
**ESTUDOS DE MESTRADO
E LICENCIATURA**

SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESPONSABILIDADE MÉDICA*

Carla Gonçalves

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

I – LIMITAÇÕES INERENTES AO INSTITUTO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Enunciação do problema

O exercício da medicina - apesar de estar centrado na promoção do bem-estar dos pacientes - não está livre de infligir determinados prejuízos a estes sujeitos. Em verdade, muitas são as variantes que nos podem levar à consumação de um *acidente médico* ⁽¹⁾.

* Trabalho apresentado em 2005 no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Direito da Medicina do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Mestre André Pereira. Texto escrito em português do Brasil.

(1) O termo *acidente* - seja ele médico ou não - possui um espectro de abrangência variável. Ainda que, à primeira vista, pudéssemos ser levados a traçar um paralelo com um acontecimento não-culposo a verdade é que, rigorosamente, nem sempre isso poderá ser assim. No caso de uma colisão de veículos, por exemplo, mesmo que seja possível atribuir a consumação deste incidente à atuação culposa de um determinado condutor, ainda assim, diríamos que houve um *acidente* de trânsito. E na hipótese de um *acidente médico*, a lógica não deveria ser a mesma? Sim, num primeiro momento esta parece ser a resposta mais acertada. SANTIAGO SEGURA, no *Diccionario Etimológico de Medicina*, define *acidente* como um “acontecimiento inesperado, especialmente de carácter nocivo, que complica el curso natural de una enfermedad, sin ser específico de ella, o se presenta de imprevisto en una operación quirúrgica” (*Diccionario Etimológico de Medicina*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 249). Vê-se, portanto, que não há aqui qualquer menção à idéia de culpa. Convém ressaltar, entretanto, que a doutrina não é pacífica quanto a esta questão. Por vezes o

Em algumas situações, por exemplo, mesmo que o profissional de saúde atue em consonância com o mais perfeito estado de evolução da ciência e da técnica haverá sempre espaço para o dano. Ora, se tivermos em conta que a medicina não é uma ciência exata, que as patologias apresentadas pelos pacientes nem sempre se desenvolvem da mesma maneira que são retratadas nos livros ⁽²⁾, que o corpo humano pode reagir de formas diferentes ao mesmo estímulo e que raramente haverá um único caminho para o mesmo problema, fica fácil compreender que a atividade médica não é assim tão controlável quanto se poderia pensar.

Noutras hipóteses, por certo, o *acidente médico* também pode decorrer de um *erro* ⁽³⁾ cometido pelo profissional de saúde. Ao entrarmos neste domínio,

termo *acidente médico* será empregue com uma conotação mais restritiva, querendo designar apenas aqueles eventos lesivos que se tenham consumado independentemente de culpa (sendo este o caso, por exemplo, da aceção dada ao termo pela nova lei francesa e pela proposta de lei belga, conforme veremos a seguir). Noutros momentos, no entanto, a sua conotação poderá assumir um valor mais abrangente, abarcando, simultaneamente, as situações culposas e não-culposas. Por ora, é com esta interpretação que pretendemos ficar. Assim, ao empregarmos o termo *acidente médico*, como o fizemos, evitamos emitir um juízo de valor negativo acerca da conduta do profissional da medicina, muito embora reconheçamos que a negligência médica possa também estar aí incluída.

(2) Neste sentido, o médico ANTÓNIO VAZ CARNEIRO diz que “se formos aos livros de texto de medicina procurar, por exemplo, a definição de uma doença qualquer, encontramos um conjunto de sinais e de sintomas – abordagens estatísticas de grupos semelhantes – e não há com certeza nenhum doente à face da terra que apresente a totalidade dos mesmos” (“A complexidade da prática clínica: análise baseada no risco e na incerteza”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 29, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, Lisboa, Nov./Dez., 2003, p. 59).

(3) De forma análoga às diferentes interpretações suscitadas à volta do termo *acidente médico*, também no âmbito do *erro médico* há espaço para contextualizações diferentes. Segundo VAZ RODRIGUES: “O erro consiste no desacerto entre o conhecimento (aqui incluindo a vontade e a diligência) e a acção, ou omissão, com eventuais consequências” (“Onde erra o médico”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 29, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, Lisboa, Nov./Dez., 2003, p. 54).

Tecnicamente, em matéria de responsabilidade civil - tendo em conta, sobretudo, a regra geral da responsabilidade médica subjetiva - tem muito mais sentido falar em culpa do que em *erro*. Pese porém a veracidade desta observação, parece-nos que o *erro médico* também mereça alguma consideração autónoma. Isto se justifica, pelo menos, por dois motivos fundamentais: o primeiro é que o *erro médico* pode subsistir mesmo na ausência de culpa (é o que se pode dizer acerca de um erro médico *escusável* ou *desculpável*). ANA PRATA diz que o erro *desculpável* é aquele “em que incorre uma pessoa, não obstante ter actuado diligentemente; é, pois, o erro invencível com um grau médio de diligência e inteligência” (*Dicionário Jurídico*, 3.ª ed. (rev. e atual.), Almedina, Coimbra, 1995, p. 427). O segundo argumento é que a *linha de fronteira* entre o erro com culpa e o erro sem culpa não é tão bem delimitada quanto se poderia imaginar, assim sendo, os tribunais dispõem de uma certa flexibilidade no momento de julgar os médicos. Por outras palavras, o maior (ou menor) rigor dos tribunais poderá ser um reflexo do esquema de compensação dos pacientes em causa. Em França, por exemplo, num momento anterior à consagração do novo sistema de recomposição dos danos médicos, os tribunais vinham flexibilizando a noção de culpa e condenando os médicos na presença de um simples erro (ou mesmo na sua ausência). Por outro lado, na medida em que aquele país

entretanto, importa assinalar duas realidades distintas, com repercussões práticas igualmente diversas. Se, de um lado, a *humanização* da medicina subtraiu do médico o seu estatuto de semi-Deus, que outrora lhe foi reservado, do outro lado, este processo acabou por colocar em cheque a própria falibilidade dos profissionais de saúde, de modo que passou a ser mais simples admitir que o médico - assim como todo e qualquer profissional - também pudesse cometer determinados erros no exercício da sua profissão.

Não obstante, a distinção que merece ser aqui feita é a do erro *escusável* em oposição ao erro *inescusável*. Em linhas gerais, o *erro*, só por si, não provoca uma reação do direito. Com efeito, não é demais lembrar que o Código Civil português - à semelhança da generalidade dos países - consagrou a responsabilidade subjetiva como regra, de modo que a culpa do lesante passou a estar no cerne de quase todas as discussões que, eventualmente, pudessem resultar na sua responsabilização (4). Nos termos do art. 483.º, n.º 1, CC: “*Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*”.

Por outro lado, convém não olvidar que o critério legal escolhido como referência para a apreciação da culpa foi o da diligência de um *bom pai de família*. Ora, o *bom pai de família* não é um sujeito irrepreensível que está acima do bem e do mal, pelo contrário, o grau de diligência exigido pela lei corresponde ao comportamento de um homem normal, face às circunstâncias

desenvolveu um sistema misto de compensação dos pacientes, os tribunais passaram a retomar um certo rigor na apreciação da culpa do profissional de saúde, sabendo que o prejuízo sofrido pelo paciente poderá ser reparado por um sistema alternativo. (Voltaremos a examinar a nova realidade francesa mais adiante).

(4) Em sentido amplo, a culpa abrange tanto o dolo como a negligência. No entanto, em se tratando da atuação culposa de um profissional de saúde, estaremos, na maior parte das vezes, diante de um comportamento negligente e não doloso, mesmo porque não é nada habitual que o profissional da medicina se valha da sua posição na intenção de ferir o paciente. Seja como for, para efeitos de responsabilidade civil, esta distinção não assume o mesmo grau de importância que em matéria de responsabilidade penal. Fundamentalmente, no âmbito da responsabilidade civil, a maior diferença traduz-se no fato de que o juiz pode fixar a indenização num montante inferior se a responsabilidade se fundar em mera culpa (art. 494.º, CC).

Ressalte-se que, apesar de a responsabilidade fundamentada na culpa ter sido instituída em finais do séc. XVIII, para fazer frente aos eventos lesivos que despontavam no seio de uma sociedade agrícola e artesanal, tal responsabilidade continua a nortear a maior parte das ações de responsabilidade civil levadas a cabo nos dias de hoje. Em verdade, não dizemos isto na intenção de criticar a perpetuação, ao longo dos anos, de uma regra antiga; pelo contrário, se é certo que o rumo da evolução social e legislativa manteve a responsabilidade subjetiva como regra, com toda a certeza, não deve ter faltado fundamento para tanto.

concretas (5).

Transpondo este raciocínio para a área médica, chegamos sem maiores dificuldades à compreensão de que um médico normal - assim como o *bom pai de família* - também erra. Mas não é todo e qualquer erro que tem relevo para o direito, ou melhor, o direito só toma as *rédeas* do acontecimento lesivo quando o prejuízo infligido ao paciente decorrer de um comportamento culposo do médico (6). Saliente-se, todavia, que “dentro da profissão médica as exigências não são as mesmas consoante se trate de um clínico geral ou de um especialista. Àquele exigem-se os conhecimentos de um médico consciencioso que exerce a mesma profissão; a um especialista, cujo campo de actividade abrange um domínio restrito, exigem-se mais conhecimentos nesse domínio do que a um clínico geral. Quanto mais se sobe na especialidade mais o âmbito concedido ao erro é limitado” (7).

Enfim, já demos a entender que nem sempre poderá ser fácil separar o erro médico *inescusável* do erro médico *escusável*. Ademais, as nuances de cada caso concreto dão-nos especial conta disto. Só para se ter uma idéia do grau de complexidade que por aí passa basta fazermos o seguinte exercício de reflexão: se um médico administrar um determinado medicamento ao paciente - sem checar o rótulo da embalagem - e se o paciente vier a falecer na seqüência da toma deste medicamento, diríamos logo que o médico agiu com culpa.

Concretamente, esta foi a posição do tribunal neozelandês que culminou na condenação criminal do médico. Contudo, talvez devêssemos precisar um pouco melhor em que base os fatos se consumaram. Em síntese, o que ocorreu foi o seguinte: após uma intervenção cirúrgica, o médico-anestesiologista cumpria solitariamente o seu dever de vigilância pós-operatória. Ao perceber que o paciente estava a entrar num estado de pouca oxigenação o referido médico foi buscar, na prateleira habitual, o medicamento indicado para reanimá-lo (*dopran*), no entanto, por engano, acabou

(5) De acordo com PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, em anotação ao art. 487.º, n.º 2, do Código Civil português: “A referência expressiva ao *bom pai de família* acentua mais a nota *ética* ou *deontológica* do bom cidadão (do *bônus cives*) do que o critério puramente estatístico do *homem médio*. Quer isto significar que o julgador não está vinculado às práticas de *desleixo*, de *desmazelo* ou de *incúria*, que porventura se tenham generalizado, se outra for a conduta exigível dos homens de boa formação e de sã procedimento” (*Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed, rev. e atual., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 488-489).

(6) LESSEPS LOURENÇO DOS REYS, ao se posicionar acerca no grau de diligência exigível de um médico normal, diz: “Não se trata da conduta esperada dum médico altamente qualificado e experimentado, mas sim da conduta diligente que a generalidade dos médicos, com idêntica qualificação e meios, teria tomado nas mesmas condições” (“Responsabilidade civil dos médicos”, in *Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa*, série III, vol. 5, n.º 5, Set./Out, Ano?, p. 309).

(7) ALMEIDA, José C. Moitinho de, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, Secção Portuguesa da Associação Internacional do Direito dos Seguros, 1972, n.º 2, referindo o autor ALBERTO CRESPI.

ministrando-lhe um medicamento diferente (*dopamine*), que se encontrava no lugar do fármaco pretendido⁽⁸⁾. Pese embora a irreversibilidade do dano, será que podemos dizer que o médico em causa agiu com um grau de diligência inferior àquele que seria esperado de um médico normal naquelas circunstâncias? Parece que a resposta já não é assim tão óbvia quanto poderíamos ter pensado inicialmente.

Naturalmente, o *termómetro* da negligência deverá auxiliar os tribunais neste processo, todavia, não é de se pensar que o médico só atua com negligência quando contraria as *leges artis* ou os protocolos de boas práticas clínicas. O erro médico poderá ser considerado igualmente *inescusável* se o médico violar a liberdade de consentimento do paciente (ainda que a intervenção ocorra em consonância com o mais avançado estado de evolução da ciência e da técnica). Em verdade, a violação do dever de informar, por si só, pode resultar na condenação do médico, mesmo que o estado de saúde do paciente tenha *melhorado* após a intervenção⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾.

Há quem sustente, inclusive, que a condenação do médico com base na violação do consentimento informado funciona como uma via alternativa para condenar o profissional da medicina que, tendo agido de forma irrepreensível do ponto de vista científico, tenha *pecado* por não esclarecer devidamente o paciente.

Esta idéia aparece muitas vezes associada ao temor que gira à volta da criação de uma *indústria* da responsabilidade civil. Muito embora não se pretenda aqui defender – nem de perto, nem de longe – a condenação dos profissionais de saúde por tudo e por nada, uma coisa há de se reconhecer: “Não há indústria sem matéria-prima, de sorte que se hoje os casos judiciais envolvendo responsabilidade civil são

(8) Exemplo referido por Rui Casção (“A responsabilidade civil e a segurança sanitária”, in *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1, n.º 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 97-106). Num caso parecido (porém com nuances diferentes), o tribunal português condenou o farmacêutico a indenizar os danos causados à vítima, em razão da venda de um medicamento não prescrito. Em seu favor, o farmacêutico alegou que agiu corretamente no exercício da sua atividade e que o sucedido resultou de um erro da receita médica. Segundo aduz, a letra com que a receita foi escrita fez com que nela se lesse *desmoline*, ao invés de *dermalibour*, sendo este (e não aquele) o medicamento indicado. Em síntese, o STJ, em Acórdão julgado em 19/12/2001, pelo Relator FERNANDES MAGALHÃES, considerou que “a menor inteligibilidade da letra do médico que preencheu a receita, não exime o farmacêutico do cumprimento dos seus deveres de atenção, zelo e competência, desculpabilizando-o de falta grave cometida. Se tivesse dúvidas na interpretação do prescrito pelo médico, era obrigação sua contactar este pelos meios usuais para se esclarecer”.

(9) Para maiores esclarecimentos, v. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, n.º 9, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 121-128.

(10) Questão delicada é a de determinar o que se deve entender por uma *melhora* no estado de saúde do paciente. Colocando esta questão em termos mais drásticos: Quem melhor do que o próprio paciente para avaliar se prefere prolongar a sua respiração até o último suspiro ou, pelo contrário, se prefere preservar alguma qualidade de vida que eventualmente ainda possa existir?

tão numerosos é porque ainda mais numerosos são os casos de danos injustos” (11). Evidentemente, se a generalidade dos países estivesse caminhando no sentido de acolher a *marcha desenfreada* da responsabilidade civil - tal como o sistema norteamericano o fez (12) - aí sim os temores a que acabamos de referir não seriam injustificados. Contudo, não parece ser este o rumo da situação (13).

Retomando a colocação inicial acerca do consentimento informado, não nos parece correto pretender vincular esta idéia a uma via alternativa de condenação dos médicos. Em regra, quando um médico viola a liberdade de autodeterminação dos pacientes: ele age com culpa. Isto não quer dizer que a escolha do procedimento terapêutico tenha sido insatisfatória, todavia, se o médico faltar com o seu dever de esclarecer, o paciente terá um direito seu violado, sendo, portanto, natural que se lhe assegure a possibilidade de pleitear uma indenização em caso de dano.

Em suma: o *acidente médico* pode resultar de uma série de variantes, sendo que nem sempre será possível dizer que houve um comportamento culposos por parte do profissional de saúde. No entanto, o instituto jurídico da responsabilidade civil se ocupa, sobretudo, de resolver o esquema de recomposição dos danos decorrentes de uma atuação culposa, excluindo, de certa forma, os danos sem culpados do seu âmbito de tutela (14).

2. Como enfrentar os danos sem culpados?

Posta a situação desta maneira, chegamos a uma conclusão muito pouco confortável. Senão vejamos.

(11) CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de responsabilidade civil*, 3.ª ed. (rev., aum. e atual.), Malheiros, São Paulo, 2002, p. 419.

(12) Num estudo realizado em 1999 pelo *Institute of Medicine* (IOM) dos Estados Unidos, o erro médico aparece entre a oitava maior causa de morte daquele país, superando os casos de acidente de viação, cancro na mama e Sida. Neste sentido, v. INSTITUTE OF MEDICINE - IOM REPORT, *To err is human: building a safer health system*, (Eds. Linda T. Kohn, Janet M. Corrigan, Molla S. Donaldson), National Academy Press, Washington, 1999, p. 22.

Sobre o sensacionalismo e o exagero contido neste estudo, cfr. PONCE, Pedro, “Erro médico: uma visão clínica”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 29, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, Lisboa, Nov./Dez., 2003, p. 61-63.

(13) Em 1 de Fevereiro de 2002, o *Jornal Tal & Qual* - em matéria intitulada: *Vidas sem valor* - noticiou que são cada vez mais frequentes as denúncias de incompetência na saúde em Portugal, mas que, entretanto, poucas são as condenações e mínimas as indenizações pagas (à volta de 2 ou 3 mil contos). (Neste sentido, cfr. GUIMARÃES, Patrícia, “Vidas sem valor”, in *Jornal Tal & Qual*, edição 1128, Lisboa, 1 de Fevereiro de 2002).

(14) Afora os casos em que estes danos estejam inseridos no domínio excepcional da responsabilidade objetiva.

Se, por um lado, o instituto jurídico da responsabilidade civil, em regra, só se presta a resolver o esquema de recomposição dos danos decorrentes de uma atuação culposa, por outro lado, muito embora se reconheça que os casos de má prática médica possam estar por trás de uma quantidade significativa de eventos lesivos suportados pelos pacientes, o fato é que grande parte dos *acidentes médicos* suscitados consumir-se-á independentemente da existência de culpa.

Em verdade, evitar a consumação de um *acidente médico* não passa por fazer com que os profissionais da medicina preencham uma série de requisitos que porventura possam vir a consagrar um *padrão ideal* de prestação de cuidados de saúde. Ainda que uma prestação zelosa possa efetivamente alterar, em termos quantitativos, a ocorrência do dano, não podemos com isto inferir que conseguiríamos afastá-lo por completo⁽¹⁵⁾. Há de se assegurar, portanto, a possibilidade de *contornar* os resultados lesivos provenientes do exercício desta ciência.

Contudo, como fazê-lo na esfera da responsabilidade civil?

O problema que aqui se coloca dá-nos conta de algumas limitações inerentes a este instituto jurídico, ou melhor, dá-nos conta de que a sua sistemática não foi pensada para resolver todos os eventos lesivos⁽¹⁶⁾. Dentre os eventos lesivos que o instituto jurídico da responsabilidade civil não resolve, podemos destacar, em especial, os danos consumados sem culpa. Em bom rigor, tais danos nunca estiveram no âmbito da questão a que o instituto jurídico da responsabilidade civil procurou dar resposta. Por outras palavras, só quando estiver em causa uma hipótese excepcional de responsabilidade objetiva é que os danos sem culpados serão indenizados sob o manto da responsabilidade civil.

Em matéria de responsabilidade médica, poucos são casos que se inserem no referido regime excepcional. Assim sendo, muitos são casos de danos sem compensação. Não queremos com isso dizer que se deva abrir um permissivo legal para estender a responsabilidade objetiva a todos os danos decorrentes do exercício da medicina. Por ora, a única coisa que pretendemos deixar claro é que o instituto jurídico da responsabilidade civil não resolve - e nem é a isto a que se propõe - grande parte dos *acidentes médicos*.

(15) Naturalmente, esta observação não deve ser encarada de forma pessimista como se pouco mais pudesse ser feito para evitar a consumação do dano. Isto não é de todo verdade. A prevenção dos *acidentes médicos* tanto é possível quanto desejável. No entanto, “prevenção” não quer dizer “supressão”. (Sobre a metodologia de prevenção dos *acidentes médicos*, v. CASCÃO, Rui, *ob. cit.*, p. 102-104).

(16) Lembre-se que o instituto jurídico da responsabilidade civil vem à tona de forma a dar resposta aos casos em que o lesado pode exigir do lesante uma restituição pelos danos sofridos. Todavia, o velho brocardo *casum sentit dominus* ainda norteia a lógica da recomposição dos danos na maioria dos países.

Mas por que será que esta *amarra* da responsabilidade civil ganha mais evidência na seara da responsabilidade médica do que na de outros profissionais liberais?

Dentre outros motivos, um fato incontestável - e que sem dúvida nenhuma enseja uma preocupação acrescida relativamente ao exercício desta ciência - tem a ver com o progresso tecnológico da medicina. Nas palavras do médico ANTÔNIO VAZ CARNEIRO: “Há 50 anos, a prática clínica era considerada eficaz, simples e relativamente segura. Afinal, tudo o que o médico precisava cabia dentro de uma maleta... Não havia dúvidas sobre o que os médicos tinham de fazer e como o deviam fazer e os doentes pouco contribuíam para os seus cuidados” (17). Nos dias de hoje, as opções terapêuticas são vastíssimas; os exames laboratoriais permitem que se veja cada vez mais longe dentro do organismo humano; as indústrias farmacêuticas não cessam de aprovar novos medicamentos; e os instrumentos técnicos utilizados são cada vez mais precisos. Não obstante, o desenvolvimento tecnológico fez-se acompanhar de uma série de riscos. Assim, ao passo que a medicina avança em matéria de desenvolvimento tecnológico, o exercício desta ciência acaba por assumir contornos ainda mais *arriscados* (18).

Empregamos, propositadamente, a expressão “ainda mais *arriscados*”, tendo por assente que a atividade médica é uma atividade de risco. Neste particular, não vale a pena termos ilusões - mesmo sabendo que “a dor, a doença, a morte, as alterações da saúde não constituem, em princípio, um risco que nasça da atividade médica, mas algo ínsito ao ser humano” (19) - a medicina e o risco caminham de mãos dadas (20).

(17) CARNEIRO, António Vaz, *ob. cit.*, p. 57.

(18) GENEVIÈVE VINEY, ao se pronunciar sobre esta questão, aduz: “il n’est un mystère pour personne que les progrès de la médecine qui profitent à l’ensemble de la collectivité s’accompagnent d’un accroissement des risques créés par certaines techniques médicales, notamment par celles qui sont encore mal maîtrisées, mais qui sont parfois les plus prometteuses. Il est avéré également que les produits les plus efficaces sont généralement les plus agressifs et que les appareils les plus performants sont souvent les plus sophistiqués, ce qui explique que leur maniement soit délicat et risqué” (“Pour une loi organisant l’indemnisation des victimes d’accidents médicaux”, in *Médecine et Droit*, n. 24, Elsevier, Paris, Mai.-Jun. 1997, p. 1).

(19) KFOURI NETO, Miguel, *Responsabilidade civil do médico*, 5.ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 36.

(20) Registre-se que o conceito de «risco» não é, em si, um conceito linear. Muito comumente o «risco» aparece associado à idéia de «perigo», no entanto, a doutrina mais moderna tem procurado separar uma noção da outra. Durante muito tempo o «risco» foi encarado como “a contrapartida de um proveito econômico que o homem retira de certas atividades” (STARCK, B., “Domaine et fondement de la responsabilité sans faute”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tomo 56, Sirey, Paris, 1958, p. 478), traduzindo-se na fórmula: *ubi emolumentum ibi onus*. PERETTI-WATEL explica que, em termos históricos, o «risco» teria surgido no contexto das expedições marítimas, estando a circulação de mercadorias, entre os países, condicionada ao triunfo dos navegadores sobre as inconstâncias do mar. Todavia, o citado autor faz questão de sublinhar que o «risco» não é simplesmente uma nova palavra para exprimir uma idéia de «perigo» (*La société du risque*, La Découverte, Paris, 2001, p. 6-7). Alguns

Em verdade, não chega a ser difícil compreender que o risco incide sobre o exercício da ciência médica, ou melhor, sobre o exercício de uma ciência não-exata que conjuga, simultaneamente, o conhecido com o desconhecido, o explicável com o inexplicável, o físico com o psicológico e o progresso científico com a verdadeira arte. Enfim, por qualquer ângulo que se pretenda ver, o risco é uma condição inerente ao exercício da medicina e ao desenvolvimento de medidas tendentes a controlá-lo ⁽²¹⁾.

Quem poderá dizer que atividade médica não convive diariamente com ponderações de risco? Com o risco de se optar por um determinado tratamento, perfeitamente possível diante dos ditames da ciência, mas que resulte desastroso para o paciente em concreto. Com o risco de se interpretar mal um determinado exame laboratorial, muito embora os sintomas do doente levassem a crer que outro não pudesse ter sido o diagnóstico. Com o risco de o próprio exame laboratorial não ser um retrato fiel do estado de saúde do paciente. Com o risco de se prescrever um medicamento - dentre tantos outros possíveis - que desencadeie um efeito secundário perverso e pouco habitual. Com o risco de se internar um paciente e vê-lo contrair uma infecção hospitalar. Enfim, tudo isso para não falar nos riscos decorrentes de um mero descuido do profissional de saúde ⁽²²⁾.

autores têm defendido que o risco é uma faceta essencial do progresso e, a julgar pela evolução que determinados setores têm tido na intenção de melhor controlar os riscos (como é o caso, por exemplo, da viação civil), seríamos levados a concordar com esta opinião. MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, por sua vez, ao discorrer sobre o conceito de «risco», chegou à conclusão de que “haverá tantos *riscos* juridicamente relevantes quantos forem as espécies de bens afectados pela lesão a que essas probabilidades se refiram. Em suma: como fórmula isolada, o risco não serve à dogmática jurídica; tudo o que ele tem a dar-lhe depende da descoberta do lugar ou da matéria em que releva” (“Sobre as cláusulas contratuais gerais e conceito de risco”, in *Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, 1988, p. 61). Em poucas palavras, não seria legítimo inferir que todas as situações de «risco» tenham sido recepcionadas pelo sistema da responsabilidade pelo risco.

- (21) Numa perspectiva mais otimista, espera-se que num futuro próximo a medicina consiga controlar os seus riscos de forma mais expressiva (tal como outros setores o fizeram). Todavia, convém não olvidar que as possibilidades de desenvolvimento da ciência médica são quase tão extensas quanto os limites da criatividade humana, ou seja, mesmo que as barreiras éticas e jurídicas existam, a medicina tem diante de si um caminho muito amplo pela frente. Isto quer dizer que, por mais que os riscos de hoje venham a ser controlados no futuro, o mais provável é que novos riscos venham sempre a surgir. Para maiores informações sobre o risco enquanto elemento da atividade médica, v. SANTANA, Bianca Ferreira / SOUZA, Camilo Matos Cavalcante de, *Seguro de responsabilidade civil da atividade médica*, Trabalho de pós-graduação em Direito da Medicina do Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Set. 2004.
- (22) Diferentemente daquilo que ocorre, em regra, nas demais profissões, no âmbito da medicina um mero descuido pode ter repercussões fatais. Digamos, por exemplo, que o médico pretendesse prescrever 1,0 mg de um determinado medicamento para o paciente e que, ao escrever a receita, por engano, escrevesse 10 mg. Ora, apesar de a única diferença entre a receita correta e a receita errada ser uma vírgula, é escusado mencionar que este descuido poderia ter implicações muito negativas (IOM REPORT, *ob. cit.*, p. 46).

Saliente-se, porém, que o risco inerente ao exercício da medicina se traduz numa potencial fonte de danos para o destinatário da prestação de cuidados de saúde, ou seja, para o paciente. O médico - enquanto prestador - não corre maiores riscos de ser o alvo destes danos, mas sim das ações movidas na intenção de repará-los. E, neste sentido, o instituto jurídico da responsabilidade civil põe um freio nestas ações, sujeitando-as, em regra, à apreciação da culpa.

No entanto, o reconhecimento de que a atividade médica é uma atividade de risco não levaria a pressupor que a responsabilidade objetiva - fundamentada no risco - fosse mais adequada para este setor?

Ora, uma coisa é falar que a atividade médica é uma atividade de risco; outra coisa é pretender aplicar a responsabilidade pelo risco indistintamente a todo este setor. Há quem diga que vivemos numa sociedade de risco ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾ e, se isto for verdade, também não é menos certo que o alargamento das situações de risco não tem implicado num crescimento proporcional dos casos de responsabilidade objetiva. Tanto é assim que a responsabilidade objetiva continua a ser excepcional, ao passo que as situações de risco são muito mais frequentes. Ademais, levando ao extremo a noção de risco, acabaríamos por perceber que basicamente nenhuma atividade social poderia ser concebida se não houvesse uma certa margem de tolerância ao risco.

Este raciocínio pode ser facilmente acompanhado em matéria de responsabilidade médica. Eis que, mesmo que a atividade médica possa ser

Aproveitando o exemplo dado, se algo semelhante acontecesse em outro ramo profissional dificilmente se chegaria a resultados tão desastrosos quanto os que se poderiam verificar no caso acima suscitado. Ademais, em outras profissões o mais provável é que uma situação destas conseguisse ser revertida ou, na pior das hipóteses, resultasse apenas num prejuízo econômico. Assim, se um arquiteto, por engano, emitisse uma ordem de compra de uma determinada quantidade de material, bastante superior à necessária, o próprio espaço físico, para o qual este material estivesse destinado, dar-lhe-ia conta do excesso. Por outro lado, no caso de uma dosagem exagerada de um medicamento as repercussões negativas desta toma refletir-se-ão no próprio organismo do paciente.

(23) A criação do conceito de *sociedade de risco* deve-se ao sociólogo alemão ULRICH BECK que, em importante obra sobre o tema, trata da modernização da sociedade e dos problemas suscitados pelo risco. Para maiores informações, v. BECK, Ulrich, “*Risk society: towards a new modernity*”, trad. Mark Ritter, Sage Publications, London - Thousand Oaks - New Delhi, 1986 (reimp. 1998).

(24) PERETTI-WATEL entende que vivemos numa sociedade mais segura, no entanto, com mais riscos. Em verdade, a própria compreensão do risco tem mudado com a nossa crescente capacidade de estabelecer novas associações de causa e efeito. Neste sentido, o citado autor exemplifica: “pour se prémunir de tous les facteurs de risques connus du cancer, il faudrait adopter un régime alimentaire drastique, filtrer son eau, filtrer son air, limiter son exposition au soleil, éviter certaines matières pour ses vêtements, certains matériaux pour son habitation, tout cela en restant à l’affût des études épidémiologiques qui détectent régulièrement de nouveaux facteurs de risque, et sans être vraiment sûr d’avoir bien contrôlé tous ces facteurs” (*ob. cit.*, p. 16).

considerada como uma atividade de risco, nem por isso os casos concretos de responsabilidade médica objetiva abundam ⁽²⁵⁾ ⁽²⁶⁾.

(25) Ocasionalmente, no entanto, o legislador tem entendido que os riscos inerentes à prática médica justificam a adoção do regime excepcional da responsabilidade objetiva. Muito embora poucos casos estejam verdadeiramente inseridos neste sistema, é de se referir que, em face do ordenamento jurídico português, os casos de responsabilidade médica objetiva são os seguintes: os ensaios clínicos; a doação de órgãos e tecidos em vida, a exposição de pacientes a radiações e, em determinadas situações, a posição do médico enquanto chefe de equipe.

(26) Já vimos que os conceitos de «risco» e de «perigo» são comumente tomados como sinónimos (v. nota 20 supra), refira-se, por oportuno, que o Código Civil português possui uma disciplina específica para regular os danos decorrentes de atividades perigosas. De acordo com o art. 493.º, n.º 2: “*Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir*”.

À primeira vista, parece não haver maiores incompatibilidades na aplicação deste preceito para regular as intervenções médicas perigosas. O maior problema, contudo, reside em determinar qual seria o grau de periculosidade exigível da atividade médica para que a pudéssemos inserir na disciplina deste artigo. Sendo a atividade médica uma atividade *intrinsecamente* perigosa (bem como arriscada) – tanto pela sua natureza, quanto pela natureza dos meios utilizados – será que esta simples razão é suficiente para invocarmos a sistemática acima referida? Neste particular, o perigo seria uma condição extensiva à atividade médica como um todo ou apenas a alguns ramos desta ciência?

Ora bem, assim como o risco inerente à atividade médica não implica, necessariamente, na adoção de uma responsabilidade objetiva; o perigo inerente à prática médica também não condiciona todo o exercício desta ciência ao regime dos danos causados por atividades perigosas. No entanto, tudo leva a crer que a disciplina do art. 493.º, n.º 2, CC, possa servir para conter os reflexos negativos do progresso da medicina.

Convém sublinhar que, em Portugal, a contextualização da atividade médica como uma atividade perigosa só tem o efeito de ensejar o regime da presunção de culpa do agente. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA referem que “este preceito, relativo às actividades perigosas em geral, é dos que mais claramente revelam o carácter excepcional da responsabilidade pelo risco, na medida em que, mesmo quanto às actividades dessa natureza, onde a teoria do risco mais tende a afirmar-se, a lei admite a prova da culpa como causa de exclusão da responsabilidade do agente” (*ob. cit.*, p. 495).

Há de se reconhecer, todavia, que o regime da presunção de culpa se situa numa *zona de fronteira* entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. E mais, no âmbito dos danos causados por atividades perigosas, além de haver a inversão do ônus da prova da culpa, exige-se que o agente atue com um grau de diligência superior ao de um sujeito normal. Note-se que a prova liberatória do dever de indenizar pressupõe a demonstração de que “*todas as providências exigidas pelas circunstâncias*” foram tomadas no sentido de evitar o dano. (A este propósito, v. SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *Responsabilidade objectiva: novas tendências através da responsabilidade pelo risco*, Relatório de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000, p. 60-63).

Por fim, insta esclarecer que é bem provável que, entre os países europeus, a disciplina pensada para regular o exercício das atividades perigosas sofra alguma alteração num futuro próximo. Concretamente, o EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, encarregado de harmonizar os princípios europeus da responsabilidade delitual - em relatório concluído em 16 de Outubro de 2004 – acabou por sujeitar a condução de atividades *anormalmente* perigosas ao regime da responsabilidade objetiva. (Nos

O problema da atividade médica - enquanto uma atividade de risco - enseja a discussão acerca da justa distribuição dos riscos em sociedade. Noutros termos, pelo menos dois fatores essenciais hão de ser ponderados em conjunto antes que se consiga alcançar uma resposta satisfatória para esta problemática. Pois bem, por um lado, é imperioso refletir quem deve arcar com os custos das compensações das vítimas de um *acidente médico* ⁽²⁷⁾; e, por outro lado, o aspecto econômico também não pode ser descuidado sob pena da justa distribuição dos riscos não passar de uma mera abstração teórica.

A solução da responsabilidade médica subjetiva – apesar “de ser a mais educativa do ponto de vista social e de constituir uma homenagem à ideia de liberdade do homem: este conserva o poder de escapar às responsabilidades evitando cometer actos culposos” ⁽²⁸⁾ - acaba por sobrecarregar o próprio paciente com o ônus de custear os progressos da medicina. É como se chegasse à conclusão de que a medicina é efetivamente uma atividade de risco, mas, na ausência de uma conduta culposa - seja ela provada ou presumida - caberá ao próprio lesado suportar o seu infortúnio.

A solução da responsabilidade médica objetiva, por seu turno, só parece ser sustentável do ponto de vista econômico enquanto excepcional. Se por mera suposição pensássemos em fazer da exceção a regra, subsistiria o desafio de saber como viabilizar economicamente esta opção. Para mais, não parece de todo correto fazer recair sobre os médicos o peso de sustentar todos os riscos desta ciência. Caso colocássemos esta ideia em prática, o mais provável é que isto resultasse num crescimento exponencial da medicina defensiva (como efeitos econômicos desastrosos) e, quiçá, no retrocesso de determinadas especialidades médicas consideradas mais arriscadas (o que, em última análise, acabaria por prejudicar o próprio paciente).

Naturalmente, as hipóteses de responsabilidade médica objetiva que hoje existem – e aquelas que porventura venham a existir – só se justificam excepcionalmente, afinal, de nada adianta alargar de forma indiscriminada o âmbito de aplicação deste regime, se depois não houver meio de fazê-lo vingar ⁽²⁹⁾.

E a solução de fazer com que a sociedade sustente os riscos da medicina? Bem,

termos do art. 5:101, 2: “*An activity is abnormally dangerous if: a) it creates a foreseeable and highly significant risk of damage even when all due care is exercised in its management and; b) it is not a matter of common usage*”).

(27) Sobre esta matéria, cfr. SANTANA, Bianca Ferreira / SOUZA, Camilo Matos Cavalcante de, *ob. cit.*, p. 67-74.

(28) ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J. C. Proença, polic., Coimbra, 1983, p. 246.

(29) MICHAEL FAURE sustenta que, do ponto de vista econômico, tanto a responsabilidade objetiva quanto a responsabilidade subjetiva podem regular de forma satisfatória o esquema de recomposição dos danos médicos. Neste sentido: “If strict liability is considered as a legal rule, which forces the injurer to compensate the damage of the victim irrespective of the care he took, the insurer will invest in

em abstrato, esta poderia ser uma boa opção. Mas será que os riscos envolvidos no exercício desta ciência justificam que se comece a pensar em formas alternativas - para além do mecanismo tradicional da responsabilidade civil - de recomposição dos danos?

3. *Novas perspectivas*

É bem provável que já haja mesmo espaço para se repensar nos meios se recomposição dos danos resultantes de um *acidente médico*. Em verdade, isto a que designamos de *novas perspectivas* nem sequer podem ser consideradas assim tão recentes.

Não é de hoje que GENEVIÈVE VINEY vem defendendo a necessidade de se criar uma nova lei em matéria de *acidentes médicos*. Segundo sustenta a autora, tal iniciativa teria o mérito de ser favorável, simultaneamente, aos pacientes e aos médicos ⁽³⁰⁾.

Em rigor, conforme veremos, alguns países já possuem sistemas alternativos de recomposição dos danos médicos, ao passo que, outros, ainda estão em fase incipiente de reflexão sobre este problema.

É inegável que o que há de mais original nestes chamados sistemas alternativos extrapola a órbita da responsabilidade civil. Todavia, na maior parte dos casos, o sistema tradicional de indenização dos sujeitos lesados não é colocado totalmente

care to the point where the marginal costs of preventive measures equal the marginal benefit in reduction of the potential loss. (...) An efficient outcome can, however, according to the literature also be reached under negligence rule as long as the legal system equals the due care (required under negligence) to the efficient level" ("Comparative Analysis", in *Tort and insurance law: cases on medical malpractice in a comparative perspective*, vol. 1, (Obra coletiva. Eds. Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2001, p. 295).

No entanto, o referido autor reconhece que a solução da responsabilidade objetiva pressupõe que o prestador de cuidados de saúde possa equacionar os riscos corridos às medidas de prevenção necessárias a evitá-los. E mais, tal responsabilidade depende ainda da disponibilidade financeira do prestador de cuidados de saúde, implicando, geralmente, na adoção de um seguro obrigatório. Do contrário, caso não se consiga garantir uma compensação à vítima, a responsabilidade objetiva terá pouca aplicabilidade prática. Já no que diz respeito à responsabilidade subjetiva - para que esta regra funcione de forma eficaz - os tribunais precisam saber aplicá-la corretamente.

⁽³⁰⁾ Aos pacientes porque as regras da responsabilidade civil muitas vezes remontam num processo cansativo para as vítimas, que - abaladas física, moral e economicamente pelo *acidente* - se vêem obrigadas a enfrentar peritos, seguradoras, etc. Tudo isto para, ao cabo de alguns anos, virem a sucumbir no processo, tendo em conta a natureza fortuita ou *accidental* do dano. (Note-se que, consoante já tivemos a ocasião de referir, a doutrina francesa, em regra, desvincula a atuação culposa do *acidente médico*, sendo assim, a posição defendida por GENEVIÈVE VINEY deverá ser compreendida nestes termos).

Para os médicos, por sua vez, a possibilidade de virem a ser condenados por um comportamento negligente é sempre um fato que se faz acompanhar de graves repercussões na esfera da idoneidade profissional dos mesmos (ainda que em termos patrimoniais nenhum problema se coloque). Por

de parte, convivendo antes com as diferentes formas de ressarcimento dos pacientes (quanto mais não seja a título de uma convivência subsidiária).

Sendo assim, o estudo da responsabilidade civil continua a funcionar como um substrato valioso para que possamos melhor compreender as inovações introduzidas neste domínio. Ademais, a adoção de um novo sistema de ressarcimento das vítimas dos *acidentes médicos* acaba por ser encorajada em razão das limitações do sistema tradicional. Neste sentido, o termo de comparação está, mais uma vez, centrado nas regras da responsabilidade civil.

Todavia, não é de se pensar que a adoção do modelo tradicional implique na adesão a um conjunto retrógrado de regras, estagnado no tempo. Pelo contrário, ao longo dos anos percebe-se que diferentes caminhos vêm sendo percorridos dentro dos próprios quadros da responsabilidade civil⁽³¹⁾. É natural, portanto, que qualquer opção que se faça tenha as suas respectivas limitações e, nesta medida, a opção

outro lado, caso o *acidente médico* seja indenizado diretamente – por uma seguradora ou por um fundo de garantia – isto teria para os médicos a particular vantagem de não levantar juízos infamantes acerca da sua conduta (*ob. cit.*, p. 1).

FAGNART acrescenta que, além de uma nova lei ser favorável aos interesses dos pacientes e dos médicos, as empresas seguradoras também teriam a ganhar se o valor dos prêmios e das coberturas fosse devidamente controlado. Posta a situação de uma outra maneira, as seguradoras têm sentido uma certa dificuldade em suportar os custos dos sinistros (que, em Bélgica, chegam a representar 150% do valor do prêmio de seguro), sendo que, por outro lado, a solução de aumentar o montante das contribuições devidas não é verdadeiramente uma solução sustentável, tendo em conta que muitos profissionais de saúde não poderiam arcar com os custos inerentes a tal medida (“Indemnisation des victimes d’accidents médicaux en droit belge” in *L’indemnisation des accidents médicaux*, (Obra coletiva), Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, Paris, 1997, p. 44).

Sobre esta matéria, v. também impressivas conclusões a que chegou GENEVIÈVE VINEY, em colóquio sobre a indenização dos acidentes médicos, realizado em 24 de Abril de 1997, pelo Centro de Direito das Obrigações da Universidade de Paris I (“Rapport de synthèse”, in *L’indemnisation des accidents médicaux*, (Obra coletiva), Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, Paris, 1997, p. 103-116).

(31) Assim é que, por exemplo, a responsabilidade subjetiva foi progressivamente superada em alguns setores. ANTUNES VARELA, ao fazer uma retrospectiva acerca do movimento de superação da responsabilidade subjetiva, foi levado a afirmar que esta superação desdobra-se em duas fases: “Numa primeira fase, a tendência dos autores e das legislações é apenas orientada no sentido de, aceitando a doutrina do *risco*, alargarem a responsabilidade sem culpa a todos os utentes de coisas perigosas. A segunda fase, de autêntica socialização do *risco* ou do *dano*, procura assegurar a indenização ao lesado, mesmo nos casos em que seja desconhecido o autor da lesão ou em que ele, embora conhecido, careça de meios necessários para assegurar a reparação do dano” (*Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª. ed, Almedina, Coimbra, 2003, p. 523, n. 2). MENEZES CORDEIRO, por sua vez, nos anos 80 do século passado, referiu que as tendências *atuais* da responsabilidade civil estariam centradas nos seguintes eixos: na “preterição da distinção histórica entre a responsabilidade contratual e extra-contratual”, no “desenvolvimento da responsabilidade não derivada da prática de actos ilícitos”, na “construção da responsabilidade civil a partir do dano” e na “utilização de novos esquemas para concatenar a ilicitude, a culpa e o nexa causal” (*Direito das Obrigações*, vol. 2, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1980 (reimp. 1986), p. 264-265).

pelo sistema da responsabilidade civil não é diferente. Algumas reações, no entanto, se fizeram sentir dentro deste sistema; outras, foram mais longe, contribuindo para a criação de sistemas alternativos.

A solução dos seguros, por exemplo, foi uma destas reações que se fez sentir em ambas as esferas ⁽³²⁾.

Já há algum tempo se vem falando na tendência da responsabilidade civil ser substituída pela proteção dos seguros ⁽³³⁾ ⁽³⁴⁾. Num primeiro momento, o seguro de responsabilidade ocuparia, progressivamente, o lugar do responsável (lesante) que se limitaria a pagar pelo prêmio de seguro. Com isto, a responsabilidade civil perderia o seu duplo carácter sancionatório-reparatório para satisfazer-se apenas com a reparação do lesado.

O passo seguinte seria o da constituição dos chamados fundos de garantia, subsidiados por uma coletividade organizada, a fim de dar cobertura aos eventos lesivos que não fossem atendidos pelos mecanismos usuais da responsabilidade civil.

Por fim, a reparação dos danos seria suportada pela segurança social e/ou por sistemas paralelos, tendo em conta a própria lesão sofrida e não aquilo que

⁽³²⁾ Em início dos anos 70, MOITINHO DE ALMEIDA já chamava a atenção para o fato de que “nunca teríamos assistido ao desenvolvimento nos nossos dias do instituto da responsabilidade civil não fora a existência do seguro. Porque este existe o legislador não receia criar novas responsabilidades objectivas, e os tribunais alargam os casos de responsabilização, assim como as indemnizações arbitradas, sabendo que o responsável não ficará na miséria pois os efeitos do ilícito recaem sobre a seguradora” (*ob. cit.*).

Em rigor, há quem sustente que os seguros de responsabilidade civil surgiram como uma necessidade de tornar *operacional* a teoria do risco (PASSOS, José Joaquim Calmon de, “O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro”, in *Responsabilidade civil*, (Coord. Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho), Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 135). Noutros termos, muito embora seja hoje assente que a solução dos seguros se tenha tomado numa prática generalizada em diversos segmentos da atividade social, insta esclarecer que foi a partir da objetivação da culpa que esta solução ganhou contornos ainda mais genéricos (SILVA, Wilson Melo da, *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*, Editora Bernardo Álvares S.A., Belo Horizonte, 1962, p. 297). Assim, se, por um lado, o risco foi recepcionado pela sociedade como um elemento inerente ao seu funcionamento, pelo outro, despontou a idéia de que caberia à própria coletividade, enquanto beneficiária das atividades geradoras de risco, o ônus de suportar os danos daí advindos. A este propósito, CALMON DE PASSOS sugere que a responsabilidade objetiva deverá dar lugar a uma *responsabilidade coletiva*, “conseqüência de uma sociedade que incorporou o *risco* ao seu quotidiano como preço a pagar pelo que se fez prioritário – o progresso tecnológico e a reprodução ampliada” (*ob. cit.*, p. 135).

⁽³³⁾ Sobre este tema, cfr. VINEY, Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965.

⁽³⁴⁾ Mesmo antes dos anos 50 do século passado, já se vinha discutindo a possibilidade de o esquema tradicional da responsabilidade civil ser substituído por regras alternativas, ligadas, em geral, à adoção de um seguro.

estivesse na sua origem. Neste caso, a reparação do prejuízo sofrido deixaria de estar condicionada às regras da responsabilidade civil.

A toda evidência, o declínio da responsabilidade civil é tanto mais viável quanto mais evoluído for o sistema de segurança social e/ou os sistemas paralelos de um determinado país⁽³⁵⁾. É natural, portanto, que a responsabilidade civil venha a perder espaço na medida em que a segurança social progrida e se apresente como um meio mais eficaz de recomposição dos danos⁽³⁶⁾.

Com efeito, as *novas* perspectivas que se abrem para o problema dos *acidentes médicos* resultam, necessariamente, do amadurecimento legal, político, económico e social do país em causa. Isto é, os modelos que apresentaremos a seguir foram desenvolvidos tendo em conta a realidade concreta dos países que os implementaram, ou seja, ainda que em muitos aspectos as inovações introduzidas sejam dignas de aplausos, a sua transposição para outros ordenamentos jurídicos não poderá ser feita - se for caso disso - sem as devidas adaptações.

Enfim, ressalte-se que tem todo o interesse compreender como os sistemas alternativos funcionam - ainda que, em rigor, a concepção destes sistemas não esteja inserida no panorama geral da responsabilidade civil - eis que, não há como nos convenceremos sobre a *solução ideal*⁽³⁷⁾ para a recomposição dos *acidentes médicos*, sem um trabalho prévio de reflexão.

Os sistemas alternativos dão-nos conta de que os horizontes são ainda mais abrangentes do que se pensava. O problema dos danos sem culpados já pode ser encarado sob *novas* perspectivas e não apenas no quadro restritivo da responsabilidade objetiva. Mas será que a evolução da responsabilidade médica aponta mesmo neste sentido?

4. Os sistemas alternativos vrs. o sistema tradicional da responsabilidade civil

Em linhas gerais, dois têm sido os caminhos percorridos pelos países que se dedicaram a implementar um mecanismo diferenciado de indenização dos danos médicos. Assim é que, sob o manto dos sistemas alternativos, tanto

(35) Para maiores informações sobre do papel do Estado enquanto segurador universal de todos os riscos, v. SILVA, Wilson Melo da, *ob. cit.*, p. 302-306.

(36) ALARCÃO, Rui de, *ob. cit.*, p. 198.

(37) Entende-se por *solução ideal* a solução mais ajustada à realidade concreta e não aquela que se traduz numa mera abstração teórica.

podemos falar na adoção de um sistema *no fault* ⁽³⁸⁾, como na consagração de um sistema misto ⁽³⁹⁾. Concretamente, estudaremos cada um destes mecanismos de forma mais pormenorizada logo a seguir, todavia, de momento, afigura-se-nos oportuno distinguir os sistemas alternativos de recomposição dos danos médicos das regras aplicáveis ao instituto da responsabilidade civil e, em particular, ao instituto da responsabilidade objetiva.

Em primeiro lugar, é de se reconhecer que no âmbito da responsabilidade objetiva a culpa é irrelevante para fins indenizatórios apenas na perspectiva do lesado, ou seja, caso se verifique que o lesante atuou com culpa, o sujeito responsável pelo pagamento da indemnização poderá exercer o seu direito de regresso contra o agente culpado. No sistema *no fault*, por sua vez, a presença da culpa é indiferente - tanto sob o ponto de vista do lesado, quanto do lesante - assim sendo, mesmo que o profissional de saúde atue com culpa, o ressarcimento do dano ocorrerá precisamente nos mesmos termos (isto é, sem dar ensejo ao exercício do direito de regresso). Já no que diz respeito ao sistema misto, a ausência da culpa tende a ser um critério determinante para que o lesado se possa valer de um mecanismo alternativo de compensação dos danos.

Em segundo lugar, os órgãos competentes para processar as reclamações dos sujeitos que se julgam vítimas de um *acidente médico* são completamente diferentes. Neste particular, os tribunais administrativos ou judiciais (conforme o incidente se dê, respectivamente, num estabelecimento de saúde público ou privado) são competentes para julgar as ações de responsabilidade civil. Por outro lado, o sistema *no fault* conta com o apoio de órgãos não judiciais, geralmente situados no próprio hospital, para processar, numa esfera administrativa, as reclamações feitas pelos utentes. Daí resulta, em regra, num procedimento muito mais célere de compensação das vítimas ⁽⁴⁰⁾.

(38) Se nos fosse dado traduzir a expressão «*no fault*», para o português, chegaríamos sem maiores dificuldades na expressão «*sem culpa*». Noutros termos, o sistema *no fault* seria uma espécie de sistema de compensação dos danos sem culpa. Em termos basais, não podemos negar que o sistema em apreço guarda algumas semelhanças com o instituto da responsabilidade objetiva. Isto é, tanto num caso como noutro, a apreciação da culpa não é uma condição indispensável para fins indenizatórios. Ademais, conforme veremos, a prova do nexo de causalidade continua a ser uma condição essencial em ambos os casos e, bem assim, a viabilidade destes sistemas geralmente repousa na contratação de um seguro obrigatório.

(39) O sistema misto (como, aliás, o próprio nome indica) conserva, em parte, as regras tradicionais do instituto jurídico da responsabilidade civil, porém, também acolhe, em parte, uma técnica (alternativa) de recomposição dos danos, em que a ausência de culpa e a gravidade da lesão, dentre outros fatores, parecem justificar a reparação dos prejuízos infligidos aos pacientes.

(40) Dada a relativa novidade dos sistemas mistos, parece-nos mais prudente aguardar pelo momento oportuno para nos pronunciarmos acerca da aplicabilidade prática deste instituto.

Em terceiro lugar, a responsabilidade médica – seja ela objetiva ou subjetiva – tende a contemplar o princípio da reparação integral dos danos. Em contrapartida, o sistema *no fault* possui plataformas prefixadas de compensação, de modo que o lesado pode ser forçado a suportar (sozinho) parte dos seus prejuízos. Quanto a este aspecto, o sistema misto parece ter assentado numa solução intermediária, tendo em conta que, por um lado, os seguros de responsabilidade civil podem estipular limites máximos de ressarcimento, mas, pelo outro, o lesado tem a possibilidade de pleitear a reparação integral do dano através do recurso aos fundos de indenização instituídos para este efeito.

Pelo que se vê, é escusado referir que os sistemas alternativos acobertam realidades distintas (distintas, não apenas do instituto tradicional da responsabilidade civil, mas também entre si). Neste sentido, não é de se admirar que os países que recepcionaram tal sistema tenham acomodado a sua lógica às suas respectivas necessidades.

Em termos práticos, a Nova Zelândia foi pioneira no sentido de desenvolver um sistema de ressarcimento dos danos, independentemente de culpa, para a atividade médica como um todo. Esta iniciativa foi acompanhada pelos países escandinavos, fazendo destes cinco países - Nova Zelândia, Suécia, Finlândia, Noruega e Dinamarca – um exemplo paradigmático da consagração do sistema *no fault* em matéria de compensação dos danos ocorridos no setor de saúde. Mais recentemente a França promulgou uma nova lei, criando um sistema alternativo de recomposição dos danos médicos. E a Bélgica, ao que parece, muito em breve seguirá os passos dos franceses ⁽⁴¹⁾.

(41) DUTE, JOS, “A comparison of no-fault compensation schemes”, in *Tort and insurance law: no-fault compensation in the health care sector*, vol. 8, (Eds. Jos Dute, Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2004, p. 444-445.

O citado autor acrescenta que outros países também têm adotado novos caminhos no sentido de assegurar o ressarcimento dos danos consumados em setores específicos da atividade de saúde. Por exemplo, a Espanha, a Áustria e a Alemanha possuem um fundo de garantia com o propósito de indenizar os sujeitos que tenham contraído o HIV na seqüência de uma transfusão sanguínea. A Inglaterra mantém um fundo semelhante para compensar os danos resultantes das vacinações. A cidade de Viena (na Áustria) implementou um fundo de garantia a fim de dar cobertura aos danos médicos ocorridos nos hospitais públicos: desde que o nexo de causalidade tivesse sido provado, mas mesmo que a prova da culpa não tivesse sido feita. Alguns cantões suíços adotaram o sistema *no fault* para os hospitais públicos. LARS FALLBERG e EDGAR BORGHAMMAR acrescentam que certos estados norte-americanos possuem um sistema *no fault* de compensação dos danos neurológicos resultantes do nascimento (“The Swedish no fault patient insurance scheme”, in *European Journal of Health Law*, vol. 4, n.º 3, Kluwer Law International, Dordrecht, Out. 1997, p. 281). No Brasil, a adoção de um sistema alternativo de compensação dos danos médicos ainda parece ser uma realidade muito distante, contudo, dois projetos de lei, ainda em trâmite no Congresso Nacional, têm procurado encontrar uma solução mais equânime para este problema. O primeiro projeto, da autoria do Senador NELSON CARNEIRO, cria um seguro obrigatório para os estabelecimentos hospitalares que realizam cirurgias com anestesia geral. E o segundo projeto, da autoria do Deputado NELSON DO CARMO, cria um seguro obrigatório, a ser

A seguir, examinaremos o que motivou cada um dos referidos países a adotar um caminho alternativo para a recomposição dos danos médicos. Muito embora estejamos prestes a adentrar num *mundo* diferente do *mundo* da responsabilidade civil, acreditamos ser esta reflexão essencial para podermos melhor compreender em que medida um esquema diferenciado de indenização dos pacientes lesados parece defensável em termos mais genéricos.

II – SISTEMAS *NO FAULT*

1. O sistema neozelandês (breves considerações)

Desde 1974, a Nova Zelândia possui um sistema *no fault* de compensação dos danos pessoais resultantes de acidentes. Daí decorre que a indenização das vítimas não faz pressupor qualquer tipo de articulação no sentido de apurar a culpa do lesante, ou seja, o direito ao ressarcimento subsiste independentemente de todo e qualquer juízo ético de censurabilidade da conduta do agente. Ressalte-se que o setor da atividade médica é apenas um dos setores em que um episódio acidental pode ter lugar, sendo assim, o *Accident Compensation Act* foi pensado para acolher uma série de situações ⁽⁴²⁾.

Num estudo que antecedeu a elaboração do sistema neozelandês, o despertar para a promoção de um mecanismo mais eficaz de ressarcimento dos danos surgiu no domínio dos acidentes de trabalho. No entanto, a *Royal Commission of Inquiry*, encarregada de desenvolver este estudo, percebeu que na vida em sociedade os cidadãos são freqüentemente expostos a situações de risco, de modo que a proteção inicialmente vislumbrada para um setor específico acabou por se estender a outros setores da sociedade ⁽⁴³⁾.

contratado pelos próprios pacientes, como forma de dar cobertura aos erros médicos e às infecções hospitalares (cfr. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, “Responsabilidade civil do médico”, in *Revista Jurídica*, n.º 231, Ano XLV, Editora Síntese, Porto Alegre, Jan. 1997, p. 146).

(42) Em verdade, a Nova Zelândia foi o primeiro país do mundo a adotar um sistema *no fault* de compensação dos danos médicos. Entretanto, convém não olvidar que esta opção não trouxe consigo apenas resultados positivos, aliás, é neste sentido que já se tem afirmado que “the introduction of a no-fault system of compensation brings with it, by eroding standards of moral blame or fault, a danger of a responsibility vacuum” (LEWIS, Arthur, “No-fault liability: twenty years experience in New Zealand”, in *Medicine and Law*, vol. 15, n.º ?, Yozmot, Haifa, 1996, p. 426).

(43) Sobre este assunto, v. TUNC, André, “L’indemnisation des dommages corporels subis par accident: le rapport de la commission royale néo-zélandaise”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Ano 20, n.º 4, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, Out.-Dez.1968, p. 697-701.

No fundo, a conclusão da comissão neozelandesa resultou de um exercício de enquadramento do trabalhador no contexto em que ele pertence. Nestes termos, foi fácil compreender que aquela mesma pessoa que corre certos riscos no ambiente de trabalho, também os corre na estrada, em casa, nos hospitais e assim sucessivamente. Em pouco tempo, portanto, o modelo neozelandês passou a ser estruturado para abranger os danos acidentais em termos gerais. Na prática, o que se pretendeu foi evitar a *loteria* das ações de responsabilidade civil e encontrar uma resposta única para todas as situações acidentais ⁽⁴⁴⁾.

Note-se que um dos maiores desafios de sempre na consagração de um sistema *no fault* está em torná-lo economicamente viável. Se, por um lado, o modelo é sedutor; por outro lado, o fator econômico impõe limitações consideráveis. Quanto a este aspecto, não vale a pena pretender crer no contrário: os custos globais são mais elevados do que no sistema tradicional da responsabilidade civil e, em regra, parte do orçamento depende da participação do setor público ⁽⁴⁵⁾.

Assim sendo, seria legítimo perguntarmo-nos como foi que a Nova Zelândia conseguiu ultrapassar as regras clássicas da responsabilidade civil e organizar um sistema *no fault* de compensação dos danos acidentais ⁽⁴⁶⁾.

Ora, para além dos aspectos demográficos daquele país (que facilitaram, em muito, a consecução dos objetivos pretendidos), o financiamento do sistema pôde contar com a cobertura do Estado, através das contribuições prestadas pelos cidadãos por meio dos impostos. Noutros termos, parte do orçamento do Estado foi destinada à criação de um seguro social que subsidia financeiramente o sistema endossado. Com o passar do tempo, entretanto, os custos tiveram de ser revistos a fim de se evitar um colapso total do sistema ⁽⁴⁷⁾.

(44) No âmbito do setor de saúde, a consolidação do sistema *no fault* implicou no fato de que “some patients receive less compensation than they would have done if the statutory scheme had not been introduced; others receive compensation when none would have been available at common law” (SKEGG, PDG, “Compensation in the New Zealand health care sector”, in *Tort and insurance law: no-fault compensation in the health care sector*, vol. 8, (Eds. Jos Dute, Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2004, p. 298).

(45) Neste sentido, há quem sustente que “any general move from fault to true no fault liability is consequently likely to be funded, if at all, by an insurance scheme part-financed or underwritten by the public sector, thus inevitably by recourse to taxation” (MILDRED, Mark, “No fault compensation schemes”, in *Medicines, Medical Devices and the Law*, Greenwich Medical Media Ltd., London, 1999, p. 255).

(46) Sublinhe-se que a Nova Zelândia aboliu as regras da responsabilidade civil em matéria de compensação dos danos acidentais. Neste aspecto, pode-se dizer que o sistema neozelandês foi mais longe do que os outros países que também adotaram um sistema *no fault*, sem, contudo, suprimir as regras tradicionais da responsabilidade civil.

(47) Sobre os desacertos do *Accident Compensation Act*, v. TUNC, André, “Quatorze ans après: le système d’indemnisation néo-zélandais”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Ano 41, n.º 1, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, Jan.-Mar.1989, p. 139-144.

Em 1992, o *Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act* veio a termo com o propósito de criar condições mais favoráveis à manutenção do sistema *no fault* neozelandês. Neste sentido, foi essencial adotar medidas de contenção dos custos, que acabaram por implicar numa reavaliação dos danos compensáveis.

Acrescente-se que, depois de 1992, o sistema neozelandês voltou a passar por algumas readaptações, sobretudo com a promulgação do *Accident Insurance Act* de 1998, e, finalmente, com o *Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act* de 2001.

Se inicialmente o sistema neozelandês esteve centrado na idéia de promover uma indenização igual para danos iguais, a partir de um dado momento esta orientação teve de ser repensada. Como é óbvio, a proteção social tem os seus custos e os seus limites, de modo que não era possível pretender cobrir todas as situações danosas que tomassem corpo na vida em sociedade. Efetivamente, o que se percebeu foi que o *ideal de justiça* podia ser preservado ainda que se imputasse à vítima o ônus de suportar os danos de menor proporção ⁽⁴⁸⁾.

Ademais, como é habitual nos sistemas *no fault*, a cobertura dos danos não é feita de forma integral ⁽⁴⁹⁾ e também não se exige que o ressarcimento seja prestado de forma automática ⁽⁵⁰⁾. Por outras palavras, a adoção de um sistema *no fault* não significa que certas regras não devam ser cumpridas, pelo contrário, também neste domínio os critérios de compensação existem.

(48) TUNC, André, "Quatorze ans après...", p. 140-141.

(49) De acordo com o *Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act* de 2001, as vítimas de uma desventura médica, que incorram numa taxa de incapacidade permanente, igual ou superior a 80%, podem receber uma compensação até o valor máximo de NZ\$ 100,000. Nos demais casos, uma compensação semanal pode ser atribuída, devendo cobrir até 80% das perdas salariais, sem, no entanto, ultrapassar o valor de NZ\$ 1300 por semana. Saliente-se, por outro lado, que os valores despendidos nos tratamentos médicos e na reabilitação do paciente não estão sujeitos a um limite máximo.

(50) Em verdade, há quem defenda que no estágio final de evolução do sistema *no fault* a prova do nexo de causalidade perderá todo o sentido, assim, havendo um dano o sujeito lesado terá direito a uma compensação, independentemente do motivo. Se tal estágio evolutivo é ou não viável em termos financeiros, só o tempo dirá, por ora, resta-nos sublinhar que isto representaria uma completa inversão do velho brocardo *casum sentit dominus*.

Acrescente-se que a prova do nexo de causalidade não deixa de atender a um certo *ideal de justiça*, na medida em que afasta a possibilidade de o paciente obter uma indenização por um mero capricho ou por uma insatisfação qualquer com o tratamento médico administrado. E mais, os sistemas *no fault* tendem a facilitar a prova do vínculo causal, pelo que as dificuldades em prová-lo não são, em larga medida, insuperáveis. Na Nova Zelândia, por exemplo, basta que o órgão encarregado de examinar a reclamação da vítima conclua que existe uma probabilidade de o dano ter decorrido de uma desventura médica, para que o sistema possa ser acionado. (Para maiores informações sobre o procedimento de compensação na Nova Zelândia, v. SKEGG, PDG, *ob. cit.*, p. 313-314).

Sobre este assunto, curiosa é a reflexão feita por KOCH e KOZIOL que consideram não haver soluções extremas para a indenização dos danos médicos, ou seja, segundo aduzem: nem os sistemas tradicionais

Para efeitos de ressarcimento dos *acidentes médicos*, o sistema neozelandês exige que o dano tenha resultado de uma desventura médica (*medical misadventure*). À luz do diploma neozelandês que acabamos de referir, isto quer dizer que o dano só será compensável na hipótese de ter havido um erro ou um contratempo médico. Haverá um erro médico caso o profissional de saúde tenha atuado com um grau de diligência inferior ao esperado, em face das circunstâncias concretas (ou caso falte com o seu dever de esclarecimento); e haverá um contratempo médico caso o tratamento médico proposto, apesar de bem administrado, desencadeie uma reação adversa *rara e severa* ⁽⁵¹⁾.

2. O sistema escandinavo

Antes de mais, convém esclarecer que o sistema escandinavo não deve ser tido como um conjunto unitário e sistematizado de regras, sobretudo por se ter em conta que cada país criou o seu próprio sistema, de acordo com as suas respectivas tradições jurídicas. No entanto, conforme veremos, a solução adotada pelos países nórdicos para a recomposição dos prejuízos sofridos pelos pacientes conserva inegáveis semelhanças ⁽⁵²⁾.

2.1. Antecedentes (a experiência sueca)

A Suécia foi o primeiro destes países a romper com o esquema tradicional da responsabilidade por culpa em matéria de *acidentes médicos*. Desde início dos anos 70, a solução de fazer a indenização do paciente lesado depender da verificação da

vêm exigindo que a prova da culpa seja feita de forma irrefutável, nem os sistemas alternativos têm promovido o ressarcimento dos sujeitos lesados sem levar em conta o motivo que provocou o dano. Enfim, “the key differences lie elsewhere, in particular in the way claims are administered and in the type of funding necessary for maintaining the scheme” (“Comparative report and conclusions”, in *Tort and insurance law: no-fault compensation in the health care sector*, vol. 8, (Eds. Jos Dute, Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2004, p. 418).

(51) Sobre este assunto, v. MILDRED, Mark, *ob. cit.*, p. 262-263, BERNAT, Erwin, “Compensation for medical injuries: is there a need for a law reform? An Austrian viewpoint”, in *European Journal of Health Law*, vol. 5, n. 2, Kluwer Law International, Dordrecht, Jun. 1998, p. 120-121 e, especialmente, SKEGG, PDG, *ob. cit.*, p. 304-309.

(52) Num trabalho deste âmbito, seria descabido pretendermos percorrer cada um dos caminhos traçados pelos países escandinavos em toda a sua plenitude. Procuraremos, entretanto, estabelecer uma visão geral acerca do funcionamento destes sistemas.

culpa do profissional de saúde vinha reunindo sérios opositores no seio daquela sociedade⁽⁵³⁾. Os pacientes, por um lado, viam-se às voltas para conseguir provar os pressupostos capazes de ensejar a responsabilidade do médico e, neste particular, a prova da culpa sempre assumiu um caráter penoso, visto que os danos decorrentes do exercício da medicina, envoltos por uma certa complexidade, nunca foram facilmente caracterizáveis como culposos ou não-culposos. E, pelo outro lado, os próprios médicos vinham reconhecendo que o exercício da medicina – independentemente do zelo e da habilidade empregue pelo profissional da saúde no desempenho das suas funções – sujeita o paciente a certos riscos⁽⁵⁴⁾.

Antes de 1975, estima-se que apenas 10 casos por ano de *acidentes médicos* eram compensados em sede judicial⁽⁵⁵⁾. As limitações impostas pelo *Tort Damages Act (Skadeståndslagen)* já não convenciam os médicos e, muito menos, os pacientes. No fundo, a realidade vivida pelos suecos não era, na sua essência, muito diferente da realidade vivida por qualquer outro país que se tenha deixado guiar pelas regras da responsabilidade civil médica. A diferença é que os suecos foram mais *enérgicos* na busca por uma solução alternativa. É importante que se entenda que a *energia* dos suecos não deve ser contraposta à *inércia* dos demais países – e diga-se de passagem da grandíssima maioria deles – que ainda se baseiam nas regras da responsabilidade civil para recompor os danos resultantes do exercício da medicina⁽⁵⁶⁾.

Contrariamente ao que se poderia pensar, os suecos não precisaram esperar por uma intervenção legislativa para reagir contra a apreciação da culpa do profissional da medicina. Em 1975, o setor de saúde daquele país – consciente das desvantagens do sistema tradicional – criou espontaneamente um seguro coletivo com o propósito de garantir a recomposição dos prejuízos sofridos pelos pacientes. Note-se que o seguro em questão só se tornou obrigatório alguns anos mais tarde – com a entrada

(53) Uma das primeiras propostas no sentido de ressarcir o prejuízo dos pacientes independentemente da apreciação da culpa foi a de sujeitar os danos resultantes dos tratamentos médicos a uma responsabilidade objetiva. Entretanto, esta idéia acabou por fracassar, tendo em conta que, naquela altura, a frequência e a natureza dos *acidentes médicos* pareciam não justificar a adoção de tal medida (ESPERSSON, Carl, *The Patient Injury Act*, texto publicado na internet, *site* http://www.lof-forsakring.com/doc/pat_inj_com.doc, acessado em 11.10.2004, p. 1-2).

(54) GRÜNFELD, Arne, *The nordic patient insurance systems: similarities and differences*, texto publicado na internet, *site* <http://www.patientforsikringen.dk/uk/>, acessado em 13.10.2004.

(55) FALLBERG, Lars H. / BORGHAMMAR, Edgar, *ob. cit.*, p. 279.

(56) É certo que podemos (e devemos) estudar os mecanismos alternativos de recomposição dos *acidentes médicos* a fim de melhor compreender quais são as vantagens deste sistema, no entanto, caso tal sistema não possa ser recepcionado em termos práticos, ficamos apenas com uma teoria. Com uma teoria indubitavelmente enriquecedora – é verdade – que nos pode servir de termo de comparação para aprendermos com a experiência dos outros e avançarmos com a nossa própria: seja no sentido de construir uma realidade semelhante, ou não.

em vigor do *Patient Injury Act* de 1997 (*Patientskadelagen*) – no entanto, o senso de responsabilidade dos prestadores de cuidados de saúde daquele país já era de tal forma aguçado que, na prática, as regras vinham sendo acatadas, independentemente da existência de uma lei para este efeito ⁽⁵⁷⁾.

Com a transição para o sistema *no fault* ficou muito mais fácil para o paciente obter uma compensação, na medida em que o lesado deixou de ter que provar a culpa do médico para ser ressarcido. Em poucas palavras, a negligência médica e o dano passaram a ser tratados de forma independente ⁽⁵⁸⁾ ⁽⁵⁹⁾.

O ambiente criado com a adoção do sistema *no fault* também estimulou a participação ativa dos profissionais de saúde no processo de ressarcimento dos pacientes. Calcula-se que à volta de 60% a 80% dos danos reportados contam com a iniciativa dos profissionais da medicina ⁽⁶⁰⁾. Ora bem, tamanha transparência e confiança no sistema só podiam levar a que a transição para o sistema *no fault* obtivesse repercussões muito favoráveis ⁽⁶¹⁾.

(57) Dados estatísticos demonstram que apenas 5% dos prestadores de cuidados de saúde não contrataram um seguro antes de a sua contratação se ter tornado obrigatória. Na prática, entretanto, estes casos não chegaram a representar nem sequer 1% dos tratamentos médicos dispensados (cfr. ESPERSSON, Carl, *ob. cit.*, p. 3).

(58) Em verdade, existe uma agência do governo - *Medical Responsibility Board* (MRB) – que funciona como uma espécie de tribunal e que tem o poder de julgar as reclamações de má prática depositadas contra os médicos. As punições podem variar desde uma advertência disciplinar até a exclusão do profissional da prestação de cuidados de saúde. No ano de 1994, por exemplo, 2.417 reclamações foram feitas, sendo que 2.053 casos foram julgados. E no ano de 2001 este número subiu para 3.250 reclamações, contra 3.132 casos julgados. Neste sentido, v. ADELMAN, Susan Hershberg / WESTERLUND, Li, “The Swedish patient compensation system: a viable alternative to the U.S. tort system?”, in *Bulletin of the American College of Surgeons*, vol. 89, n. 1, Jan. 2004, p. 25-30.

(59) Saliente-se, igualmente, que as portas do *tort law* não foram fechadas para os pacientes. Em rigor, isto quer dizer que a Suécia - e, neste aspecto, os demais países escandinavos são parecidos - possui um sistema misto de indenização. Contudo, a prática tem demonstrado que é muito raro o paciente ir buscar uma compensação por um tratamento médico lesivo no tribunal, assim sendo, resolvemos tratar do sistema escandinavo essencialmente como um sistema *no fault* e não como um sistema misto (muito embora ele o seja). Em síntese, o *Tort Damages Act* “is applicable in all cases of medical malpractice regardless of whether the patient already has been compensated by health insurance or not. Naturally the patient is not entitled to be compensated twice. Any compensation that he or she has been rewarded from the health insurance will be deducted from the civil claim” (DAHLMAN, Christian / WENDEL, Lotta, “Country report: Sweden”, in *Tort and insurance law: cases on medical malpractice in a comparative perspective*, vol. 1, (Eds. Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2001, p. 191).

(60) ESPERSSON, Carl, *ob. cit.*, p. 2.

LARS FALLBERG e EDGAR BORGHAMMAR acrescentam que “in a system where one does not have to pinpoint a particular professional as having been negligent in order to get compensation, the likelihood for a constructive dialogue is higher” (*ob. cit.*, p. 282).

(61) De acordo com CARL ESPERSSON, de 1 de Janeiro de 1975 a 31 de Dezembro de 1999, aproximadamente 140.000 reclamações foram recebidas pelas seguradoras (*ob. cit.*, p. 9). LARS FALLBERG e EDGAR

Em pouco tempo, portanto, a experiência sueca contagiou os países nórdicos e o sistema *no fault* acabou por se estender aos demais países escandinavos. Em 1987, a Finlândia elaborou a sua primeira legislação sobre a matéria, que veio a ser posteriormente alterada em 1999. Em 1988 - à semelhança do que se passou na Suécia - o setor de saúde norueguês desenvolveu de forma voluntária algumas regras provisórias acerca da compensação dos pacientes (*Norsk Pasientskadeerstatning*), no entanto, só em 2001 estas regras tomaram a forma de lei (*Patient Injury Compensation Act*), vindo a entrar em vigor em 2003. Na Dinamarca, por sua vez, a lei que consagrou o seguro coletivo de indenização dos pacientes data de 1992, sendo que em 1999 esta lei sofreu uma reforma ⁽⁶²⁾.

Em síntese, os prestadores de cuidados de saúde dos países nórdicos aderiram a um sistema *no fault* a fim de recompor os prejuízos sofridos pelos pacientes na seqüência de um tratamento médico. Em termos práticos, esta opção foi viabilizada através da contratação de um seguro ⁽⁶³⁾. Ora, já vimos que a solução dos seguros também pode ser adotada em sede de responsabilidade civil, todavia, a solução dos países escandinavos não passou propriamente pela adoção de um seguro de responsabilidade civil. Diante do exposto, interessa saber como equacionar estas duas vertentes do seguro.

No seguro de responsabilidade civil, mesmo que a responsabilidade do segurado não vá além do pagamento do prêmio de seguro, são as regras deste instituto jurídico que norteiam a lógica da recomposição dos danos. De um modo geral, isto quer dizer duas coisas: em primeiro lugar, a seguradora só paga quando o segurado atuar com culpa (salvo se estivermos diante de uma hipótese de responsabilidade objetiva); e, em segundo lugar, caso a indenização seja paga na

BORGENHAMMAR, por sua vez, referem que em média 500 casos são resolvidos por ano (*ob. cit.*, p. 283). Ora bem, é escusado referir que o número de pessoas que se beneficiaram com a adoção do sistema *no fault* passou a ser muito superior ao número de indenizações obtidas antes de 1975 (apenas 10 casos por ano).

⁽⁶²⁾ A Islândia, em 2001, também adotou um sistema muito semelhante ao dinamarquês, v. o *Act on Patient Insurance* n.º 111/2000.

⁽⁶³⁾ Na Suécia, por exemplo, até 31 de Dezembro de 1994, o seguro voluntário foi tomado a cargo por um consórcio de seguradoras que reunia as quatro maiores empresas daquele país. Após esta data, entretanto, o consórcio foi desconstituído, uma vez que a sua manutenção se havia tornado incompatível com as regras de concorrência e de abertura do mercado exigíveis no âmbito comunitário. Com o *Patient Insurance Act* de 1994 (que entrou em vigor em 1997), o custeio do sistema passou a depender dos contratos celebrados entre os prestadores de cuidados de saúde e as empresas seguradoras. Ressalte-se que a administração dos seguros sempre contou com a participação do setor público de saúde (ESPERSSON, Carl, *ob. cit.*, p. 2-3). Na Finlândia e na Dinamarca os seguros coletivos também foram contratados pelos prestadores de cuidados de saúde, à semelhança do que ocorreu na Suécia. Na Noruega, por outro lado, o financiamento do sistema *no fault* foi tomado a cargo pelo governo, através de um seguro social, tal como na Nova Zelândia.

ausência deste pressuposto, a seguradora pode exercer o seu direito de regresso contra o sujeito culpado.

Nos seguros sociais e nos seguros coletivos a lógica da responsabilidade civil é deixada para trás e uma lógica alternativa passa a tomar as rédeas dos danos compensáveis. Em termos práticos, duas situações refletem bem esta mudança de perspectiva: a seguradora indeniza o paciente, independentemente de o dano ter decorrido de um comportamento culposo, ou não, do profissional de saúde; e a seguradora não tem qualquer direito de regresso contra o segurado.

2.2. Critérios de compensação

Como é óbvio, o sistema escandinavo possui determinados critérios de ressarcimento, critérios que, não estando pautados na apreciação da culpa, assumem dimensões mais objetivas.

Em primeiro lugar, a prova donexo de causalidade – com mais ou menos intensidade, a depender do país em causa - continua a ter relevo para efeitos compensatórios. Isto quer dizer que não havendo uma relação entre o comportamento do profissional da medicina e o dano sofrido pelo paciente: não haverá hipótese de ressarcimento. Note-se, entretanto, que os países nórdicos flexibilizaram a noção de causalidade e, neste particular, basta que o paciente faça prova da existência de uma probabilidade (como é o caso da Finlândia) ou de uma elevada probabilidade (como é o caso dos demais países) de o dano ter resultado da prestação de cuidados de saúde ⁽⁶⁴⁾.

Em segundo lugar, não é de se pensar que todo e qualquer dano seja acolhido pelas regras do sistema escandinavo, e nem que os prejuízos suportados pelos pacientes sejam compensáveis na sua integralidade. Na verdade, estes sistemas funcionam na base de plataformas de garantia, com a previsão de valores máximos a serem pagos ⁽⁶⁵⁾.

A cultura escandinava não é partidária das indenizações multimilionárias, de forma que, no mais das vezes, os valores pagos não alcançam somas exorbitantes. O ressarcimento do dano não patrimonial, por exemplo, tradicionalmente não assume grandes proporções nos países nórdicos. Em regra, as compensações servem para cobrir as despesas necessárias e não vão muito além disso. Naturalmente, esta

⁽⁶⁴⁾ GRÜNFELD, Arne, *ob. cit.*

⁽⁶⁵⁾ O valor da indenização paga aos pacientes costuma girar em torno de € 9.260 na Suécia (sendo que o valor máximo pode chegar a um milhão de euros), € 6.370 na Finlândia e € 25.434 na Dinamarca. (Referência feita pelo Senador ALAIN DESTEXHE no resumo que acompanhou a proposta de Lei belga n.º 3-213/1, que pretende organizar a indenização dos *acidentes médicos* sem culpa naquele país, p. 6-7).

perspectiva cultural resulta do grau evolutivo do sistema social destes países que toma para si grande parte dos custos dos cidadãos. Por outras palavras, as compensações mais baixas são um reflexo de necessidades menores ⁽⁶⁶⁾. Note-se que a barreira cultural que separa os países escandinavos do resto do mundo é um aspecto consideravelmente importante a ser equacionado, caso se pretenda adotar um caminho semelhante ⁽⁶⁷⁾.

Enfim, os países nórdicos lançaram mãos de algumas regras no intuito de delimitar o âmbito de aplicação dos seus respectivos sistemas. De um modo geral, a preocupação destes países assenta em ressarcir o paciente que tenha sofrido um dano evitável, no entanto, em alguns casos, o dano inevitável também poderá ser objeto de compensação.

a) O dano evitável

Pode causar alguma estranheza o fato de que determinados danos provocados pelo exercício da medicina sejam considerados evitáveis. Neste sentido, a primeira pergunta que nos vem à cabeça é a seguinte: se o prejuízo suportado pelo paciente podia ter sido evitado, porque é que não o foi? Ora, o dano pode não ter sido evitado por uma série de motivos. De acordo com o que vimos ao longo deste trabalho, um *acidente médico* pode ter por trás de si variadas motivações. Motivações que tanto podem passar pela negligência do profissional de saúde, quanto ficar muito longe disso. Em alguns casos, por exemplo, o dano poderia ter sido evitado se o médico

(66) ADELMAN, Susan Hershberg / WESTERLUND, Li, *ob. cit.*, p. 30. Também neste sentido, Jos DUTE fez a seguinte comparação: “The social security system and the NFCS [no fault compensation system] are in effect two communicating ‘vessels’: as the social security system becomes less generous, so the demands placed on the NFCS will increase, and vice versa” (*ob. cit.*, p. 448).

(67) Muitos sustentam que o modelo sueco de ressarcimento dos *acidentes médicos* se traduz numa história de sucesso que deveria ser transposta para outros países. Entretanto, a realidade não parece ser tão simples quanto isto. Num estudo realizado com o propósito de compreender se o sistema sueco poderia ser encarado como uma alternativa para os Estados Unidos, a conclusão a que se chegou foi a seguinte: “In summary, the Swedish system is ideally suited to Sweden. Any attempt to adopt it, in whole or in part, in the U.S. would encounter a number of problems. The trial lawyers would oppose it, and the political climate would be problematic. If awards were to be markedly higher here than they are in Sweden, overall costs might be too high, and we would have to figure out who should bear these costs. These questions demand rigorous legal and economic analysis” (ADELMAN, Susan Hershberg / WESTERLUND, Li, *ob. cit.*, p. 30).

De forma análoga, MILDRED refere que, em Inglaterra e em Wales, até o momento, as tentativas de implementação de um sistema *no fault* para os *acidentes médicos* restaram frustradas (*ob. cit.*, p. 255-271). (Sobre a aplicabilidade do sistema *no fault* noutros países, ver também FALLBERG, Lars H. / BORGHAMMAR, Edgar, *ob. cit.*, p. 279-286).

tivesse optado por um tratamento diferente para o paciente, todavia, se os tratamentos em causa forem igualmente possíveis diante do estado da ciência, como condenar a atuação do profissional da medicina? Por outro lado, se o paciente tiver suportado um prejuízo, a sua recomposição não seria justificável?

Na intenção de atender aos danos evitáveis, o sistema escandinavo desenvolveu algumas regras que devem servir de parâmetro ao ressarcimento do paciente. Em síntese, as regras aplicáveis neste domínio são as seguintes: a regra do especialista - *the specialist rule*; a regra do equipamento - *the equipment rule*; e a regra da alternativa - *the alternative rule* ⁽⁶⁸⁾.

A regra do especialista considera que se o dano pudesse ter sido evitado por um profissional experiente e especializado: o paciente terá direito a uma compensação. Neste cenário, pouco interessa saber se o profissional de saúde que efetivamente tratou o paciente era um sujeito experiente e especializado. O termo de comparação aqui é muito mais elevado do que isso: o que se pretende é que o paciente receba o melhor tratamento de saúde possível e não um tratamento que um médico normal pudesse prestar ao paciente naquelas circunstâncias ⁽⁶⁹⁾.

A regra do equipamento tem uma conotação bastante objetiva, isto é, se o dano suportado pelo paciente decorrer de uma falha ou de um defeito do equipamento: o paciente deverá ser compensado. A Suécia, por sua vez, levou esta regra ainda mais longe, fazendo-a incidir sobre a utilização incorreta dos equipamentos. (Na Dinamarca, o uso incorreto do equipamento recairia na regra do especialista).

A regra da alternativa propõe-se a ressarcir o paciente lesado quando se verificar que o dano podia ter sido evitado pelo recurso a uma técnica ou a um tratamento alternativo. Nem todos os países escandinavos adotaram esta regra ⁽⁷⁰⁾ e, aqueles que o fizeram, deram-lhe interpretações diferentes. Assim, para os suecos, um tratamento só pode ser considerado como alternativo se envolver menos riscos do que o tratamento escolhido. Já para os dinamarqueses, o tratamento só é considerado alternativo se for igualmente eficiente ao que foi empregue. Dentre as regras que vimos, esta é sem dúvida nenhuma a regra menos objetiva, ou seja, há aqui um espaço para que a sua aplicabilidade venha a comportar um número maior de casos.

Pelo que se vê, o sistema escandinavo presta grande atenção à recomposição dos danos evitáveis e, neste aspecto, a solução dos países nórdicos é francamente positiva para os médicos. Conforme veremos a seguir, o sistema alternativo francês

⁽⁶⁸⁾ Neste particular, seguimos a orientação de ARNE GRÜNFELD (*ob. cit.*).

⁽⁶⁹⁾ “This is meant to ensure that the assessment as to whether or not a patient has been correctly treated must be made objectively by persons with higher levels of knowledge and experience than is normally considered under the rule of culpability” (GRÜNFELD, Arne, *ob. cit.*).

⁽⁷⁰⁾ Como é o caso, por exemplo, da Finlândia e da Noruega.

de recomposição dos riscos sanitários ocupa-se, em primeira linha, dos danos inevitáveis, enquanto que os danos evitáveis continuam sujeitos à regra geral da responsabilidade médica subjetiva. Naturalmente, a negligência médica tende a aparecer muito mais no âmbito do dano evitável (apesar de nem todo dano evitável decorrer de um ato de má prática médica), do que no âmbito do dano inevitável. Ora bem, o que pretendemos com isso dizer é que o sistema escandinavo, ao proteger os pacientes contra os danos evitáveis, acaba encobrendo a atuação culposa do profissional da medicina. Muito embora não faça grande sentido falar em *culpa* no âmbito de um sistema *no fault*, há de se reconhecer que os profissionais de saúde são também grandes beneficiários deste sistema (71).

b) O dano inevitável

O dano inevitável também não foi descuidado pelo sistema escandinavo e, para este efeito, o critério de compensação utilizado baseia-se na regra da razoabilidade (*the reasonableness rule*) (72). Isto quer dizer que o paciente só será compensado se o dano ultrapassar um determinado limite de suportabilidade. Saliente-se, entretanto, que a regra da razoabilidade só se presta a resolver os casos relativamente sérios e raros, e mais, o enquadramento do que seria suportável, ou não, depende de uma avaliação do caso concreto (73).

Seja como for, importa esclarecer o que se deve entender por dano inevitável. Ora bem, em poucas palavras podemos dizer que esta noção se aproxima muito daquilo que os franceses convencionaram chamar de *aléa thérapeutique* (74), no entanto, no sistema escandinavo a amplitude dada ao termo tem variado de país para país.

Na Dinamarca, por exemplo, as infecções contraídas no hospital, bem como qualquer outro dano suficientemente sério e raro acabam por fazer parte dos danos inevitáveis. Em verdade, quase metade dos danos resultantes do exercício da medicina encontra proteção, naquele país, sob o manto da razoabilidade. Na Finlândia e na Noruega - apesar de a amplitude dada ao termo (*inevitável*) ser semelhante à dos

(71) Curiosa questão é a de saber se os médicos não estariam em vantagem, relativamente aos demais profissionais liberais, tendo em conta que o sistema *no fault* acoberta a culpa dos profissionais de saúde. Evidentemente, não nos é dado contestar esta realidade. No entanto, também é de se considerar que dada a essencialidade da atividade médica e aos riscos envolvidos, talvez faça mesmo sentido proteger esta classe profissional de forma diferenciada.

(72) Voltamos a insistir na sistematização dada a esta matéria por ARNE GRÜNFELD (*ob. cit.*).

(73) "The more serious the illness, the more extensive the necessary treatment will have to be, and the more risks this treatment entails, the more the patient is expected to tolerate, with regard to the magnitude of the injury, before compensation is granted" (GRÜNFELD, Arne, *ob. cit.*).

(74) Examinaremos este assunto mais adiante.

dinamarqueses - existe um maior rigor na seleção dos casos compensáveis. Na Suécia, por sua vez, a regra da razoabilidade só é aplicável às infecções graves contraídas no hospital ⁽⁷⁵⁾.

2.3. O mecanismo de recomposição dos danos

Por fim, uma das maiores vantagens do sistema escandinavo e que maior curiosidade desperta nos demais países, prende-se ao mecanismo de recomposição dos danos. Há aqui uma inegável aura de sucesso que leva milhares de espectadores em todo o mundo a aplaudir a organização deste sistema. No entanto, lembre-se que os aplausos merecidos não querem significar, necessariamente, que a sua transposição deva (ou possa) ser feita pela generalidade dos países.

Numa apertada síntese: o sistema *no fault* dos países nórdicos permite que a indenização dos pacientes se dê de forma célere, dentro da esfera administrativa dos estabelecimentos de saúde e sem qualquer custo para o sujeito lesado. De um modo geral, caso o paciente se estime vítima de um *acidente médico* - para dar início ao seu processo - basta que preencha um formulário simples de reclamação, disponível no próprio hospital. (Já vimos que, na prática, muitas vezes são os próprios profissionais de saúde que orientam os pacientes acerca do preenchimento deste formulário).

Pois bem, uma vez feita a reclamação, o hospital encarrega-se de fazê-la chegar, juntamente com os demais relatórios clínicos do paciente, à companhia de seguros responsável pelo ressarcimento do sujeito lesado, que, em primeira linha, decidirá se o paciente merece ser indenizado ou não.

Esta decisão é passível de recurso para a Comissão do Paciente (*Patient Injury Commission*) que voltará a avaliar em que medida o paciente deve ser compensado. Na Suécia, na Finlândia e na Dinamarca esta decisão não vincula os estabelecimentos de saúde (nem muito menos os pacientes) ao seu cumprimento, no entanto, não se tem notícia de um único caso em que a seguradora não tivesse acatado a deliberação da Comissão do Paciente ⁽⁷⁶⁾. Acrescente-se que, nestes países,

(75) Ressalte-se que as infecções hospitalares não são o único caso de dano inevitável, procuraremos, no entanto, desenvolver com mais rigor este assunto ao falar da *aléa thérapeutique*. Todavia, mais uma observação merece ser feita: especificamente no que diz respeito às infecções hospitalares, a Noruega foi mais longe do que os demais países escandinavos, adotando um critério completamente objetivo de compensação, ou seja, o ressarcimento é devido mesmo que o dano não seja considerado particularmente grave ou raro.

(76) Para uma análise mais profunda acerca do sistema de compensação dos *acidentes médicos* na Suécia e na Finlândia, cfr., respectivamente, WENDEL, L, "Compensation in the Swedish health care sector", in *Tort and insurance law: no-fault compensation in the health care sector*, vol. 8, (Eds. Jos Dute,

os pacientes também podem recorrer aos tribunais comuns, caso continuem descontentes com a decisão. Na Noruega, por outro lado, a decisão do *Patient Injury Commission* é vinculativa para os hospitais, de modo que apenas os pacientes podem levar o caso a tribunal, se considerarem oportuno ⁽⁷⁷⁾.

Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2004, p. 367-391 e MIKKONEN, Martti, “Compensation in the Finnish health care sector”, in *Tort and insurance law: no-fault compensation in the health care sector*, vol. 8, (Eds. Jos Dute, Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2004, p. 186-209.

(77) Naturalmente, se o paciente optar por sair da esfera administrativa terá de arcar com os custos inerentes aos tribunais judiciais ou arbitrais, consoante o caminho escolhido.

