

OS CUSTOS DO DESCONHECIDO: A MEDICINA DEFENSIVA COMO RESPOSTA À INTERNALIZAÇÃO DE UMA EXTERNALIDADE

JOÃO PINTO MONTEIRO*

Resumo: Os danos sofridos pelos pacientes e decorrentes da conduta do médico — os danos iatrogénicos — são externalidades negativas, internalizadas por regras da sua imputação aos prestadores dos cuidados, que reagem através de um conjunto de comportamentos destinados a evitar a sua responsabilização — a chamada “medicina defensiva” —, os quais, por seu turno, criam elevados custos para o sistema de saúde, em geral, bem como para os seus principais actores: pacientes, seguradoras e os próprios médicos.

Como forma de resposta à internalização de externalidades, a medicina defensiva parece acabar por ser, ela própria, uma nova externalidade negativa, que prejudica aquele efeito de internalização da externalidade que corresponde aos danos iatrogénicos.

Palavras-chave: Medicina defensiva; Externalidades; Danos iatrogénicos.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Email: joaopm@fd.uc.pt · Ciência ID: F116-2862-82BD

Abstract: Damages incurred by patients stemming from medical intervention — iatrogenic damages — are negative externalities, which are internalized by means of liability rules that allocate them back to the physicians themselves, who then react by adopting a set of behaviors aiming to avoid said liability — usually called “defensive medicine” —, which, in turn, are the source of high costs for the health care system, in general, as well as for its main actors: patients, insurance companies, and doctors themselves.

As a response to the internalization of externalities, defensive medicine appears to be a negative externality itself, which impairs the effect of internalization of the externality that is an iatrogenic injury.

Keywords: Defensive medicine; Externalities; Iatrogenic damages.

1. O Conceito de Externalidade na Análise Económica do Direito

I — A análise económica do Direito — sobre a qual se pronunciou SINDE MONTEIRO, entre nós, ainda no alvor da década de oitenta¹ — é uma metodologia de estudo do sistema jurídico² tributária dos métodos da “*dismal science*”³, mais concretamente da aplicação à ciência jurídica da teoria do preço, a principal faceta da microeconomia.⁴

¹ *Análise Económica do Direito*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, vol. 57, 1981, pp. 247 a 251.

² Que teve como pioneiros RONALD COASE e GUIDO CALABRESI, que publicaria (este último) *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (in “Yale Law Journal”, vol. 70, 1961, pp. 499 ss.) um ano após a publicação do *opus magnum* de RONALD COASE, *The Problem of Social Cost* (in “The Journal of Law and Economics”, vol. 3, Out. 1960, pp. 1 a 44).

³ Nas conhecidas palavras do historiador oitocentista THOMAS CARLYLE, que salpicam o seu trabalho *Occasional Discourse on the Negro Question* (in “Fraser’s Magazine for Town and Country”, vol. 40, Julho a Dez. 1848, pp. 670 a 679), o qual sustentava uma repugnante proposta de reintrodução da escravatura nas Índias Ocidentais com argumentos económicos (a “*dismal science*” económica em contra-posição à “gaia ciência”).

⁴ Cfr. RUSSELL B. KOROBKIN / THOMAS S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in “California Law Review”, vol. 88, n.º 4, Julho 2000, p. 1053. A importância da teoria do preço na microeconomia é comprovada por RONALD COASE: “(...) it is undeniable that micro-

A teoria do preço assenta na ideia de que os recursos escassos devem ser distribuídos em função do valor — preço — que os operadores económicos estão dispostos a pagar por eles. Este valor mostra a medida da preferência⁵ dos operadores económicos por um dado recurso. Pagar um

economics is largely a study of the determination of prices and output, indeed this part of economics is often called price theory“ (Comunicação da Real Academia Sueca para as Ciências, de 15/10/1991).

⁵ Cfr. RICHARD A. POSNER, *Wealth Maximization Revisited*, in “Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy”, vol. 2, 1985-1987, p. 86 (“(...) *to an economist, [“wealth”] refers to weighting preferences for the things that people want, either by willingness to pay for a thing, if you do not own it, or by unwillingness to part with it voluntarily, if you do own it*”); e SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía. Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 38 (“(...) *la asignación de valores a algunos de los costes y beneficios (ventajas e inconvenientes) tenga siempre algo de arbitrario. Pero ello no equivale a decir que tal asignación sea inviable en todos los casos o en la mayoría de ellos*”).

É certo que as preferências são flutuantes, mas assim são também as disposições e valores dos seres humanos. Sobre esta flutuação, e estudos em seu torno, cfr. ROBERT COOTER, *Treating Yourself Instrumentally: Internalization, Rationality, and the Law*, in Francesco Parisi / Vernon L. Smith (eds.), “The Law and Economics of Irrational Behavior”, Stanford University Press, Stanford, 2005, pp. 95 a 106; e NICHOLAS L. GEORGAKOPOULOS, *Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 31 e 33 (“(...) *economic analysis seeks to maximize welfare by maximizing tastes. (...) Economic analysis of law is valid despite the influence of the environment on preferences. The notion that circumstances may influence preferences does not mean that preferences are subject to continuous large fluctuations or radical change. (...) Economic analysis rests on the satisfaction of preferences*”).

Sobre a importância do conceito de felicidade, herdeiro do utilitarismo de JEREMY BENTHAM (*The Principles of Morals and Legislation*, Prometheus Books, Nova Iorque, 1988, cap. 1, §11, 2, 1) — para quem “[*the principle of utility*] is that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question” —, em lugar da ordenação das preferências, cfr. ERIC A. POSNER / CASS R. SUNSTEIN, *Introduction to the Conference on Law and Happiness*, in Eric A. Posner / Cass R. Sunstein (eds.), “Law and Happiness”, The University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 1 a 4. Cfr., também, o trabalho de RICHARD A. EASTERLIN, *Does Money Buy Happiness?*, in “Public Interest”, vol. 30, 1973, pp. 3 a 10 (demonstrando que a felicidade subjectiva dependeria da riqueza a nível individual, mas já não — para lá de um limiar — a nível global; o PIB dos países ricos não gera-

preço é, portanto, suportar um sacrifício: um valor de que um sujeito está disposto a abrir mão.⁶ E parece justo que quem esteja disposto a suportar o maior sacrifício — pagando o preço mais elevado — seja a mesma pessoa a quem o bem é atribuído.^{7 8} Assim se alcança uma distribuição eficiente

ria um incremento da felicidade dos seus cidadãos). Contra, cfr. BETSEY STEVENSON / JUSTIN WOLFERS, *Economic Growth and Happiness: Reassessing the Easterlin Paradox*, in “Brookings Papers on Economic Activity”, 2008, pp. 1 a 102. Contra, também, em termos gerais — numa crítica à utilidade e felicidade “benthamistas” — cfr. RICHARD A. POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1983, pp. 60 a 87; e RICHARD A. POSNER, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, in “The Journal of Legal Studies”, vol. 8, 1979, pp. 111 a 119.

⁶ Como afirma A. MITCHELL POLINSKY (*An Introduction to Law and Economics*, 3.^a ed., Aspen Publishers, Nova Iorque, 2003, pp. 10 e 11), “(...) individuals themselves determine the dollar values to place on their benefits and costs. This is known as the assumption of consumer sovereignty. It is an acceptable assumption if one believes that individuals generally know what is best for them. (...)”.

⁷ RICHARD POSNER, *Economic Analysis of Law*, 9.^a ed., p. 268, nota 1 (“The economic concept of value is based on willingness to give up something of value to others-to pay”).

⁸ Claro que pode não haver aqui qualquer justiça: um operador económico pode estar disposto a pagar um determinado preço pela aquisição de um direito, mas não o poder fazer por carências pecuniárias (ou até por qualquer outro motivo, como, por exemplo, a separação geográfica que lhe veda o acesso ao mercado). Esta disparidade entre disposição (para pagar) potencial e disposição efectiva assenta no facto de os vários operadores económicos terem diferentes capacidades aquisitivas. Cfr., a este propósito, ROBERT COOTER / THOMAS ULEN, *Law & Economics*, 6.^a ed., Addison-Wesley, Boston, 2012, p.13 (“(...) the constraint on choice can usually be expressed mathematically as a “feasibility constraint.” Choosing the best alternative that the constraints allow corresponds to maximizing the utility function subject to the feasibility constraint. So, the consumer who goes shopping is said to maximize utility subject to her budget constraint”).

Idealmente, a capacidade aquisitiva de cada operador económico deveria resultar da sua contribuição para o processo de produção, distribuição e redistribuição dos recursos escassos: o salário de um operário siderúrgico decorre da sua participação na produção de materiais indispensáveis a uma panóplia de produtos, para cuja criação outro assalariado trabalha; estes produtos vão ser adquiridos por um médico, que obteve o *quantum* de moeda necessário para o fazer através da prestação de serviços altamente especializados; o paciente deste médico tem capacidade para pagar a consulta em virtude da remuneração mensal que obtém como professor primário; etc.. A capacidade aquisitiva de cada um — a quantidade de moeda à sua disposição — dependeria, idealmente e *grosso modo*, dos esforços e sacrifícios

(enquanto *eficiência distributiva*) dos recursos escassos: a sua atribuição àqueles que mais os valoram.⁹¹⁰

A pertinência destes recursos está no seu aproveitamento, o qual é um meio de satisfação de preferências — *interesses*. A actividade de aproveitamento carrega as utilidades potenciais ínsitas ao recurso em concreto (dependentes das suas notas qualitativas) com vista à satisfação de preferências do sujeito que aproveita.¹¹

(incluindo riscos assumidos) envidados por cada sujeito, tanto no desempenho da sua actividade produtiva, como na sua preparação. Cada um teria a capacidade aquisitiva que mereceria: quem mais se esforçasse e/ou mais arriscasse, com sucesso, seria quem maior capacidade aquisitiva teria e, conseqüentemente, poderia suportar os sacrifícios necessários ao acesso a determinados recursos escassos, que estariam vedados aos indolentes e temerários.

Portanto, a teoria do preço atribuiria os recursos àqueles que mais os merecessem. Estimular-se-ia assim o produto social através do estímulo ao produto individual.

Infelizmente inúmeros factores deturpam este cenário ideal, desde a mera sorte ao “*superstar phenomenon*”: cfr. RICHARD POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 15 e 16.

⁹ Cfr. ROBERT COOTER / THOMAS ULEN, *Law & Economics*, op. cit., p. 108 (“*allocative efficiency is achieved by] moving goods from people who value them less to people who value them more*”); e JAMES GORDLEY, *Equality in Exchange*, in “*California Law Review*”, vol. 69, n.º 6, Dez. 1981, p. 1614 (“*The personal satisfaction or benefit that they derive from the assets they hold obviously does change since the parties would not exchange unless each expected to derive more benefit from what he receives. In this sense, the “wealth” of each party increases, and perhaps by different amounts*”).

¹⁰ Como afirma RICHARD POSNER, “[*economics is primarily concerned with how resources are allocated. (...) By a process of voluntary exchange, resources are shifted to those uses in which the value to consumers, as measured by their willingness to pay, is highest. When resources are being used where their value is highest, or, equivalently, when no reallocation would increase their value, we say they’re being employed efficiently*]” (*Economic Analysis of Law*, 9.ª ed., pp. 7 e 12).

¹¹ A conformação concreta destas preferências — que tanto podem corresponder a necessidades basilares de sobrevivência como a meros caprichos — é determinada pelo próprio, e a sua satisfação nem sempre é socialmente útil. Cfr. GARY S. BECKER, *Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior*, in “*Journal of Political Economy*”, vol. 101, n.º 3, Jun. 1993, p. 386 (“*(...) individuals maximize welfare as they conceive it, whether they be selfish, altruistic, loyal, spiteful, or masochistic*”); JON ELSTER, *More than Enough*, in “*University of Chicago Law Review*”, vol. 64, n.º 2, 1997, p. 761 (“*the concept of rationality is subjective through and through*”); e STEVEN SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard

É certo que um automóvel dispõe de qualidades que o tornam apto a satisfazer a preferência “transporte célere” do seu proprietário (para além de outras que lhe permitem satisfazer preferências estéticas, sentimentais, ou outras menos usuais). Porém, se este não souber conduzir — ou não o puder fazer porque, por exemplo, não dispõe da licença necessária para o efeito, ou encontra-se fisicamente impossibilitado — nunca satisfará aquela preferência (pelo menos por si próprio) por não realizar a necessária actividade de aproveitamento (condução do veículo) que mobilizaria as utilidades potenciais da coisa (circulando).

Este aproveitamento não precisa de ser voluntário, ou mesmo consciente: casos há em que ele é constante — tal sucede, por exemplo, com o mais precioso dos recursos: a própria vida humana.

Actuar com o intuito de satisfazer interesses é, portanto, um aspecto fundamental da condição humana, a qual se distingue pela liberdade de escolha na determinação destas preferências — pelo menos em muitos dos casos (muitas preferências, instintivas, são irresistíveis¹²) —, em vez da sua predeterminação.¹³

University Press, Cambridge (MA), 2004, p. 596 (“*The utility of a person is an indicator of his well-being, whatever might constitute that well-being. Thus, not only do food, shelter, and all the material and hedonistic pleasures and pains affect utility, but so also does the satisfaction, or lack thereof, of a person’s aesthetic sensibilities, his altruistic and sympathetic feelings for others, his sense of what constitutes fair treatment for himself and for others, and so forth. (...) It is apparent, then, that the idea of utility is of encompassing generality; by definition, utility is advanced by anything that raises a person’s well-being*”).

¹² Por exemplo, algo tão mundano como respirar: embora o ar não seja ainda um recurso escasso no nosso planeta, o acto de respirar é um acto de aproveitamento.

¹³ A medida — e mesmo a existência — desta liberdade, bem como a sua relevância para o Direito (tanto Penal, como Civil) são solo fértil de discussões que, embora milenares na filosofia, tanto ocidental, como oriental, e apesar de terem vindo a permeiar a Economia já há algum tempo, só há cerca de uma década para cá têm sido discutidas no âmbito jurídico com alguma seriedade. Embora ainda relativamente pouco interessantes à doutrina pátria, obras gerais começaram já a tomar o peso a algumas das potencialmente profundas implicações que as descobertas neurológicas têm para o Direito. Cfr. os importantes trabalhos de GERHARD ROTH, *Aus Sicht des Gehirns*, 2.^a ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009; WOLF SINGER, *Der Beobachter im Gehirn*, 2.^a ed., 2009, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2009; CHRISTIAN GEYER (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der Neuesten Experimente*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004; JOSHUA GREENE / JONATHAN COHEN, *For the Law*,

II — Como o Homem é um ser sociável — tanto pela necessidade inata de conviver, como pela satisfação de múltiplas preferências próprias que essa relação lhe proporciona (segurança, conforto, alimentação, etc.) —, não raro a livre demanda pela satisfação dos interesses de uma pessoa colide com idêntica actividade de outra. Este fenómeno é exacerbado pela escassez de muitos dos recursos aptos à satisfação de preferências.

Haverá em tal caso um conflito entre actividades tendentes à satisfação de preferências, em virtude do qual elas não poderão todas ser satisfeitas na integralidade. Num dado momento ou durante um período de tempo, a satisfação completa de uma das preferências inviabiliza a satisfação total — simultânea ou posterior — da outra, criando assim um custo ou prejuízo a uma ou várias pessoas. Por outras palavras: temos *comportamentos de operadores económicos que os beneficiam em detrimento dos interesses de outros*.¹⁴

Este custo ou prejuízo corresponde a uma *externalidade*¹⁵ *negativa*, podendo resultar, tanto de uma actividade económica de produção (por exemplo, uma fábrica cuja poluição afecta a vizinhança), como de consumo (o pianista amador cujas sonatas nocturnas impedem o vizinho de dormir), e que não é computado por quem a realiza. É nestes termos que o custo é “exterior”: não é tomado em consideração — *porque não tem de o ser* — como um custo próprio por quem o origina. Se este operador económico tivesse

Neuroscience Changes Nothing and Everything, in “Philosophical Transactions of the Royal Society of London B: Biological Sciences”, vol. 359, n.º 1451, 2004, pp. 1775 ss; ADOLF LAUFS, *Der Aktuelle Streit um das Alte Problem der Willensfreiheit. Eine Kritische Bestandsaufnahme aus Juristischer Sicht*, in “Medizinrecht”, vol. 29, n.º 1, pp. 1 a 7; ERNST-JOACHIM LAMPE (ed.), *Willensfreiheit und Rechtliche Ordnung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2008; e, entre nós, por exemplo, JOÃO LOBO ANTUNES, *As Neurociências e o Direito*, in Fernando Alves Correia / Jónatas E. M. Machado / João Carlos Loureiro (eds.), “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho”, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 85 ss..

¹⁴ Haverá, então, um *benefício no produto individual* e um *prejuízo no produto social*. Para uma definição particularmente concisa destes termos, cfr. RICHARD POSNER (*Economic Analysis of Law*, cit., p. 8): “*A social cost diminishes the wealth of society: a private cost rearranges that wealth*”.

¹⁵ A expressão “externalidade” e seu desenvolvimento são atribuídos a HENRY SIDGWICK (*Principles of Political Economy*, 2.^a ed., Macmillan, Londres, 1887) e ALFRED MARSHALL (*Principles of Economics*, Macmillan, Londres, 1890).

de o suportar, a externalidade deixaria de existir — seria *internalizada* —, uma vez que passaria a contabilizá-la na sua actividade,¹⁶ o que, por sua vez, poderia levá-lo a perder o interesse na prossecução do seu comportamento, em benefício da realização de outras actividades alternativas.

Para melhor ilustrar o problema, e recorrendo a um dos exemplos mais comuns na literatura,¹⁷ figuremos uma companhia de caminhos-de-ferro cujos comboios, ao circularem, provocam a emissão de faíscas incendiárias sobre o terreno de cultivo de um agricultor.

Se quem explora os caminhos-de-ferro não tiver de suportar aquele prejuízo, então também não o terá em conta na realização da sua actividade — haverá, portanto, uma externalidade.

Já se, ao invés, a mesma pessoa tiver de suportar o prejuízo, então passará a contabilizá-lo entre os factores da sua actividade, o que influirá na sua decisão de a continuar (o que só fará se o seu valor for superior, para o próprio, ao valor do prejuízo que ela causa); neste caso, a externalidade é internalizada.

2. A Medicina Defensiva como Reacção à Internalização de uma Externalidade

I — Na medida em que o comportamento humano possa ser simultaneamente considerado um comportamento económico,¹⁸ poderá

¹⁶ Cfr. RICHARD POSNER, *Economic Analysis of Law*, 9.^a ed., *op. cit.*, p. 72.

¹⁷ O exemplo que desenvolvemos no texto é quase centenário, tendo surgido inicialmente pelas mãos de ARTHUR C. PIGOU (*The Economics of Welfare*, 4.^a ed., Macmillan, Londres, 1932, p. 134) e sido posteriormente reanalisado por uma multitude de Autores, incluindo RONALD COASE (*The Problem of Social Cost*, *cit.*, pp. 29 ss.). O exemplo assentava numa ocorrência habitual na Grã-Bretanha do século XIX: a circulação de locomotivas causava a emissão de faíscas que, na ausência de engenhos protectores, incendiavam os campos adjacentes.

¹⁸ Cfr. a delimitação do objecto da ciência económica por L. C. ROBBINS, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 1932, p. 15 (“*Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses*”); e RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law* (“*Economics, the science of human choice in a world in which resources are limited in relation to human wants, explores and tests the implications of the assumption that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions—what we shall call his*

concluir-se que as externalidades se reportam a toda a conduta que vise a satisfação de preferências. Dado o ser humano actuar em função da satisfação de interesses, através da obtenção de utilidades e dos recursos que as proporcionam, as externalidades serão tão inevitáveis como a própria natureza humana.

A prestação de cuidados médicos não escapa a esta regra: os danos sofridos pelos pacientes e decorrentes da conduta do médico — os danos iatrogénicos — mais não são que externalidades negativas. Estas são internalizadas por regras da sua imputação aos prestadores dos cuidados, que reagem através de um conjunto de comportamentos destinados a evitar a sua responsabilização — a chamada “*medicina defensiva*” —, os quais, por seu turno, criam elevados custos para o sistema de saúde, em geral, bem como para os seus principais actores: pacientes, seguradoras e os próprios médicos.

Como forma de resposta à internalização de externalidades, a medicina defensiva parece acabar por ser, ela própria, *uma nova externalidade negativa, que prejudica aquele efeito de internalização da externalidade que corresponde aos danos iatrogénicos.*¹⁹ Vejamos melhor como.

II — Há duas importantes razões por que o quadro normativo de imputação dos danos iatrogénicos contribui (com as dificuldades que suscita na previsão dos resultados da sua aplicação judicial concreta) para certos comportamentos reactivos dos médicos e para a elevação dos custos com os cuidados de saúde.

A principal são, julgamos, as dificuldades do apuramento, com elevado grau de certeza, da negligência do profissional de saúde (isto é, se o comportamento deste está de acordo, ou não, com a bitola do cuidado,

“*self-interest*”).

Para uma análise crítica da amplitude destas definições, cfr. RONALD H. COASE, *Economics and Contiguous Disciplines*, in Alain Marciano (ed.), “Law and Economics. A Reader”, Routledge, Nova Iorque, 2009, pp. 11 e 12; e para uma reflexão crítica sobre o âmbito da ciência económica, cfr. A. J. AVELÁS NUNES, *Noção e Objecto da Economia Política*, in “Boletim de Ciências Económicas”, vol. 37, 1994 pp. 240 ss..

¹⁹ Por outras palavras: *a medicina defensiva é uma re-externalização de uma externalidade internalizada*, ainda que os custos re-externalizados não correspondam integralmente aos que haviam sido internalizados.

zelo e diligência que lhe era exigível) no cumprimento dos seus deveres, em particular dos que as *leges artis* lhe impõem no âmbito das circunstâncias específicas do caso concreto, o que introduz um elemento de considerável incerteza na aplicação prática destes critérios.²⁰ Esta incerteza foi evidenciada claramente pela primeira vez, nos Estados Unidos, pelo *Harvard Medical Practice Study*, que analisou os históricos clínicos de pacientes hospitalizados no estado de Nova Iorque em 1984 para avaliar a qualidade dos cuidados prestados e relacioná-los com subsequentes litígios judiciais.²¹

Tal significa que o *an* e o *quantum* dos custos associados a indemnizações por danos iatrogénicos se tornam particularmente árduos de prever pelas companhias de seguros, o que as deixa numa posição de incómoda ignorância parcial; o que, por sua vez, torna o seguro de responsabilidade profissional (médica) imprevisivelmente mais dispendioso.

A incerteza já demonstrou ser fatal por mais do que uma vez na história norte-americana recente, quando um aumento inesperado de custos com pedidos de indemnização por danos iatrogénicos gerou crises no mercado segurador da responsabilidade civil médica em meados das décadas de setenta e oitenta do século passado.²² Este fenómeno impeliu vários

²⁰ Cfr. FRANK A. SLOAN / PENNY B. GITHENS / GERALD B. HICKSON, *The Dispute Resolution Process*, in Frank A. Sloan / Penny B. Githens / Ellen Wright Clayton / Gerald B. Hickson / Douglas A. Gentile / David F. Partlett (eds.), "Suing for Medical Malpractice", The University of Chicago Press, Chicago, 1993, p. 153: "Some assert that [the system to resolve medical malpractice claims] operates like a lottery, both in determining liability and setting damages. Liability determination is thought to be particularly suspect in a field such as medical malpractice where the causation issues are often complicated."

²¹ Nas palavras de WILLIAM M. SAGE, este estudo "radically changed the academic understanding of medical malpractice by revealing a two-sided mismatch between malpractice litigation and underlying negligence ... [and] confirmed that malpractice awards are frequently unjustified, in that most successful claimants, though suffering from substantial physical infirmities, had not been treated negligently and often had not even been injured by medical care" (*Malpractice Reform as a Health Policy Problem*, in William M. Sage / Rogan Kersh (eds.), "Medical Malpractice and the U.S. Health Care System", Cambridge University Press, Nova Iorque, 2006 p. 32).

²² Cfr. PAUL C. WEILER / HOWARD H. HIATT / JOSEPH P. NEWHOUSE / WILLIAM G. JOHNSON / TROYEN A. BRENNAN / LUCIAN L. LEAPE, *A Measure of Malpractice: Medical Injury, Medical Litigation, and Patient Compensation*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1993.

estados a adotarem reformas dos seus sistemas de responsabilidade civil com o intuito de reduzir aqueles custos,²³ do que o estado da Califórnia é exemplo paradigmático.

Um estudo posterior, publicado em 2006 na revista *The New England Journal of Medicine*, no qual médicos se debruçaram sobre 1452 pedidos de indemnização envolvendo cinco seguradoras de responsabilidade civil médica, descreve este problema em termos geralmente mais optimistas.²⁴ Apesar disso, os seus resultados indicam que 28% dos pedidos apresentados com base em danos iatrogénicos, e que não assentavam em qualquer erro médico, redundaram, ainda assim, em indemnizações — na maior parte dos casos acordadas entre as partes. O inverso também é verdade: 27% dos pedidos que se apoiavam em erro médico não foram atendidos. No seu conjunto, estes dois valores representam um total de 381 (26%) das 1452 queixas.²⁵ Embora seja verdade que o erro médico “*is not identical to the legal concept of negligence (...) the two cleave so closely that experts in both medicine and law have trouble explaining the difference.*”²⁶ Estas discrepâncias demonstram continuar a existir uma grande imprevisibilidade na responsabilidade por danos iatrogénicos, e que tal contribui para um incremento generalizados dos custos com a saúde.²⁷

Uma outra razão é o longo processo de produção de prova e, dentro deste, os testemunhos de múltiplos peritos, necessários para provar a ilicitude do comportamento danoso do médico, e a culpa deste. Estes peritos frequentemente discordam entre si mesmo no ambiente mais contido e menos contencioso dos estudos científicos, como os que

²³ Cfr. PATRICIA M. DANZON, *Medical Malpractice*, in Peter Newman (ed.), “*The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*”, vol. 2, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2002, p. 626.

²⁴ Cfr. DAVID M. STUDDERT / MICHELLE M. MELLO / ATUL A. GAWANDE / TEJA K. GANDHI / ALLEN KACHALIA / CATHERINE YOON / ANN LOUISE PUPOLO / TROYEN A. BRENNAN, *Claims, Errors and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation*, in “*The New England Journal of Medicine*”, n.º 354, 2006, pp. 2024 a 2033.

²⁵ *Id.*, p. 2028.

²⁶ *Id.*, p. 2032.

²⁷ Cfr. ALLEN KACHALIA / MICHELLE M. MELLO, “New Directions in Medical Reform,” *The New England Journal of Medicine*, n.º 364, 2011, p. 1564.

mencionámos. Sem grande surpresa, os critérios de imputação dos danos iatrogénicos representam uma importante fatia dos prémios dos seguros de responsabilidade civil médica.²⁸

Em suma: por força da complexidade da tarefa de apuramento da ilicitude e da culpa no âmbito de uma lesão iatrogénica, que tornam dispendiosa e morosa a sua prova em juízo — fazendo delas requisitos de aplicação prática particularmente exigente no âmbito destes casos —, a própria previsão do sentido das correspondentes decisões judiciais é um processo particularmente desafiante, no que respeita ao pedido de indemnização.

Tal significa que as seguradoras não têm condições para antever com um adequado grau de fiabilidade quanto despenderão com indemnizações por danos iatrogénicos — só conseguem prever que expenderão largas somas pecuniárias para provar a falta de mérito dos pedidos de indemnização que venham a ser apreciados em juízo.

Este facto, por sua vez, torna o seguro de responsabilidade civil médica imprevisivelmente caro. Médicos e hospitais terão, por isso, de pagar um preço mais elevado por essa cobertura, o que, por seu turno, os levará a aumentar os seus próprios preços e honorários.^{29 30}

²⁸ Cfr. ELLEN WRIGHT CLAYTON / DAVID F. PARTLETT, *Lawyer-Client Relationships*, in Frank A. Sloan, Penny B. Githens, Ellen Wright Clayton, Gerald B. Hickson, Douglas A. Gentile & David F. Partlett (eds.), “Suing for Medical Malpractice”, *cit.*, p. 77.

²⁹ Cfr. GEORGE L. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, in “Yale Law Journal”, vol. 96, 1987, p. 1522 (explicando as repercussões dos agravamentos dos prémios nos contínuos aumentos dos preços).

³⁰ O próprio sistema jurídico também contribui para o fenómeno descrito por conta dos incentivos da regulamentação da responsabilidade civil médica à litigância relacionada com danos iatrogénicos. Os incentivos para litigar contra uma alegada lesão iatrogénica representam um pesado fardo imposto ao sistema judicial e contribuem para tornar mais moroso o seu funcionamento, o que aumenta os custos de transacção em geral (incluindo os da aquisição de serviços médicos pelo paciente e a compra de seguros de responsabilidade profissional pelo médico) porque as partes contratuais, ao definirem as respectivas prestações, têm de tomar em consideração a possível necessidade de recurso aos tribunais e as despesas e tempo que tal implicará.

III — Tudo isto influencia o modo como os médicos prestam os seus serviços porque os pacientes tornam-se uma potencial fonte de sérios problemas jurídicos, facto a que aqueles reagem, protegendo-se desta ameaça através de uma série de comportamentos — que em conjunto sói apelidar de “*medicina defensiva*”.

Uma das vias por que o fazem é a profunda transformação das principais prioridades que norteiam a relação médico-paciente: a saúde deste último deixa de ser a única prioridade do médico, que passa a estar também (ou até principalmente) preocupado em resguardar-se de uma sua possível responsabilização.

Naturalmente, esta conjuntura semeia a desconfiança entre médico e paciente e endurece a atitude daquele perante este.³¹ Também torna mais provável que um médico evite revelar os seus erros (porque, ainda que este esteja confiante de não os ter causado culposamente, temerá poder ser responsabilizado por eles com base numa aplicação potencialmente incorrecta de critérios jurídicos de contornos complexos), o que prejudica a aquisição pelos pacientes do direito a uma indemnização mesmo nos casos em que o dano iatrogénico por si sofrido tenha sido ilícita e negligentemente causado.³² A título de ilustração, nos Estados Unidos a comunicação entre médicos e pacientes é particularmente conturbada. Num inquérito de 2009, mais de 10% dos 1891 médicos no activo, que responderam, confessou ter mentido a pacientes seus no ano anterior, e cerca de um terço manifestou não concordar inteiramente com a divulgação de erros médicos sérios aos pacientes, apesar de a grande maioria admitir que os médicos os devem informar integralmente acerca dos riscos e benefícios dos cuidados a prestar.³³

³¹ Cfr. WILLIAM M. SAGE, *Malpractice Reform as a Health Policy Problem*, in “Widener Law Review”, vol. 12, n.º 1, pp. 115 a 117 (apresentando o exemplo do estado da Pensilvânia como uma possível solução no sentido de tornar os médicos mais abertos, francos e compassivos para com os pacientes que possam ter lesado).

³² Cfr. TOM BAKER, *The Medical Malpractice Myth*, The University of Chicago Press, Chicago, 2005, p. 178.

³³ Cfr. LISA I. IEZZONI / SOWMYA R. RAO / CATHERINE M. DESROCHES / CHRISTINE VOGELI / ERIC G. CAMPBELL, *Survey Shows that at Least Some Physicians Are Not Always Open or Honest with Patients*, in “Health Affairs”, vol. 31, n.º 2, 2012, pp. 383 a 391.

Outras alterações comportamentais resultantes deste contexto compreendem situações em que o médico presta serviços a mais, incluindo testes de diagnóstico, procedimentos clínicos e prescrição de medicamentos. Esta prática é particularmente recorrente em países como os Estados Unidos³⁴ — e também não é, de todo, estranha ao nosso país³⁵ — em que a litigância respeitante à responsabilidade civil médica é comum e muito dispendiosa, as indemnizações atribuídas aos lesados são de valor elevado, e onde o resultado das acções judiciais sobre esta matéria é demasiado fluido para poder ser previsto com uma confortável margem de erro.

Um médico sujeitará o seu paciente a todos os exames, procedimentos clínicos e prescrições medicamentosas relacionadas com a sua patologia (por mais vaga que seja esta relação), ainda que a respectiva utilidade marginal seja mínima — ou nenhuma, ou até negativa. Com este comportamento o médico pretende sinalizar ao paciente ter feito absolutamente tudo o que lhe era exigível no cumprimento dos seus deveres, assim aliviando os seus próprios receios de contra si ser interposta uma acção judicial que possa revelar-se bem-sucedida.

Este fenómeno contribui para um agravamento substancial das despesas médicas dos pacientes e das companhias que os seguram, uma vez que serão estes a pagar a conta daqueles serviços de modesta utilidade.³⁶ Isto faz subir os custos dos cuidados de saúde — e, concomitantemente, os prémios dos seguros — sem produzir um benefício qualitativo palpável. Na realidade, a qualidade dos cuidados prestados poderá mesmo diminuir, tendo em conta que os pacientes receberão medicamentos que frequentemente produzem efeitos secundários e serão sujeitos a testes e procedimentos que poderão ser invasivos, dolorosos, ou, no mínimo, vagamente desagradáveis.

³⁴ Cfr. DANIEL KESSLER / MARK McCLELLAN, *Do Doctors Practice Defensive Medicine?*, in “The Quarterly Journal of Economics”, vol 111, n.º 2, 1996, p. 358.

³⁵ Como afirma ANDRÉ DIAS PEREIRA, “*não há razões para crer que — embora com consideráveis diferenças de escala — o mesmo fenómeno [a medicina defensiva] não se passe entre nós*” (*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, p. 74).

³⁶ Cfr. TROYEN A. BRENNAN / MICHELLE M. MELLO / DAVID M. STUDDERT, *Liability Patient Safety, and Defensive Medicine: What Does the Future Hold?*, in William M. Sage / Rogan Kersh (eds.), “Medical Malpractice and the U.S. Health Care System”, *cit.*, pp. 93 a 114.

Acresce que a prescrição excessiva de medicamentos intensificará a sua procura e aumentará os seus preços, fazendo recair sobre o sistema de saúde mais um factor de desgaste, sem consigo aportar concomitantes melhorias qualitativas tangíveis.³⁷

Outros comportamentos reactivos da classe médica incluem, ainda, ladear a realização de procedimentos que comportem um elevado risco de lesão para o paciente, furtar-se a aceitar casos clínicos cujo prognóstico se afigure melindroso, evitar escolher especialidades médicas a que seja ínsito um elevado risco de produção de danos iatrogénicos (conduzindo a uma falta de profissionais nelas),³⁸ mudar para uma jurisdição diferente,³⁹ ou mesmo abandonar a prática da medicina.

3. Nota conclusiva

A medicina defensiva consiste na adopção de comportamentos que visam atenuar a apreensão do médico acerca da sua potencial responsabilização civil — que é o modo como o sistema jurídico internaliza os danos iatrogénicos —, os quais (comportamentos), ou são pouco benéficos (quando confrontados com os seus custos), ou não são benéficos (de todo), ou são, até, simplesmente prejudiciais.⁴⁰

A fluidez do conceito torna difícil uma precisa quantificação do impacto financeiro da medicina defensiva nos custos com a prestação de

³⁷ Existe consenso alargado de que esta prática é generalizada. Cfr. MICHELLE M. MELLO / DAVID M. STUDDERT, *The Medical Malpractice System: Structure and Performance*, in William M. Sage / Rogan Kersh (eds.), “Medical Malpractice and the U.S. Health Care System”, *cit.*, p. 23.

³⁸ A opção por uma especialidade médica pode implicar o encargo de pagar exorbitantes prémios de seguro de responsabilidade profissional, como sucedeu com os obstetras e ginecologistas da Flórida (a alguns dos quais eram cobrados \$174.000 pela sua cobertura anual), o que levou à introdução neste estado de um sistema *no-fault* para certas lesões em 1988.

³⁹ Cfr. JOANNA M. SHEPHERD, *Tort Reforms’ Winners and Losers: The Competing Effects of Care and Activity Levels*, in “*UCLA Law Review*”, vol. 55, 2008, pp. 942 ss.

⁴⁰ Cfr. MICHELLE M. MELLO / DAVID M. STUDDERT, *The Medical Malpractice System: Structure and Performance*, in William M. Sage / Rogan Kersh (eds.), “Medical Malpractice and the U.S. Health Care System”, *cit.*, p. 23.

cuidados de saúde. Contudo, nos Estados Unidos foram realizados estudos que calculam (comedidamente) que os dispêndios associados à medicina defensiva, somados aos que respeitam à responsabilidade médica e seus custos administrativos, atinjam um valor total que pode ascender a 1,5% dos gastos com a prestação de cuidados de saúde no país inteiro.⁴¹ Não surpreende, pois, que a sexta edição do *American College of Physicians' Ethics Manual* incentive os médicos a uma utilização parcimoniosa dos recursos,⁴² como forma de mitigar o peso desta externalidade negativa.

⁴¹ *Id.*, p. 13.

⁴² Cfr. PETER J. NEUMANN, *What we Talk about When we Talk about Health Care Costs*, in "The New England Journal of Medicine", n.º 366, 2012, pp. 585 e 586 (para uma análise sucinta desta exortação).