

RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE E SISTEMAS *NO-FAULT* DE RESSARCIMENTO DO DANO IATROGÉNICO

RUI MIGUEL PRISTA PATRÍCIO CASCÃO*

Resumo: O homenageado demonstrou, ao longo da sua obra, profundo interesse pelos sistemas alternativos de responsabilidade civil em medicina. Este contributo aborda os sistemas *no-fault* de ressarcimento do dano iatrogénico vigentes nos países escandinavos e na Nova Zelândia, modelo que, embora não tenha provocado uma mudança de paradigma, pautou e catalisou o debate da reforma da responsabilidade civil em medicina nas últimas décadas.

Palavras-chave: responsabilidade civil; dano iatrogénico; culpa; resolução alternativa de litígios

Abstract: The honouree has shown, throughout his work, a keen interest in alternative compensation systems in medical liability. This contribution focuses on the *no-fault* compensation systems for iatrogenic injury in force in the Scandinavian nations and in New Zealand. Although this model did not cause a shift of paradigm, it has set the tone and acted as catalyser in the debate on medical liability reform throughout the last decades.

Keywords: liability law; iatrogenic injury; fault; alternative dispute resolution.

* Doutor em Direito - Universidade de Tilburg; Investigador do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I. INTRODUÇÃO

Uma das características da vasta obra do Professor Doutor Sinde Monteiro na área da responsabilidade civil em saúde é o estudo aprofundado que vem dedicando a novas ideias, dinâmicas, tendências e planos focais que caracterizam o devir desta disciplina ao longo dos últimos quarenta anos. É o caso, por exemplo, da análise económica do direito¹, do enquadramento contratual da responsabilidade civil do prestador de cuidados de saúde², do papel dos deveres de informação na relação entre o prestador de cuidados de saúde e o paciente³ e em particular, no que mais directamente se relaciona com o cerne deste contributo, do seu profundo interesse pela temática do papel da culpa na responsabilidade civil⁴ e pelos sistemas de ressarcimento do dano corporal que prescindiram do requisito da culpa (sistemas *no-fault*)⁵.

Com os avanços da biomedicina, cada vez mais complexa e *high tech*, com a intensificação da colaboração entre profissionais de saúde de vários ramos e ainda o incremento dos níveis de actividade e dos riscos inerentes à prestação de cuidados de saúde, o paradigma clássico da responsabilidade civil, tradicionalmente baseado na culpa, demonstra fragilidades

¹ Sinde Monteiro, J., 1982. Análise Económica do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LVII.

² Sinde Monteiro, J. & Figueiredo Dias, J., 1984. Responsabilidade Médica na Europa Ocidental: Considerações de lege ferenda. *Scientia Juridica*, Volume XXXIII, pp. 100-107.; Sinde Monteiro, J. & Figueiredo Dias, J., 1985. Medical Responsibility in Portugal. Em: E. Deutsch & H. L. Schreiber, edits. *Medical Responsibility in Western Europe*. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, pp. 513-554.

³ Sinde Monteiro, J., 1989. Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações. Coimbra: Almedina.

⁴ Sinde Monteiro, J., 1998. Portuguese Report. Em: J. Spier, ed. *The Limits of Expanding Liability, Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, pp. 173-187.

⁵ Sinde Monteiro, J., 1988. Compensation for Personal Injury in Portugal — The Law and the Future: Considerations de lege ferenda à propos the discussion of the Swedish alternative. Em: C. Oldertz & E. Tiddefelt, edits. *Compensation for Personal Injury in Sweden and other Countries*. Estocolmo: Juristförlaget, pp. 381-392.

na sua adaptação a este admirável mundo novo, sendo alvo de fortes críticas⁶: a “crise do sistema da culpa”, nas palavras de André Dias Pereira⁷.

A responsabilidade civil médica clássica tem como funções principais o ressarcimento do dano sofrido por pacientes na sequência da prestação de cuidados de saúde (o dano iatrogénico⁸) e a prevenção de danos no futuro, dissuadindo os prestadores de cuidados de saúde de exercerem esses cuidados negligentemente, sob pena de virem a ser responsabilizados *a posteriori*⁹. Podem referir-se ainda, em determinados contextos, outras funções, designadamente uma função distributiva, uma função retributiva e o restabelecimento do sentido de justiça e moralidade¹⁰.

Na responsabilidade civil em medicina, são bem conhecidas as limitações do paradigma clássico baseado na culpa: é uma corrida de obstáculos dispendiosa, morosa, frequentemente judicial, em que há dificuldades em demonstrar o ónus da prova da negligência, do dano e do nexo de causalidade¹¹: uma autêntica “lotaria judicial” ou “lotaria indemnizatória”¹².

A relação médico-paciente entra em ruptura em consequência do carácter litigioso da dinâmica processual, o que torna mais difícil a descober-

⁶ Mason, J. et al., 2019. *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*. 11th ed. Oxford: Oxford University Press.; Laufs, A. & Uhlenbruck, W., 1999. *Handbuch des Arztrechts*. 2nd ed. Munique: C.H. Beck.; Merry, A. & McCall Smith, A., 2001. *Errors, Medicine and the Law, Cambridge, 2001*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁷ Dias Pereira, A. G., 2015. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra: Coimbra Editora.

⁸ Dano decorrente da prestação de cuidados de saúde (etimologia: do grego, literalmente: causado por um médico).

⁹ Van Boom, W. & Faure, M. G., 2007. *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*. Viena, Nova Iorque: Springer.

¹⁰ Dufwa, B., 2001. Development of International Tort Law till the Beginning of the 1990's from a Scandinavian Point of View. *Scandinavian Studies in Law*, Volume 41, pp. 89-181.

¹¹ A fronteira entre um evento adverso negligente e um evento adverso não negligente tem, por vezes, a “espessura de uma folha de papel”, segundo Brazier, M., 2003. *Medicine, patients and the Law*. 3.^a ed. London: Penguin, London.

¹² Atyah, P., 1997. *The Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing.; Ison, T., 1967. *The Forensic Lottery*. London: Staples Press, Londres.

ta das circunstâncias radicais que levaram à produção do dano, tendendo este modelo a procurar um “culpado”: a face visível do problema (*name, blame & claim*)¹³. Quando o paciente não tem ganho de causa (e/ou durante a pendência do pedido), é este a suportar os custos derivados do acidente evento adverso (dano emergente, lucro cessante, despesas com hospitalização e cuidados de saúde subsequentes, dor e sofrimento, perda de faculdade ou função, perda de qualidade de vida, despesas com cuidadores, etc.). Em suma, um sistema “absurdo” e “ineficiente”, nas palavras de Calabresi¹⁴.

Por outro lado, a tão propalada função preventiva da responsabilidade civil, incentivando os potenciais lesantes a serem mais diligentes *ex ante* sob pena de virem a ser responsabilizados *ex post*¹⁵, encontra-se bastante desacreditada desde o *Harvard Medical Practice Study*¹⁶. Fora das situações mais manifestas de dolo e negligência grosseira, essa perspectiva de dissuasão externaliza-se negativamente no recurso a práticas de medicina defensiva, causadoras de desperdícios e custos acrescidos, sendo praticados actos médicos impertinentes, desnecessários ou de marginal utilidade, ou evitada ou recusada a prestação de cuidados de saúde de elevado risco a determinados pacientes¹⁷.

Os sistemas de ressarcimento do dano iatrogénico *no-fault* são uma alternativa que emergiu em alguns ordenamentos jurídicos para ultrapassar

¹³ (Dias Pereira, 2015); Cascao, R., 2004. A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, 1(1), pp. 97-106.; Cascao, R., 2005. *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform*. Haia: Boom Juridische Uitgevers.; (Merry & McCall Smith, 2001).

¹⁴ Calabresi, G., 1970. *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale Academic Publishing.

¹⁵ (Van Boom & Faure, 2007).

¹⁶ Brennan, T. A. et al., 1991. Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence. Results of the Harvard medical practice study. *The New England Journal of Medicine*, Volume 324, pp. 370-376.

¹⁷ Bishop, T., Federman, A. & Keyhani, S., 2010. Physicians' Views on Defensive Medicine: A National Survey. *Archives of Internal Medicine*, 170(12), p. 1081; Studdert, D. et al., 2005. Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment, vol. 293, 21, 2005; p. 2616; *Journal of the American Medical Association*, 293(21), p. 2616.

essas fragilidades. O primeiro destes sistemas surgiu na Suécia em 1975, como um compromisso meramente voluntário entre as companhias seguradoras, o Estado e as autarquias locais (responsáveis pela maioria dos hospitais públicos). Este bem-sucedido acordo de cavalheiros foi cristalizado legislativamente na Suécia pela “Lei de Danos aos Pacientes” (*Patientsskadelaag* 1996:799). Os outros países escandinavos implementaram também os seus próprios sistemas de seguro do paciente, seguindo este figurino: Finlândia (1986)¹⁸; Dinamarca (1991)¹⁹; Islândia (2000)²⁰ e Noruega (2001)²¹.

Geograficamente nos antípodas, o direito neozelandês é bastante inulgar, na medida em que aboliu, pura e simplesmente, a responsabilidade civil por dano corporal²². Com o *Accident Compensation Act* de 1972, aprovado por unanimidade no Parlamento neozelandês, foi consagrado um regime segundo o qual, regra geral, todo e qualquer dano corporal causado por um acidente, independentemente da sua origem, é ressarcido, de forma extrajudicial e independentemente de culpa, por uma entidade pública, a *Accident Compensation Corporation*²³. Desde a reforma de 2005, o dano iatrogénico (*medical treatment injury*) é indemnizado segundo um mecanismo *no-fault*²⁴.

Os sistemas *no-fault*, como modelo alternativo de (à?) responsabilidade civil vão sendo contemplados quer com entusiasmo reformador, quer com cepticismo, ou mesmo recusa frontal. Empiricamente, podemos observar que, de uma forma geral, os profissionais de saúde e os especialistas em direito biomédico (disciplina transversal e multidisciplinar) tendem a

¹⁸ *Potilasvakuutuslaki 948/2019* (versão consolidada).

¹⁹ *Bekendtgørelse af lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet LBK nr 995 af 14/06/2018* (versão consolidada no capítulo 3.º da Lei).

²⁰ *Lög um sjúklingatryggingu, 2000 nr. 111 25. Maí.*

²¹ *Lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven).*

²² S. 317 (1) *Accident Compensation Act 2001.*

²³ Oliphant, K., 2007. Landmarks of No-Fault in the Common Law Tort and Insurance Law. Em: W. Van Boom & M. Faure, edits. *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*. Viena, Nova Iorque.: Springer.; Schuck, P., 2008. Tort Reform, Kiwi-Style, 27:187. *Yale Law & Policy Review*, Volume 27, pp. 187-203.

²⁴ *Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Amendment Act 2005.* Vide nota n.º 38.

ver este modelo com bons olhos; os especialistas em direito civil tendem a encará-lo com cepticismo, como se de um corpo estranho que desafia a lógica e os fundamentos essenciais da sua disciplina se tratasse; por outro lado, actuários, economistas, administradores e seguradoras escrutinam o fenómeno através da frieza dos números numa folha de cálculo, enquanto os advogados de barra esconjuram-no, receando a perda de um segmento lucrativo do seu mercado.

É consabido que este instituto jurídico extravagante não germinou para além do seu *habitat* natural (países escandinavos e Nova Zelândia) e que a responsabilidade civil clássica continuou a ser o paradigma dominante... *Eppur si muove...* Será que os sistemas alternativos *no-fault* têm sido meramente um fogo fátuo no debate académico e político a nível internacional, uma “ave rara” comparatística? Ou, ao invés, são um paradigma credível que exerce pressão constante sobre a responsabilidade civil clássica, ameaçando refundá-la radicalmente, induzindo à sua evolução gradual no sentido de se adaptar às realidades específicas do dano iatrogénico?

II. O MODELO *NO-FAULT*

1. Características dos sistemas *no-fault*

Estes sistemas, apesar de haver diferenças significativas entre eles e de este ser um conceito deveras amplo, caracterizam-se por:

- a) Irrelevância da culpa como pressuposto do ressarcimento do dano;
- b) Socialização dos custos do dano corporal através de seguro;
- c) Resolução extrajudicial de litígios;
- d) Racionalidade administrativa e redução dos custos de transacção;
- e) Ressarcimento tendencialmente integral do dano corporal e recuperação dos pacientes lesados²⁵.

²⁵ Dentro da economia deste contributo e para evitar repetições desnecessárias de conteúdo, remetemos o leitor para as seguintes obras, para mais detalhes relativamente aos sistemas *no-fault*: Cascão, R., 2005b. Os Sistemas Escandinavos de Seguro do Paciente. Em: Coimbra Editora, ed. *Responsabilidade Civil dos Médicos*.

2. Evolução histórica

Nos países escandinavos, um paciente que sofre dano iatrogénico é ressarcido em primeira linha pela segurança social, podendo depois, se necessário, recorrer ao sistema de seguro *no-fault* do paciente, independentemente de culpa do prestador de cuidados de saúde, através de um procedimento extra-judicial gratuito. O modelo escandinavo de seguro do paciente foi fortemente influenciado pelo realismo jurídico escandinavo (*Escola de Uppsala*), que recusava a metafísica do direito e os seus “conceitos sobrenaturais e supersticiosos”²⁶. A culpa passou a ser encarada como um “tû-tû”, um tabu fetichista de tribos imaginárias do Pacífico Sul²⁷. Esta corrente de filosofia do direito caracteriza-se por uma perspectiva realista e objectiva do direito e da sociedade, entendendo que o direito deve centrar-se no objectivo de prosseguir o bem-estar social ao invés de uma ideia abstracta e metafísica de justiça.

Coimbra: AA.VV.; Cascão, R., 2005. *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform*. Haia: Boom Juridische Uitgevers; Cascão, R., 2012. 1972, Para além da culpa no ressarcimento do dano médico. *Boletim da Faculdade de Direito*; (Dias Pereira, 2015); Raposo, V., 2016. A insustentável leveza da culpa: a compensação de danos no exercício da medicina. *Saúde e Sociedade*, 25(1); Kachalia, A., Mello, M., Brennan, T. & Studdert, D., 2008. Beyond negligence: Avoidability and medical injury compensation. *Social Science & Medicine*, Volume 66, pp. 387-402; Von Eyben, B., 2001. Alternative Compensation Systems. *Scandinavian Studies in Law*, Volume 41.

²⁶ Lundstedt, A., 1956. *Legal Thinking Revisited*. Uppsala: Almqvist & Wiksells.

²⁷ Ross, A., 1957. Tû-tû. *Harvard Law Review*, Volume 70: “On the Noisulli Islands in the South Pacific lives the Noit-cif tribe, generally regarded as one of the most primitive peoples to be found in the world today. (...) This tribe (...) holds the belief that in the case of an infringement of certain taboos- for example, if a man encounters his mother-in-law, or if a totem animal is killed, or if someone has eaten of the food prepared for the chief- there arises what is called tû-tû. They also say that the person who committed the infringement has “become tû-tû”. It is very difficult to explain what is meant by this. Perhaps the nearest one can get to an explanation is to say that tû-tû is conceived of as a kind of dangerous force or infection which attaches to the guilty person and threatens the whole community with disaster. For this reason a person who has become tû-tû must be subjected to a special ceremony of purification”.

Sinergeticamente, decorreu uma evolução bastante profunda do sistema de responsabilidade civil e do direito dos seguros por impulso do jurista sueco Ivar Strahl, que criticou as desvantagens da responsabilidade civil fundada quer na culpa quer no risco. Assumindo que a responsabilidade civil tem dois objectivos principais (prevenção e ressarcimento dos danos causados ao lesado), Strahl entende que ela não alcança satisfatoriamente qualquer deles, sugerindo a substituição, pelo menos parcial, da responsabilidade civil por um mecanismo de seguro como forma mais adequada para assegurar o ressarcimento do lesado, como alternativa às insuficiências da responsabilidade civil subjectiva e à proliferação de regimes de responsabilidade civil objectiva *ad hoc*²⁸. Strahl, propondo o seguro como mecanismo charneira da compensação de danos, impulsionou um debate jurídico que culminou com a aprovação da *Skadeståndslag* (1972:207), a Lei de Ressarcimento de Danos, que estabeleceu o regime geral do sistema sueco de responsabilidade civil. A responsabilidade civil foi assim refundada com a intenção de cobrir o dano corporal através de um sistema de seguro, sendo estabelecido um mecanismo modular de ressarcimento do dano corporal estruturado em três níveis: (i.) a segurança social; (ii.) os sistemas especiais de seguro colectivo, no caso em apreço, o *Patientförsäkring* (seguro do paciente) de 1975 e (iii.) o regime jurídico geral (baseado na culpa) da Lei de Ressarcimento de Danos, a título subsidiário^{29,30}.

Navegando de novo até aos mares do Pacífico Sul, a Nova Zelândia é tradicionalmente vista pelos anglo-saxões como um “laboratório social”, com uma longa tradição de uma política social progressista³¹. Antes da reforma de 1972, o regime geral da responsabilidade civil por dano corporal

²⁸ Strahl, I., 1959. Tort Liability and Insurance. *Scandinavian Studies in Law*, Volume 3.

²⁹ Dufwa, B., 2003. Sweden. Em: B. Koch & H. Koziol, edits. *Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law*. Viena, Nova Iorque. Springer; (Dufwa, 2001); Hellner, J., 2001. Compensation for Personal Injuries in Sweden- A Reconsidered View. *Scandinavian Studies in Law*, Volume 41.

³⁰ Com o objectivo de reduzir a complexidade, tomamos como base o direito sueco, referindo os sistemas de outros ordenamentos jurídicos escandinavos quando tal seja oportuno.

³¹ (Oliphant, 2007).

baseava-se, no essencial, no *tort of negligence* da *common law*, que pressupõe a prova da culpa do lesante, a qual consiste na violação de um dever de diligência (*duty of care*)³².

Em 1967, foi publicado o *Woodhouse Report*, encomendado pelo Governo, que criticou a inadequação total da responsabilidade civil fundamentada no *tort of negligence* no que se refere à reparação do dano corporal, criticando o seu falso moralismo, o carácter aleatório e imprevisível do cálculo dos danos pelos tribunais de júri e os seus elevados custos de transacção³³. Propôs, ao invés, uma perspectiva holística e integrada para responder aos problemas colocados por um quadro jurídico “fragmentado e caprichoso” de ressarcimento do dano corporal, baseado numa “lotaria judiciária” que falhava flagrantemente em satisfazer as suas funções de forma socialmente aceitável. O estudo recomendou uma mudança radical do ordenamento jurídico, preconizando a abolição da responsabilidade civil em matéria de dano corporal, bem como a subtracção aos tribunais dos litígios daí emergentes, tendo como traves mestras o princípio segundo a qual a responsabilidade pelas consequências dos acidentes não deve recair apenas sobre o lesante, mas também sobre a comunidade (mormente nos casos em que as condutas potencialmente lesantes sejam levadas a cabo para a sua conveniência e utilidade) e ainda o princípio da equidade e igualdade no ressarcimento do dano corporal, independentemente da sua origem, não se devendo permitir regimes diferentes de indemnização do dano corporal em virtude da etiologia do facto causador³⁴. Consequentemente, foi aprovado, por unanimidade, o *Accident Compensation Act*, que entrou em vigor em 1974.

3. Características

³² Markesinis, B. & Deakin, S., 2019. *Tort Law*, Clarendon Press, Oxford. 8th ed. Oxford: Oxford University Press.

³³ Woodhouse Commission, 1967. *Royal Commission of Inquiry into Compensation for Personal Injury (Chairman Mr. Justice Woodhouse). Compensation for Personal Injury in New Zealand: Report of the Royal Commission of Inquiry*, Wellington: Government Press.

³⁴ (Schuck, 2008).

A) Critérios de acesso

Nos sistemas escandinavos de seguro *no-fault* do paciente, o critério que define o acesso à compensação do dano é eticamente neutro, ou seja, não se exige que o lesante tenha actuado com culpa, violando qualquer dever de cuidado imposto pelas *leges artis*. É ressarcido o dano iatrogénico evitável (*oundviklighetskriteriet*) de acordo com um raciocínio retrospectivo (*facitbedömning*), se:

a. puder ser presumido que, com um grau razoável de probabilidade, se tivessem sido prestados os melhores cuidados de saúde especializados, o dano não se teria produzido (*specialistmålestokken*: regra do especialista)³⁵;

b. for possível presumir que, existindo uma terapêutica alternativa de eficácia equivalente à que foi empregue, tivesse essa terapêutica alternativa sido empregue, o dano não se teria produzido (*alternativregeln*: regra alternativa)³⁶.

O raciocínio retrospectivo *ex post facto* é crucial para a apreciação da evitabilidade do erro segundo estas regras. Para tal, o aplicador da regra reporta-se ao momento em que tem conhecimento do processo causal entre o acto terapêutico e o dano causado (e as suas consequências). Ao

³⁵ Num caso dinamarquês, um paciente foi compensado porque o seu pé ficou paralisado em virtude de uma sequela após uma cirurgia realizada num hospital provincial. Ficou provado que, se o paciente tivesse sido operado no departamento de neurocirurgia de um hospital central, o dano poderia ter sido evitado (*Vestre Landsrets dom 07.11.2001 (7. afd., B-2023-98)*).

³⁶ Noutro caso dinamarquês, um paciente, que padecia de osteoartrite progressiva, foi submetido a uma cirurgia prótica não cimentada na anca, tendo posteriormente desenvolvido uma reacção inflamatória que lhe causava dor intensa. O paciente foi submetido a nova cirurgia, sendo a prótese não cimentada substituída por uma prótese cimentada. O consórcio de seguro do paciente decidiu compensar o paciente, entendendo que, apesar de a cirurgia ter sido executada através de cuidados especializados, pode-se presumir que seria bastante provável que os danos causados ao paciente pudessem ser evitados se tivesse sido inicialmente introduzida uma prótese cimentada, considerada como terapia equivalente àquela que foi efectuada (*Cementeret hofteprotese med ligeværdigt alternativ, 95-1452 1996 Årsb.*).

inverso, a apreciação da culpa na responsabilidade civil clássica reporta-se ao momento em que o acto terapêutico foi executado.

É ainda indemnizado o dano iatrogénico:

c. produzido em virtude de defeito ou avaria de equipamento ou instrumentação médica (*apparaturregeln*: regra do equipamento), critério que é objectivo;

d. em algumas circunstâncias, mesmo o dano iatrogénico inevitável é ressarcível (*rimelighedregeln*: regra da razoabilidade), particularmente o dano resultante de infecção nosocomial ou quando haja uma desproporção manifesta entre a magnitude do dano sofrido relativamente ao baixo limiar de risco estimado da terapêutica empregue³⁷.

Na Nova Zelândia, o âmbito do *Accident Compensation Act* abrange praticamente todo o dano corporal causado por um acidente, independentemente da sua etiologia³⁸. No que se refere ao dano iatrogénico (*medical treatment injury*)³⁹, é ressarcido o dano iatrogénico que tenha

³⁷ Erichsen, M., 2001. The Danish Patient Insurance System, (2001). *Medicine and Law*; Oldertz, C., 1989. Compensation for personal injuries: the Swedish patient and pharma insurance. Em: R. J. Mann, ed. *No-Fault Compensation in Medicine*. Londres: Royal Society of Medicine Services; Pichler, J., 1994. *Die Patientenversicherungsrechte in Schweden, Finnland und Dänemark. Rechtsentwicklungen zu einer verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich, Band 1*. Viena, Colónia, Weimar: Bohlau Verlag; (Kachalia, et al., 2008).

³⁸ S. 20 a 24 *Accident Compensation Act* 2001. Abrange (i.) acidentes pessoais; (ii.) acidentes profissionais e doenças ocupacionais; (iii.) acidentes desportivos; (iv.) acidentes de viação; (v.) dano provocado pela prestação de cuidados de saúde; (vi.) dano resultante de crime contra a integridade física ou liberdade e autodeterminação sexual; (vii.) suicídio. Ficam excluídas do âmbito do regime de indemnização as patologias que careçam de nexo de causalidade com um acidente, nomeadamente aquelas que derivem do processo natural de envelhecimento.

³⁹ Até à reforma introduzida pelo *Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Amendment Act 2005*, o critério para o ressarcimento do dano médico era diferente (*medical misadventure*), exigindo-se a verificação de um erro médico “*medical error*” (critério idêntico ao da regra da culpa) ou de um “*medical mishap*”, ou seja, um acto médico (excluindo-se as omissões) não culposo que, pela raridade da sua verificação (definido pela lei como ocorrendo em $\leq 1\%$ dos casos), ou pela sua severidade (período prolongado de hospitalização, incapacidade significativa ou morte) justificasse o ressarcimento. Estes critérios revelaram-se, na *praxis*, problemáticos, sendo criticados pela sua incoerência com os princípios essenciais e o espí-

sido sofrido por um paciente em virtude de cuidados de saúde administrados por um profissional habilitado ou sob sua orientação, tenha sido causado pelos referidos cuidados de saúde e que não seja consequência necessária ou normal dos cuidados de saúde prestados, tendo em conta todas as circunstâncias em que estes foram prestados, nomeadamente o estado de saúde do paciente e o estado da ciência médica na altura em que os cuidados de saúde foram prestados. É excluído o dano sofrido em consequência do estado de saúde subjacente do paciente, exclusivamente como consequência de uma decisão clínica relativa à alocação de recursos ou em consequência de recusa ou adiamento injustificado de prestação de consentimento informado por parte do paciente. O facto de os cuidados de saúde prestados não terem alcançado o resultado esperado não se considera, por si só, dano médico⁴⁰.

rito do sistema do *Accident Compensation Act*, por introduzirem incerteza jurídica e morosidade no procedimento de ressarcimento, bem como por permitirem que uma determinada categoria de dano corporal não fosse totalmente coberta pelo mecanismo holístico de ressarcimento do dano corporal neozelandês. Para corrigir esses inconvenientes, a reforma de 2005 alterou os pressupostos da indemnização do dano iatrogénico estabelecidos na secção 32 do *Accident Compensation Act* 2001, substituindo a exigência de erro médico ou de *medical mishap* pelo conceito mais abrangente de *medical treatment injury*. Como consequência imediata, a proporção de pedidos de ressarcimento rejeitados baixou de 70,6% (2004-2005) para 35,5% (2008-2009) e o período administrativo necessário para a avaliação dos pressupostos do ressarcimento baixou de aproximadamente cinco meses para 37 dias. Por outro lado, os custos imediatos do subsistema de ressarcimento do dano médico duplicaram: Todd, S., 2001. Treatment Injury in New Zealand. *Chicago-Kent Law Review*, 86(3), p. 1177; (Oliphant, 2007); (Schuck, 2008).

⁴⁰ S. 32 e 33 *Accident Compensation Act* 2001. Na determinação da verificação do dano iatrogénico, entendem-se como compreendidos no conceito de prestação de cuidados de saúde a terapia, o diagnóstico, a decisão clínica sobre a terapia, a decisão clínica de não administrar qualquer terapia, a omissão terapêutica, a omissão de administrar os cuidados de saúde em tempo útil, a obtenção do consentimento informado, a profilaxia, a falha de equipamento ou prótese e logística e gestão da unidade de prestação de cuidados de saúde quando influenciem a qualidade da prestação de cuidados de saúde ao paciente.

B) Procedimento

Na Suécia, os litígios são dirimidos pelo consórcio do seguro do paciente (*Patientförsäkringen LÖF*⁴¹), de forma expedita (em média 8 meses por caso) e sem custos para o paciente, segundo um procedimento extra-judicial. Aproximadamente 45% dos procedimentos são decididos em favor do paciente (Finlândia: aproximadamente 30%; Dinamarca: 43%)⁴². Das decisões do consórcio cabe recurso para os tribunais ou arbitragem, apesar desse recurso ser raro (Suécia: 18%, Dinamarca: 20%), procedendo o recurso em aproximadamente metade dos casos (Suécia 47%, Dinamarca 43%)⁴³.

Na Nova Zelândia é proibido o acesso imediato aos tribunais para o pedido indemnizatório relativo ao dano corporal, uma proibição cuja validade foi confirmada pela jurisprudência⁴⁴. O procedimento de ressarcimento desencadeia-se por iniciativa do sinistrado, que se deve dirigir a um hospital ou a um prestador de cuidados de saúde devidamente homologado, o qual efectua a avaliação do dano corporal e remete o pedido de indemnização à *Accident Compensation Corporation (ACC)*, que demora em média três semanas a decidir da indemnização. Caso o sinistrado não fique satisfeito com a oferta de indemnização proposta pela ACC, pode requerer a sua reavaliação por essa instituição. Se ainda assim o sinistrado permanecer insatisfeito com a oferta de indemnização final da ACC, pode requerer a sua revisão por uma comissão independente e, em última instância, recorrer para o *District Court*⁴⁵.

⁴¹ Finlândia: *Potilasvakuutuskeskus (PVK)*; Dinamarca: *Patienterstatningen*; Noruega: *Norsk pasientskadeerstatning*.

⁴² Cascão, R. & Hendricks, R., 2007. Shifts in the compensation of Medical Adverse Events. Em: W. Boom & M. Faure, edits. *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems, Tort and Insurance Law, vol. 22*. Viena, Nova Iorque: Springer.

⁴³ (Dufwa, 2003); (Kachalia, et al., 2008).

⁴⁴ *Accident Compensation Act 2001*, S. 317 (1); *Queenstown Lakes District Council v. Palmer* [1999] 1 NZLR 549 (*Court of Appeal*); (Todd, 2001); (Oliphant, 2007); (Schuck, 2008).

⁴⁵ S. 133 ss. *Accident Compensation Act 2001*.

C) Cobertura

Na Suécia, o regime de segurança social cobre, nos termos da Lei da Segurança Social (*Socialförsäkringslag* 1999:799), as despesas imediatas relacionadas com os cuidados de saúde necessários e outras despesas, com um *plafond* de aproximadamente €35,000 (2020). Quando necessário, o lesado pode ainda accionar o seguro do paciente, de forma a obter o ressarcimento dos danos sofridos que, pela sua natureza, não estejam cobertos pela segurança social (os danos não patrimoniais), assim como os danos que excedam o seu *plafond*. Os danos são calculados nos termos Lei de Ressarcimento de Danos (capítulo 5), sendo ressarcido o dano emergente, o lucro cessante e ainda os danos não patrimoniais (*pain and suffering*, desfiguramento, invalidez, perda de amenidades e outros inconvenientes), ou, em caso de óbito do lesado, as despesas funerárias e alimentos aos dependentes sobreviventes. O montante compensatório máximo proporcionado pelo seguro do paciente sueco está, nos termos do artigo 10.º da Lei de Seguro do Paciente, plafonado em aproximadamente €930,000 (2020)⁴⁶. Note-se que na Finlândia e na Dinamarca não há plafonamento⁴⁷. As quantias que já tiverem sido desembolsadas pela segurança social são deduzidas da indemnização a pagar pelo consórcio de seguro do paciente. Da mesma forma, nos casos raros em que haja recurso ao tribunal, todas as quantias desembolsadas quer pela segurança social, quer pelo consórcio de seguro do paciente serão deduzidas da indemnização fixada pelo tribunal⁴⁸.

Também é fixada uma franquia de aproximadamente €230, com o objectivo de evitar pedidos bagatelares (como termo de comparação, a franquia na Dinamarca e na Noruega é mais elevada). Os montantes compensatórios que tenham sido pagos pela segurança social são deduzidos, nos termos do capítulo 5º, secção 3, da Lei de Ressarcimento de Danos.

⁴⁶ Strömbäck, E., 1999. Personal Injury Compensation in Sweden Today, vol. 39, 1999. *Scandinavian Studies in Law*, Volume 39, p. 421.

⁴⁷ (Von Eyben, 2001).

⁴⁸ (Dufwa, 2003).

Na Nova Zelândia, a indemnização abrange apenas o dano corporal, cobrindo o custo dos cuidados de saúde, o dano emergente e o lucro cessante, apoio doméstico e reabilitação vocacional. Todavia, a indemnização do dano não patrimonial é bastante limitada, circunscrevendo-se a determinadas categorias de acidentes graves⁴⁹.

D) Custos do sistema

Os custos do sistema, como veremos adiante, são vistos como um dos calcanhares de Aquiles do modelo *no-fault*. Calabresi distinguiu, segundo uma análise económica, os custos derivados dos acidentes em três categorias: (i.) os custos primários, que consistem, neste contexto, no dano corporal sofrido pelo paciente; (ii.) os custos secundários, que consistem nas consequências da não indemnização do paciente e a sua eventual distribuição entre o lesado e a sociedade; e (iii.) os custos terciários, aqueles que derivam da tramitação burocrática e/ou judiciária necessária para a obtenção da indemnização do acidente⁵⁰.

Nos sistemas escandinavos, os sistemas de seguro do paciente são financiados pelos prémios de seguro pagos pelos prestadores de cuidados de saúde. Apesar de não ser cristalino que os custos globais dos sistemas escandinavos sejam mais elevados do que nos ordenamentos jurídicos que mantêm o paradigma clássico de responsabilidade civil, o custo marginal do ressarcimento dos pacientes é mais baixo, uma vez que os custos terciários são bastante mais baixos do que em sistemas de responsabilidade civil baseada na culpa⁵¹. Segundo Dufwa, é consabido desde tempos primordiais que a responsabilidade civil clássica tem custos terciários mais elevados do que outros sistemas de ressarcimento⁵².

⁴⁹ *Accident Compensation Act 2001*, S. 21 ss.; (Schuck, 2008).

⁵⁰ (Calabresi, 1970).

⁵¹ (Von Eyben, 2001); (Cascão, 2005); (Cascão & Hendricks, 2007); (Pearson Commission, 1978); Sénat de Belgique/Belgische Senaat, 2003. *Proposition de loi organisant l'indemnisation des accidents médicaux sans faute médicale/Wetvoorstel tot schadeloosstelling van medische ongevallen zonder medische fout*, 3-213/1, 19/09/2003, Bruxelas.

⁵² (Dufwa, 2001).

Na Nova Zelândia, o sistema tem um modelo de financiamento complexo, provindo as suas receitas de prémios pagos pelas entidades patronais, pelos trabalhadores ou pelo Governo (caso o sinistrado esteja desempregado) e ainda por uma derrama sobre o imposto sobre os produtos petrolíferos e as taxas de licenciamento de veículos. O sistema vigente custa, por ano, 190 milhões de Dólares neozelandeses (aproximadamente 113 milhões de €, ou seja, aproximadamente 26€ *per capita*) a mais quando comparado com um cenário hipotético de responsabilidade civil baseada na culpa⁵³. Pelo que se pode concluir que o custo social agregado é mais baixo do que seria num sistema de responsabilidade civil baseado na culpa⁵⁴.

E) Prevenção de eventos adversos

Diversamente do que sucede na responsabilidade civil clássica o efeito preventivo da responsabilidade civil extracontratual não consiste na dissuasão (ou na retribuição, como em alguns ordenamentos jurídicos), mas ao invés em facilitar estratégias de *root cause analysis* e transparência clínica. Frequentemente, na Escandinávia, é o próprio médico que tratou o paciente quem o ajuda a preparar o pedido de ressarcimento ao consórcio de seguro do paciente⁵⁵.

Na Nova Zelândia, A ACC desenvolve estudos, com base nos dados obtidos através dos procedimentos de indemnização, para investigar as causas profundas dos acidentes e desenvolver medidas de prevenção de acidentes.

No entanto, há investigação recente que salienta que, sem serem implementados mecanismos adicionais aprofundados e eficientes de notificação de incidentes, aprendizagem com o erro e de prevenção de acidentes,

⁵³ PriceWaterhouseCoopers, 2008. *Accident Compensation Corporation New Zealand: Scheme Review*, Wellington. Note-se que o financiamento e os custos referidos abrangem todos os danos cobertos pelo *Accident Compensation Act 2001*, não apenas o dano iatrogénico.

⁵⁴ Montante no entanto bastante inferior ao valor social agregado acrescentado pelo actual sistema *no-fault* (o seu retorno social: participação mais alargada da população no mercado de trabalho, inclusão e coesão social, redução da pobreza, melhoria das condições de acesso a cuidados de saúde).

⁵⁵ (Kachalia, et al., 2008).

os sistemas *no-fault* não conseguem, só por si, assegurar a prevenção eficaz de eventos adversos, apesar do seu potencial⁵⁶.

III. CONCLUSÃO E REFLEXÕES DE IURE CONDENDO

Um pouco por todo o mundo, o espectro do modelo *no-fault* vem paulatinamente pautando o debate sobre a reforma da responsabilidade civil em medicina. É o caso do Reino Unido desde a *Pearson Commission* em 1978⁵⁷ até à actualidade, tanto em Westminster⁵⁸ como em Holyrood, tendo o Governo escocês realizado uma consulta pública que recomendou a introdução de um sistema *no-fault*⁵⁹.

Também em França, nos *travaux préparatoires* da *Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des maladies et à la qualité du système de santé*⁶⁰, o modelo *no-fault* escandinavo foi uma das principais linhas dinâmicas e inspiradoras do difícil parto desta lei. Não prevaleceu o figurino nórdico, sendo forjado um sistema *à deux voies*, em que a responsabilidade civil

⁵⁶ Wallis, K., 2017. No-fault, no difference: no-fault compensation for medical injury and healthcare ethics and practice. *British Journal of General Practice*, n.º de Janeiro, pp. 38-39.

⁵⁷ Pearson Commission, 1978. *Royal Commission of Civil Liability and Compensation for Personal Injury (Cmnd 7054-1)*, Londres: The Stationery Office.

⁵⁸ Chief Medical Officer, 2000. *An Organisation with a Memory. Report of an expert group on learning from adverse events in the NHS*, Londres: The Stationery Office; Chief Medical Officer, 2003. *Chief Medical Officer. Making Amends: A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Londres: The Stationery Office; House of Commons Committee on Public Accounts, 2017. *Managing the Costs of Clinical Negligence in Hospital Trusts (2017-2019) HC 397*.

⁵⁹ The Scottish Government, 2014. *Consultation Report- Consultation on Recommendations for No-Fault Compensation in Scotland for Injuries Resulting from Clinical Treatment*, Edimburgo: The Scottish Government/Riaghaltas na h-Alba.; Dyer, C., 2012. Scotland considers no fault compensation for medical injuries. *BMJ*, p. 345; Farrell, A. M., Devaney, S. & Dar, A., 2010. *No-Fault Compensation Schemes for Medical Injury: A Review*, Edimburgo: Scottish Government Social Research.

⁶⁰ Os *travaux préparatoires* desta reforma podem ser consultados na seguinte hiperligação: https://www.assemblee-nationale.fr/11/dossiers/droits_des_malades.asp

fundada na culpa coexiste com um regime de indemnização colectiva das infeções nosocomiais e dos acidentes médicos mais graves⁶¹.

Refira-se ainda o caso da Bélgica, que teve um “flirt” inicial com o modelo escandinavo, consagrado na *loi du 15 mai 2007 relative à l’indemnisation des dommages résultant de soins de santé* (lei relativa à indemnização dos danos resultantes de cuidados de saúde), que previa um regime de ressarcimento *no-fault*. No entanto, esta lei nunca entrou em vigor, sendo muito criticada pela doutrina local, por não haver garantias de transparência, por receios relativamente aos custos operacionais e por não ser permitido o recurso aos tribunais judiciais. Esta lei foi posteriormente revogada apenas três anos depois pela *loi du 31 mars 2010 relative à l’indemnisation des dommages résultant de soins de santé*, a qual consagrou um regime idêntico ao referido modelo *à deux voies* francês, se bem que assaz influenciada pelo modelo escandinavo do ponto de vista técnico⁶².

Devem ainda ser mencionados os sistemas *no-fault* que vigoram na Virgínia e na Florida, nos Estados Unidos da América, cujo âmbito se limita à compensação de dano neurológico neonatal de elevada gravidade⁶³.

Apesar das vantagens apresentadas pelos sistemas *no-fault*, não houve substituição de paradigma dominante no que se refere ao ressarcimento do dano iatrogénico. Estes sistemas funcionam no seu contexto social, económico e político, tendo como objectivo ressarcir o máximo de pacientes lesados desejável com o menor custo marginal possível, bem como proporcionar maior coesão e inclusão social (melhorias na redução

⁶¹ *Code de la Santé Publique*, L1142-1 ss.; Lambert-Faivre, Y., 2015. Droit du dommage corporel — Systèmes d’indemnisation. 8.^a ed. Paris: Dalloz; Laude, A., 2002. L’indemnisation collective des accidents thérapeutiques. Em: Jourdain P, Laude, A., Penneau, J. & Porchy-Simon, S. Le Nouveau Droit des Malades. Paris: Litec.

⁶² Buelens, W., 2019. De (Belgische) Wet Medische Ongevallen en het medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade*, Issue 4, pp. 120-135; Genicot, G., 2011. Le nouveau régime belge d’indemnisation des dommages résultant de soins de santé. *Revue Générale de Droit Médical*, vol. 38, Volume 38, pp. 269-293.

⁶³ *Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Act. 1987, c. 540. (Code of Virginia § 38.2-5000 ss.); Florida Birth-Related Neurological Injury Compensation Association (NICA) 1988, Cap. 766 Florida Statutes.*

da pobreza e das desigualdades, melhoria do estado de saúde da população; maior e melhor participação dos cidadãos na sociedade e no mercado de trabalho (menos pessoas doentes ou portadoras de incapacidades); melhor qualidade de vida das pessoas afectadas por dano corporal; redução, no longo prazo, das despesas de prestação de cuidados de saúde em virtude de um melhor e mais precoce acompanhamento médico do dano corporal sofrido; descongestionar os tribunais e ainda coadjuvar o alcance e a sustentabilidade da segurança social.

As razões que levam à manutenção do *status quo* da responsabilidade civil clássica são múltiplas: receios quanto aos custos operacionais do sistema, transparência da sua administração e acesso à justiça, resistências corporativas, dificuldades técnicas na definição dos critérios de acesso, dúvidas quanto à eficácia em sede de prevenção de eventos adversos, dúvidas quanto à sua capacidade para ressarcir integralmente o dano, ou ainda a poderosa metanarrativa “*tú-tú*” da culpa, fortemente enraizada nas várias tradições jurídicas⁶⁴. E provavelmente terão sido decisivas para a sobrevivência do paradigma clássico as estratégias adoptadas pelos vários ordenamentos jurídicos para flanquearem os seus defeitos sem os terem substituído totalmente: uma evolução na continuidade, feita de pequenos passos⁶⁵. Constatando as insuficiências do sistema tradicional de responsabilidade civil médica, vários ordenamentos jurídicos adoptaram, por iniciativa legislativa, evolução da jurisprudência, ou mesmo autorregulação, estratégias para corrigir as insuficiências observadas: resolução extrajudicial de litígios (mediação, conciliação, arbitragem); incentivos ou maior abertura dos prestadores de cuidados de saúde, sistemas de saúde e seguradoras a mecanismos amigáveis de resolução de litígio e à assumpção voluntária da responsabilidade; facilitação e inversão do ónus da prova da culpa e da causalidade em determinadas circunstâncias⁶⁶; *barèmes* (tabelas de cálculo de indemnização do dano corporal); mecanismos de segurança social; socialização de alguns riscos sanitários (e.g. infecções nosocomiais, acidentes de vacinação, instrumentos e dispositi-

⁶⁴ (Ross, 1957).

⁶⁵ (Cascão & Hendricks, 2007).

⁶⁶ Por exemplo, o §630h do BGB alemão, que cristaliza décadas de jurisprudência nesse sentido.

vos médicos, transfusões); flexibilização da responsabilização fundada na insuficiência do consentimento informado⁶⁷; mecanismos de desculpas⁶⁸; enquadramento contratual da responsabilidade civil⁶⁹, etc.

Não parece provável que surjam novos sistemas *no-fault* em larga escala num horizonte próximo. Para tal, *de iure condendo*, seria necessário um vasto consenso político, alinhamento entre as entidades públicas pertinentes e os interessados (corporações profissionais, seguradoras, etc.); transparência e realismo na análise dos custos operacionais; idoneidade, transparência e competência das instituições que administrem o sistema e que venham a dirimir o procedimento de ressarcimento; complementaridade com a segurança social e mecanismos de seguro com o objectivo de garantir o ressarcimento integral dos danos; equilíbrio na fixação de *plafonds* e franquias; garantias de acesso à justiça e, finalmente, a integração do sistema *no-fault* com estratégias eficazes de notificação, investigação e prevenção de eventos adversos.

Não obstante o modelo *no-fault* não ter logrado tornar-se no paradigma dominante de ressarcimento do dano iatrogénico, é simultaneamente *Leitmotiv* e “musa inspiradora” das metamorfoses da responsabilidade civil clássica baseada na culpa. O seu estudo é incontornável para o juscomparatista e para qualquer estudo sério de política legislativa nesta área.

⁶⁷ Segundo (Lambert-Faivre, 2015), o consentimento informado é um “falso alibi” para indemnizar o dano iatrogénico. Por outro lado, (Hellner, 2001) salienta ser muito raro que um paciente proponha uma acção de responsabilidade civil fundada na insuficiência do consentimento informado quando os cuidados de saúde correm bem.

⁶⁸ Por exemplo, em Hong Kong, de acordo com a *Apology Ordinance (Cap. 631)* de 13 de Julho de 2017, um lesante pode oferecer publicamente um pedido de desculpas a um lesado, sem que tal tenha consequências processuais a título de assumpção de culpa ou de responsabilidade.

⁶⁹ O enquadramento contratual da responsabilidade civil em medicina é mais frequente em ordenamentos jurídicos em que sistemas de saúde se baseiam no modelo *Bismarck*, como é o caso, *e.g.*, da Alemanha (*Behandlungsvertrag*: §630a-h do BGB) ou dos Países Baixos (*Overeenkomst inzake geneeskundige behandeling*: Art. 7: 446 ss. do BW, Código Civil neerlandês).