

A falta médica na responsabilidade civil

É necessário demonstrar a existência da falta cometida pelo médico e para isso tornam-se necessários cinco requisitos: a *imprudência*, a *imprudência*, a *desatenção*, a *negligência* e a *inobservância dos regulamentos*. Em muitos casos existe uma mistura destes requisitos.

De um modo geral, o médico tem apenas uma obrigação de cuidados e não de resultados, estando os cuidados em conformação com os dados adquiridos pela ciência.

a) Caracteres gerais da falta médica

O doente procura o médico pela sua competência, que muitas vezes não possui. Contudo não se pode exigir de um médico de clínica geral o conhecimento de todas as técnicas de ponta que um especialista conhece, o mesmo sucedendo a um especialista que tem de ter uma boa formação geral, sem o qual nenhuma especialidade pode ser exercida convenientemente, e não podendo um especialista ser conhecedor das técnicas de ponta de todas as especialidades.

Deverá haver para qualquer tipo de falta, responsabilidade médica, ou esta será apenas resultante de uma falta grave?

Apenas uma falta grave deveria conduzir a uma responsabilização profissional, pois os tribunais não se devem intrometer em problemas científicos, que lhes são estranhos, reprimindo apenas as faltas certas.

As faltas deverão ser punidas desde que causem prejuízo a terceiros, não podendo haver excepções, mesmo que se trate de médicos.

Quando a responsabilidade for contratual, o médico deve prestar cuidados conscienciosos e atentos e de acordo com os dados adquiridos pela ciência.

Torna-se difícil saber se uma falta é inevitável, tratando-se de um erro ou de um acidente, que outro médico mais diligente ou mais experiente não cometeria.

Assim, se o doente contratou apenas o cirurgião, será este a responder aos actos cometidos por toda a equipa, incluindo o anestesista.

«A responsabilidade do comitente só existe se o facto danoso for praticado pelo comissário ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no exercício da função que lhe foi confiada», e isto como refere o n.º 2, do art. 500.º do C.C.

Existe também uma responsabilidade estrita do comitente (cirurgião), embora, normalmente o anestesista não deva ser considerado um comissário do cirurgião.

Se um médico utiliza os serviços de uma clínica, parece justo fazê-lo responder pelos actos do pessoal da clínica integrada na prestação de cuidados médicos, e até mesmo, por eventos estranhos a esta actividade, quando o dano for atribuível à *culpa da organização*. O médico ao recomendar uma determinada clínica aceita, implicitamente, a responsabilidade pela boa ou má organização desta.

Nos casos da responsabilidade dos hospitais públicos, só deverá ser intentada acção contra o próprio estabelecimento, não sendo necessário, em teoria, identificar a pessoa do responsável. Um certo número de deveres primordiais fazem parte da profissão médica, como a *prudência*. A imprudência é o acto cometido por um cirurgião que opera uma anca direita, quando a anca doente é a esquerda, ou um estomatologista que extrai o canino esquerdo em vez do canino direito doente.

Outro tipo de dever será quando o médico se recusa a prestar cuidados ou não assegurar a continuidade em condições que serão prejudiciais ao doente.

Para qualquer tipo de acto médico, o médico deverá obter o consentimento do doente, mas para obter esse consentimento deverá fornecer ao doente um esclarecimento exacto.

b) O esclarecimento do doente

O esclarecimento do doente põe problemas delicados, devendo o médico informar o doente sobre o seu estado e os riscos, que podem aparecer, quer espontaneamente, quer por acção do diagnóstico ou da terapêutica.

As informações dadas pelo médico ao doente têm de depender das capacidades intelectuais e psicológicas do doente.

De um modo geral, *o doente é estranho à técnica médica*, não tem conhecimentos, não compreende os métodos de pensamento e até a linguagem do médico. A informação não pode ser dada com um rigor exacto, mas adaptado às capacidades próprias de cada doente.

A compreensão da situação é impossível nos *casos de doentes inconscientes, de crianças e de doentes mentais*. Nestes casos, deverão ser informados os representantes legais do doente.

Em casos de alterações do psiquismo, a capacidade de receber as informações pode criar dificuldades.

Nalguns países, os médicos anunciam claramente a morte próxima ao doente, sendo a informação muito natural, enquanto que noutros, tudo o que se refere à morte é evitado. A melhor atitude a tomar é deixar a decisão ao médico e à sua consciência, pelo que nenhuma regra precisa deve ser aplicada. No caso de se decidir dizer toda a verdade, deve-se fazê-lo com a máxima prudência.

Praticamente um grande número de exames e todo o tipo de terapêutica podem estar ligados a um risco e até a um acidente, e alguns tipos de intervenções cirúrgicas podem conduzir a uma mutilação. O médico ficará em falta grave se não comunicar ao doente a possibilidade de uma mutilação ou de uma sequela resultante da sua actuação.

Evidentemente que não se pode comunicar ao doente um quadro completo de todos os riscos possíveis existentes em cada tratamento, transformando-se cada consulta num curso de medicina, além de levar ao desencorajamento do doente.

Deve ser feita uma escolha em função dos *dados estatísticos* e dar ao doente informações razoáveis para que possa ter uma visão clara da situação clínica e optar por uma decisão consciente.

O médico deve fornecer uma informação clara, exacta, mas limitada à evolução ou aos riscos previsíveis, em função da experiência pessoal e dos dados estatísticos.

Há contudo uma excepção a esta regra e que se situa no campo da *cirurgia estética*. O cirurgião actua, não para o restabelecimento

da saúde do doente, mas para lhe fazer uma correcção, devendo informar o doente de todos os riscos previsíveis, mesmo que eles se dêem excepcionalmente.

Há, contudo, duas actividades em cirurgia estética. A *cirurgia estética propriamente dita*, que repara as anomalias da natureza, e a *cirurgia reparadora*, que trata as doenças congénitas ou adquiridas, sendo esta regida pelas normas habituais.

A informação deve ser prestada antes de todo o acto médico, permitindo que o doente possa conscientemente consentir a execução do respectivo acto.

c) O consentimento do doente

O conhecimento do lesado é referido no art.º 340.º do C.C.: «1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que tenha consentido na lesão. 2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. 3. Tem-se por consentida a lesão quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível».

O art. 39.º do Código Deontológico trata dos métodos arriscados e refere: «Antes de adoptar um método de diagnóstico ou terapêutica que considere arriscado, o Médico deve obter, de preferência por escrito, o consentimento do doente ou de seus pais ou tutores, se for menor ou incapaz, ainda que temporariamente».

O consentimento torna-se fundamental para o exame do doente e posterior tratamento, sendo um dos aspectos básicos da relação médico-doente.

O consentimento compreende três elementos fundamentais: a capacidade, a voluntariedade e a informação:

A *capacidade* implica a competência para decidir, traduzindo a concordância do doente com o tratamento;

A *voluntariedade* expressa-se num consentimento natural, visto que algumas vezes o consentimento pode ser dado sob constrangimento ou coercivamente.

A *informação* constitui a base da estabilidade ao consentimento, sem o qual o médico não deve utilizar meios de diagnóstico e de terapêutica sofisticados, sem explicar os riscos e sem apresentar alternativas, incluindo o que poderá surgir se o doente não se tratar.

Normalmente, obtém-se um *consentimento oral*, mas, para segurança do médico, este deve ser dado na presença de uma testemunha, que não seja familiar, nem esteja relacionado com o doente.

O *consentimento escrito* deve adoptar-se para os exames complementares de diagnóstico complexos e para a administração de terapêutica cirúrgica. Este tipo de consentimento deve ser feito, sob a forma de uma declaração ou sob a forma da assinatura de termo de responsabilidade. Em casos de recusa de tratamento ou de internamento hospitalar, a declaração escrita impõe-se pois nestas condições, o médico terá de aceitar a decisão do doente, e o prognóstico poderá ser fatal a curto espaço de tempo.

Em muitos casos de urgência, o médico não consegue obter o consentimento livre com esclarecimento do doente. Se o doente não está em condições de dar o seu consentimento, a competência é dos familiares mais próximos, ou de outros a quem a lei confere autoridade de protecção natural, como nos casos de asilos, prisões ou outras instituições congéneres.

Quando não for possível o médico obter o consentimento do doente ou dos seus familiares, este poderá ser recebido de terceiros, com base afectiva, pois, não raras vezes, um indivíduo que não é parente, mas que vive com o doente há largos anos, tem mais valor na relação pessoal com o doente do que os próprios familiares ausentes.

Noutros casos, o médico terá de decidir e não poderá ser incriminado pela escolha que fizer.

O doente que deu autorização para um determinado tipo de intervenção cirúrgica, mas a situação revela um novo facto, não previsto, e impõe outra conduta que hipoteticamente poderá deixar sequelas. Terá o cirurgião de interromper a sua intervenção e só a retomar quando tiver obtido o consentimento do doente? Parece mais lógico ser o cirurgião a decidir e continuar a intervenção se para ele for a melhor atitude, visto que interromper o acto cirúrgico, para o retomar depois, seria altamente prejudicial para o doente, pois este terá de fazer outra intervenção cirúrgica, com todos os inconvenientes. Deve contudo nestes casos prevenir-se a família, mas isto por vezes é impossível no decurso da intervenção cirúrgica.

Não constituindo a intervenção médica uma ofensa corporal, ela conforma, contudo, uma *intervenção arbitrária e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, se for levada a cabo sem consentimento do doente e preenche um *crime contra a liberdade deste*, punível com prisão até 3 anos e pena de multa, como refere o n.º 1, do art. 156.º do C.P.

O consentimento não será, todavia, necessário, em dois casos:

- Quando o consentimento, «*Só puder ser obtido com adiamento que implique um grave perigo para o corpo ou para a saúde*», como refere a al. a), do n.º 2, do art. 156.º do C.P.
- Quando o consentimento, «*Tiver sido dado para uma intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro, diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde*», como refere a al. b), do n.º 2, do art. 156.º do C.P.

Daqui deriva, pois, a punição do médico que actua para salvar um doente em estado de inconsciência, ou daquele, que depois de iniciada uma intervenção cirúrgica, é confrontado com a conveniência do alargamento do campo operatório.

Segundo Figueiredo Dias e Sinde Monteiro (1984), esta norma não suscitará dificuldades relativamente ao cumprimento de deveres relacionados com a existência de epidemias, doenças contagiosas, vacinações obrigatórias e casos análogos.

O *dever de consentimento* só será eficaz, nos termos do art. 157.º do C.P.: «... quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde física ou psíquica».

Daqui derivam uma série de consequências.

Em primeiro lugar, competente para prestar o consentimento é o doente e, em princípio, só ele, sendo de referir o n.º 3, do art. 38.º do C.P., onde refere: «*O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*».

Em segundo lugar, refere o n.º 2, do art. 38.º do C.P.: «*O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto*».

Por último, acentue-se que, se o consentimento existir, mas o médico actuar sem dele ter tomado conhecimento, será o médico punido pelo crime de intervenção médica arbitrária sob a forma de tentativa: «*Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa*», como refere o n.º 4, do art. 38.º do C.P.

d) A técnica médica utilizada no exame do doente

O exame médico tem como finalidade o diagnóstico e é este que vai definir a terapêutica e em ambos, é hoje fundamental o apoio da tecnologia.

O *diagnóstico* é o resultado de um julgamento e, como tal, pode ser errado se o julgamento for falso.

Apesar de poder ser evidente, os erros são frequentes, mesmo aqueles que são feitos por clínicos competentes e lúcidos.

Um diagnóstico, fora dos casos habituais e de rotina, estabelece-se, progressivamente, através de correções sucessivas. O problema não é saber se um médico experiente teria também cometido o mesmo erro, mas é saber quais foram os meios utilizados pelo médico. Não se trata de ter confundido uma fractura do colo do úmero com uma luxação da espádua, mas sim de ter realizado apenas uma radiografia de frente, pois que com outras incidências, o erro de diagnóstico teria sido evitado.

O *tratamento* poderá também pôr o mesmo tipo de problema.

O médico comete uma falta se não utilizar a terapêutica indispensável, como a injeção de um soro antitetânico, no caso de uma ferida feita em terreno propício. Poderá pensar-se, no caso da responsabilidade de um médico competente, que não fez o soro antitetânico, por causa da hipótese do doente poder ter, em alta probabilidade, o risco de um choque anafilático.

O esquecimento de compressas no campo operatório pode depender de algumas circunstâncias especiais. Em casos de campos muito hemorrágicos, as compressas utilizadas em grande número e muitas vezes de maneira precipitada, podem confundir-se com os tecidos muito embebidos de sangue e desaparecer nas cavidades naturais. Nestes casos, o esquecimento de uma compressa não deverá ser considerada uma falta grave, apesar de se ter podido utilizar compressas seguras com fios que se mantêm fora do campo operatório.

Pode também tratar-se de uma *falta virtual* quando se dá a queda de um doente da mesa de operações, porque a mesa basculou por deficiência da própria mesa. Este tipo de falta parece-nos ser muito criticável e deverá desaparecer.

O médico deve, pois, fazer o diagnóstico, escolher a terapêutica e também estar sempre actualizado com os novos dados adquiridos pela ciência.

O *recurso à experiência* representa a integração na prática clínica diária dos novos dados tecnológicos e científicos, de modo a que as antigas práticas sejam modificadas ou suprimidas por outras, em conformidade com as recentes aquisições científicas e técnicas.

O novo medicamento e a nova técnica instrumental não poderão ser considerados isoladamente, mas têm de ser integrados num conjunto de medidas úteis à cura do doente. Assim nascerão os esquemas de diagnóstico e de terapêutica que vão modificar métodos utilizados numa determinada época e que passaram a ser desaconselhados.

Não deverá haver uma solução de continuidade de uma antiga regra de conduta para uma nova, devendo haver sempre uma coexistência momentânea. O recurso a antigos esquemas podem parecer faltas certas, mas em grande número de casos, ainda representa a atitude mais legítima.

O conjunto destas teorias e destas modalidades é ministrado pelo ensino actualizado, as publicações e reuniões científicas.

Mas quantas opiniões divergem, vindas de diferentes autores eminentes e apoiados em dados estatísticos irrefutáveis.

Certas práticas de opinião são, por vezes, solidamente fundamentadas, em trabalhos, experiências realizados em meios técnicos onde foram postas à prova e executadas.

O médico deve fazer provas de grande prudência, mas o juiz também deve redobrar a prudência na sua apreciação.

Censurar toda a opinião, quando surge um acidente, condicionará a evolução necessária, para cumprir os objectivos da medicina e reverterá em prejuízo dos doentes. Tal foi o caso das primeiras transplantações de órgãos mal conseguidas que desencadearam uma série de reacções negativas.

O problema tem de situar-se entre uma prática médica conservadora e uma prática evolutiva. Manter o conservadorismo pode ser uma falta, o mesmo sucedendo com a aplicação ao homem de uma nova técnica.

Na prática, a conduta do médico, como o de todo o verdadeiro profissional, é delicado de apreciar e as suas faltas são de difícil demonstração, na medida em que o médico está obrigado a utilizar, sistematicamente, novos instrumentos na sua actividade profissional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBROSELLI, Claire – *L'éthique médicale*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988.
- BASTOS, Jacinto Rodrigues – *Código Civil Português* (7.^a edição), Almedina, Coimbra, 1984.
- Código Penal*, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 1995.
- DEMICHEL, André – *Droit Médical*, Manuel BL Santé, Berger-Levrault, Paris, 1983.
- ESPERANÇA PINA, J. A. – «A necessidade de ensinar Deontologia Médica perante os grandes problemas da Medicina Contemporânea», *Acção Médica*, 51: 1114, 1987.
- ESPERANÇA PINA, J. A. — *A responsabilidade dos médicos*, Lidel, Edições Técnicas, Lisboa-Porto-Coimbra, 1994.
- ESPERANÇA PINA, J. A. – «Os grandes problemas éticos da Medicina Contemporânea», *Didaskalia*, 16: 403-409, 1986.
- ESPERANÇA PINA, J. A. – «Os grandes problemas éticos da Medicina Contemporânea», *Nação e Defesa*, 52: 3-15, 1989.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge & SINDE MONTEIRO, Jorge – *Responsabilidade Médica em Portugal*, Lisboa, 1984.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *Código Penal Português* (2.^a edição), Almedina, Coimbra, 1984.
- LEMAIRE, Jean-François & IMBERT, Jean-Luc – *La responsabilité Médicale*, Presse Universitaires de France, Paris, 1985.
- MÉMETEAU, Gérard – *Droit Médical*, Collection française, LITEC, Paris, 1985.
- MÉMETEAU, Gérard & MÉLENNEC, L. – *Traité de Droit Médical*, tome II, *La Responsabilité Civile du médecin*, Maloine S.A. Éditeur, Paris, 1982.
- PENNEAU, Jean – *La responsabilité du médecin*, Éditions Dallor-Sirey, 1992.
- SAURY, Robert – *Manuel de Droit Médical*, Masson, Paris, Milan, Barcelone, Mexico, 1989.
- SERRÃO, Daniel – «Responsabilidade Médica», *Acção Médica*, Ano LIV, n.º 2, 5-17, 1990.
- VÉRON, Michel – *Traité de Droit Médical*, tome 3, *La Responsabilité pénale du médecin*, Maloine S.A. Éditeur, Paris, 1984.