, explicando a sua origem no Código de Nuremberga, que «por não ter sido feito por médicos e tendo se baseado numa decisão judicial» deixou em aberto muitas questões. Um consentimento devidamente informado, com real compreensão da informação transmitida, e uma monitorização cuidadosa são os elementos que este orador realçou como fundamentais. «Relativamente ao consentimento a forma como se apresenta a relação custo-benefício é basilar: se se apresentam as probabilidades em termos de vida, é obviamente muito diferente de quando se dizem os mesmos dados mas do ponto de vista da morte; (...) devem evitar-se jogos linguísticos». «O consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo

paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica». «No âmbito dos ensaios clínicos há um dever acrescido de monitorização constante durante e após o ensaio». João Matos Viana referiu ainda que obviamente que «nos ensaios clínicos ninguém consente na morte, consente em sujeitar-se a determinados riscos» e salientou que os ensaios só podem ser aceites se «houver uma expectativa de que a relação custo-benefício seja favorável ao doente» e explicou que para benefícios mais elevados, são aceitáveis riscos mais elevados: «o risco de morte pode ser aceitável se o benefício potencial for a cura numa situação em que não existe alternativa terapêutica», concluiu.

Carlos Figueira, magistrado do Ministério Público, falou sobre as vantagens da especialização no DIAP e da sua experiência relativamente a situações que envolvem responsabilidade médica. Deste segundo dia fez ainda parte Augusto Silva Dias, que falou sobre ‘*Leges artis*, cuidado e negligência’, intervenção que transcrevemos integralmente na continuação deste artigo.

As conclusões neste segundo dia ficaram a cargo de Paula Fortunato, advogada e jornalista, directora executiva da revista da Ordem dos Médicos. Que começou por referir que «quando os médicos escrevem sobre responsabilidade médica é de ética que falam», uma realidade que considera positiva pois «ninguém desejaria ser tratado por um profissional que estivesse mais preocupado com a lei e potenciais processos do que com o doente e o respectivo processo terapêutico. O caminho da medicina defensiva não é desejável: em primeiro lugar porque protela a decisão terapêutica e, em segundo, porque tem custos muito elevados». A propósito da dinâmica da responsabilidade médica recordou que «quando um médico está a

fazer uma intervenção cirúrgica, o seu pensamento está obviamente na recuperação do doente. E essa é a primeira conclusão que me parece de realçar... No momento em que se dá um acidente, porque é na maior parte das vezes disso que falamos quando se fala de responsabilidade médica, todos os intervenientes parecem esquecer-se de algo fundamental: médicos, doentes, e com certeza quaisquer outros profissionais de saúde, desejam apenas uma e a mesma coisa: o completo restabelecimento da pessoa que está a ser alvo de tratamento».

Como uma das palavras-chave da conferência escolheu «prevenção»: «prevenir erros evitáveis, nomeadamente erros de sistema – o que implica que, por exemplo, a comunicação das situações de «quase acidente», ou ‘*near miss*’ aqui faladas nos dois dias de conferência não tenha consequências negativas para quem as reporta para evitar um clima de medo que impeça esta forma de prevenção de falhas futuras; prevenir situações de má comunicação, nomeadamente através de um consentimento devidamente informado; prevenir o erro humano, evitando condições que o potenciam como por exemplo o excesso de horas de trabalho dos profissionais de saúde; prevenir situações em que os doentes, por falta de *compliance* contribuem para o seu próprio dano», ou seja, prevenção do sistema, dos Médicos, doentes, advogados. «Da parte dos profissionais de saúde espera-se que se recusem a trabalhar em condições que potenciem os acidentes e que reportem quaisquer situações de falha; dos responsáveis pelo sistema espera-se que perante o relatório de um erro/situação de quase acidente, ajam de forma a prevenir situações idênticas; dos doentes espera-se o bom cumprimento das indicações terapêuticas e dos advogados espera-se aconselhamento em termos negociais, mediação da comunicação e arbitragem».

Fazendo uma súmula sobre o dessacralização da medicina lembrou que «o excesso de confiança nos avanços tecnológicos não deverá toldar a consciência de que toda e qualquer intervenção cirúrgica tem riscos que, por muita prevenção que se faça, nunca serão eliminados completamente, simplesmente porque são inerentes à fragilidade da condição de ser humano». No contexto de incremento da litigiosidade que foi sublinhada por diversos intervenientes nesta conferência, «só a prevenção e a comunicação poderão travar a conflitualidade crescente em que vivemos», concluiu.

Nos ensaios clínicos ninguém consente na morte, consente em sujeitar-se a determinados riscos. (...) O risco de morte pode ser aceitável se o benefício potencial for a cura numa situação em que não existe alternativa terapêutica.