

O Erro e a Negligência Não são as Duas Faces da Mesma Moeda

Error and Negligence are Not Two Sides of the Same Coin

João Pina^{1,2*}

Afiliação

¹ Unidade de Cuidados Intensivos e Intermédios Polivalente, Hospital do Santo Espírito da Ilha Terceira, Angra do Heroísmo, Portugal.

² Instituto de Bioética, Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal.

Palavras-chave

Bioética; Erros Médicos; Negligência; Responsabilidade Legal

Keywords

Bioethics; Liability, Legal; Malpractice; Medical Errors

INTRODUÇÃO

"ERRO E NEGLIGÊNCIA EM MEDICINA"

Um pouco por toda a literatura da Medicina e do Direito pode-se constatar que o erro e a negligência médica são tratados muito proximamente e a sua distinção no Direito constitui frequentemente um problema de difícil solução recorrendo-se, as mais das vezes, ao parecer de peritos que referem o evento como tendo ocorrido dentro da *leges artis* ou, pelo contrário, constitui, à luz dos conhecimentos actuais e das orientações das respectivas sociedades científicas uma violação das boas práticas médicas. Podem ainda concluir estes peritos ou os especialistas em Direito Médico que, não havendo informação relevante suficiente, se deve concluir pela inocência *in dubio pro reo*. Esta expressão traduz o princípio jurídico da presunção de inocência e aplica-se sempre que uma situação é caracterizada como prova dúbia sendo que a dúvida em relação à existência ou não de determinado facto deve ser resolvida em favor do imputado. Importa dizer que não é a dúvida que constitui causa ou motivo para absolver o acusado mas, pelo contrário, é a falta de elementos de convicção que demonstrem a ligação do acusado com o facto delituoso, que gera, naquele que julga, a dúvida acerca do nexo entre a materialidade e a autoria. A conclusão é pela dúvida na mente de quem julga. Desta forma, o procedimento torna-se alheio ao campo substantivo, passando para o Direito Processual, que surge numa tentativa de defender o acusado das injustiças oriundas duma condenação, ainda quando não haja provas cabais de autoria e materialidade do facto.

Por outro lado, as estatísticas frequentemente referidas,

apresentam-se muitas vezes como imprecisas ou baseadas em estimativas de queixas ou processos judiciais. Ou são usadas com fins comerciais. Por exemplo, num *site* duma companhia de advogados refere-se que o erro médico é a terceira causa de morte nos EUA, logo a seguir à doença cardíaca e ao cancro e ainda assim, mais do que o número de pessoas que morrem em acidentes de viação anualmente naquele país. Esta declaração, muito conveniente para um escritório de advogados, é sugerida por uma publicação da John Hopkins Medical School¹ sendo que o número de casos de morte ligadas ao erro médico, é extrapolado a partir de quatro estudos prévios sobre as admissões hospitalares entre 2000 e 2008. Na realidade, o objectivo do autor, Martin Makary, era chamar a atenção para a necessidade de rever a forma como são feitos os certificados de óbito e as respectivas causas de morte. Só assim, diz, se terá uma verdadeira noção da dimensão do problema e se poderão elaborar estratégias eficazes para combater o erro enquanto causa de morte ou de dano para os doentes. O erro médico deve ser tratado cientificamente como mais uma entidade nosológica à semelhança de qualquer outra patologia. Na conhecida obra, *To Err is Human*,² refere-se que entre 44 000 e 98 000 pessoas morrem anualmente nos Estados Unidos da América em consequência de erros clínicos. Ou ainda, que³ se calcula em cerca de 5% os utentes dos cuidados de saúde nos EUA, que anualmente, sejam afetados por erros de diagnóstico, isto é, aproximadamente 12 milhões de adultos por ano. Também de Portugal se adiantam números no artigo publicado por Paulo Sousa⁴ referindo este autor a ocorrência de 11,1% de eventos adversos em 3 hospitais da Grande Lisboa dos quais mais de metade seriam evitáveis e em que 10,8% dos eventos adversos poderão ter levado à morte dos doentes. É meritória

Autor Correspondente/Corresponding Author:

João Paulo Azenha Pina

Morada: Unidade de Cuidados Intensivos e Intermédios Polivalente, Hospital do Santo Espírito da Ilha Terceira, 9700-049 Angra do Heroísmo, Portugal.

E-mail: pina.jpa@gmail.com

a preocupação com o erro mas os termos imprecisos e condicionais com que se mencionam as estatísticas, a forma exuberante como se expressam ao procurar chamar a atenção para um problema real e preocupante acabam por dessensibilizar, efeito paradoxal face ao que se pretende.

O conceito de iatrogenia, termo proveniente do grego que significa “*originado pelo médico*” e já largamente discutido por Hipócrates, tem estado associado ao erro médico que produz morte ou dano no doente. Na realidade, sabe-se que é muito baixa a percentagem de erros médicos que produzem lesão, dor, ansiedade ou outro dano ao doente, e menos ainda os erros que resultam em morte. Os estudos formais sobre a lesão iatrogénica aparecem nos anos 60, e mais tarde, em 1974 com a condenação da Medicina Moderna por Ivan Illich, a população toma consciência do problema e pelos anos 80 diversas personalidades começam a trabalhar e a investigar nessa área, mas suscitando apenas um interesse geral esporádico. Em 1999 o Institute of Medicine nos EUA publica *To Err is Human*. A sonoridade dos números citados, 44 000-98 000 mortes por erro médico, consegue finalmente chamar o interesse numa forma sustentada. Mesmo sabendo as fortes limitações da taxa de mortalidade⁵ como indicador de qualidade dos hospitais assiste-se a uma misteriosa e inexplicável disseminação do conhecido *Hospital Standardized Mortality Ratio* (HSMR) caracterizado por alguns investigadores como uma “*bad idea that just won't go away*”. As razões são várias: ajustamento do case-mix apenas pelas co-morbilidades sem peso da doença aguda, questões técnicas com o ajustamento do *case-mix*, sensibilidade a determinadas práticas de codificação e de variações geográficas na disponibilidade de alternativas ao hospital para doentes terminais e, finalmente, o mau desempenho que este indicador tem enquanto “*teste diagnóstico*” para cuidados de má qualidade.⁶

Também, e felizmente, alguns autores conseguiram ajustar melhor o quadro da mortalidade por erro médico à verdadeira dimensão do problema. O estudo de Hayard⁷ chama a atenção para o facto de que os doentes que sofreram lesão ou morte na sequência dum evento adverso por erro médico raramente são pessoas previamente saudáveis e que só uma percentagem muito baixa dos doentes falecidos teria tido alta hospitalar viva se não tivesse ocorrido o evento adverso.

No estudo de Hogan *et al.*,⁸ uma revisão de 1000 processos clínicos de doentes que morreram em 10 hospitais americanos, foram procurados todos os eventos adversos, que poderiam ter sido evitados e que poderiam ter contribuído para a morte do doente. O achado mais importante corresponde a 5,2% de eventos evitáveis. A segunda conclusão mais importante diz que todos os doentes que morreram em consequência dum evento adverso evitável tinham uma expectativa de vida entre 4 meses e 2 anos com a mediana nos 6 meses! Não menos importante, em virtude do seu estado, já apresentavam

susceptibilidade aumentada a qualquer tipo de agressão menor, incluindo as iatrogénicas. Hogan consegue redirecionar o interesse nas mortes hospitalares para o desenvolvimento de melhores indicadores de segurança e melhores estratégias para implementar essa segurança.

O erro médico está dependente de diversos factores⁹: Por exemplo, a mesma informação pode ser transmitida ou recebida de forma diferente desencadeando diferentes acções com ocorrência de resultados inadequados. Em segundo lugar, a actividade médica desenrola-se num ambiente e dentro dum sistema de elevadíssima complexidade o que aumenta a probabilidade de errar. Por outro lado, o uso inconsistente de critérios diagnósticos, de índices de prognóstico ou de limiares de decisão leva a actuações menos reproduzíveis. Em quarto lugar, muito embora a intervenção humana seja insubstituível na acção em saúde, médica ou de enfermagem, a verdade é que tarefas repetitivas e monótonas estão sujeitas a maior ocorrência de erros. Os constrangimentos de tempo e a redução do número de trabalhadores, tão conhecidos de todos os profissionais, criam situações de sobrecarga de trabalho e de ansiedade, factores que em última análise conduzem a situações de erro no curto prazo e ao *burnout* no médio e longo prazo, exigindo estratégias urgentes que visem repor a disponibilidade e a motivação desses profissionais. Finalmente, a cultura hierárquica muito rígida, em pirâmide, com problemas frequentes de comunicação entre os diferentes níveis reduz de forma dramática a capacidade dos trabalhadores se adaptarem a situações inesperadas e, mesmo, de resolverem situações crónicas de disfunção do sistema que acabam por ser tidas como “normais” ganhando o seu lugar na “paisagem do sistema”.

É tradicional, na abordagem do Erro Humano,¹⁰ atribuir a culpa à pessoa, seja por esquecimento, desatenção, falta de motivação, descuido ou negligência desta. As ameaças de medidas disciplinares, litígio, reconversão profissional, culpabilização e humilhação do funcionário completam o quadro catastrófico desta estratégia. O princípio subjacente é simples: as pessoas não são fiáveis, mas, se forem mais cuidadosas, menos erros ocorrerão. Esta visão está profundamente enraizada na mente humana, pois a atribuição da culpa a uma pessoa é emocionalmente gratificante, descartando, num gesto, as responsabilidades e aliviando a tensão moral. Por outro lado, é fácil encontrar uma pessoa para culpar e responsabilizar. Finalmente, é a visão tradicional, é cultural e é fácil de transmitir e assimilar. São aspectos pessoais e sociais que ajudam a relativizar o problema das falhas de notificação do erro: a falta de consciência da gravidade, a maior parte dos erros não causa dano ao doente, há muita dificuldade do profissional em lidar com o erro quando ele ocorre, muitos profissionais optam e conseguem viver em solidão com o erro e, finalmente, a ameaça constante de acusações legais de negligência.

Na verdade, muitos dos pressupostos em que se baseia a abordagem pessoal são errados, dado que as pessoas são em geral confiáveis, adaptam-se às situações com relativa facilidade, e são capazes de modificar os seus comportamentos de modo a evitar o erro. Diria mesmo que, numa forma geral, anseiam que lhes mostrem o caminho.

As falhas do sistema, que podem estar verdadeiramente na origem do erro, são frequentemente difíceis de identificar devido à complexidade e inter-relação dos processos que se desenrolam no seu seio. É sabido que apesar das pessoas serem essencialmente confiáveis, não são infalíveis e é expectável que cometam erros. Contudo, os operadores humanos são apenas um elo na cadeia dos sistemas, e que estes podem ter problemas latentes que potenciam os erros humanos. Torna-se assim, mais fácil e eficiente corrigir o sistema como um todo em vez de tentar alterar o desempenho das pessoas. Esta é a abordagem pelo sistema.

Segundo Marx¹¹ em aeronáutica calcula-se que 90% dos erros não ocorram por verdadeira culpa dos operadores humanos mas sim por um encadeamento de circunstâncias que resultam num evento adverso não desejado e inesperado. Muitas vezes este evento tem o rosto de um operador humano. Ele pode ser responsabilizado, mas não deverá ser o culpado. Ser responsabilizado significa dar-lhe voz para testemunhar o passado. Etimologicamente, “Responsabilidade” vem do Latim *Responsus*, participio passado de *Respondere*, *Re-*, “de volta, para trás”, mais *spondere*, “garantir, prometer”. Ser culpado é atribuir-lhe a causa de toda a insuficiência dum complexo sistema que perdeu as salvaguardas.

O conceito central na abordagem ao sistema é o das defesas do sistema¹²: as barreiras ou salvaguardas que evitam a ocorrência do erro. Tipicamente recorre-se à analogia com o queijo suíço: o alinhamento dos buracos do queijo cria uma situação possível em que o erro se transforma em perdas e danos.

De acordo com James Reason¹³ o erro pode definir-se como “*Situação em que uma sequência planeada de acções físicas ou mentais falha em atingir o objectivo esperado e quando essa falha não pode ser atribuída ao acaso.*”

Nesta definição está clara a razão porque o erro não é negligência e a negligência não é erro nem faz sentido, dum ponto de vista ético ou estratégico tratar os dois em conjunto. O Erro resulta dum acto de liberdade “...sequência planeada...” que se destina a “...atingir o objectivo esperado...”. Portanto trata-se dum acto deliberado assente no pressuposto de que existe um processo e uma vontade de atingir um objectivo benévolo, respeitada que seja a vocação eminente da Medicina. Ou seja, se a sequência é planeada para obter vantagem para outro que não seja o doente ou a expensas deste, então desde logo não é erro, mas violação do dever de cuidar, destituindo-se como médico e incorrendo em negligência. O termo Negligência deriva do latim *Negligentia* acção de *Neglegere*,

Neg (não) + *legere* (escolher ou colher), ou seja, é o acto de ignorar ou a atitude de indiferença.

Corresponde, assim, à falta de diligência e implica desleixo, preguiça ou ausência da necessária reflexão, caracterizando-se também pela inação, indolência, inércia e passividade. É a omissão aos deveres que as circunstâncias exigem. Convém sublinhar que não é um acto de cansaço ou falta de percepção. É uma atitude deliberada, íntima ou explícita, assumida ou escamoteada, de negação ao dever de cuidar. É um processo activo que implica percepção, processamento, decisão, planeamento e consumação.

No Direito toma a forma de conduta humana que se caracteriza pela lesão a um dever de cuidado objetivamente necessário para proteger o bem jurídico e onde a culpabilidade do agente assenta no facto de não ter realizado o cuidado, apesar de capaz e em condições de o fazer.

Tal como o Erro, a Negligência também deve ser vista numa perspectiva sistémica. Por razões completamente diferentes do primeiro, a negligência, na perspectiva sistémica, constitui uma barreira ao sistema de saúde e pode dificultar seriamente os esforços para trazer segurança aos doentes. Isto é particularmente verdade nos sistemas de saúde mais frágeis e economicamente menos dotados. Se não for abordada, a negligência sistémica, se se continuar a tolerar, permitirá desvalorizar a saúde como um bem social. Chakraborti¹⁴ define a Negligência sistémica no contexto dum sistema de saúde numa escala maior e por diversos e variados agentes. Não é apenas uma colecção de casos de negligência médica ou erros médicos individuais ou institucionais, desta ou daquela entidade. É um processo disseminado, infiltrado, ubíquo. Aquilo que refere como sendo “*negligent state-of-affaires in a health system.*”

O termo *state-of-affaires* é bastante elucidativo. Quer significar uma combinação de circunstâncias que se aplicam a uma sociedade ou grupo em determinada época ou período. Estas circunstâncias, na actualidade, podem ser consideradas aceitáveis por muitos observadores, mas não necessariamente por todos. O *state-of-affaires* pode representar um desafio, uma complicação ou conter um conflito de interesses. O status quo representa o *state-of-affaires*. Disputas ou dificuldades respeitantes ao *state-of-affaires* podem desencadear uma crise. A resolução dos problemas é naturalmente desejada, e obtida, através da interacção social como deliberações por consenso, que adaptam o modelo tribal ou familiar de forma a servir a sociedade em geral. A divulgação e discussão actuais sobre o *state-of-affaires* no sistema de saúde são feitas pelos meios de comunicação social.

A negligência sistémica caracteriza-se por não ter rosto, ser impessoal, receber contributos de todos os seus agentes por omissão, ou activamente, e é muito mais visível nos sistemas públicos de saúde, mais frágeis, do que nos sistemas privados. Exemplos são o que se passa com as infecções hospitalares,

excesso de horas de trabalho extraordinário, incompetência nas responsabilidades próprias de cargos de liderança, traços de personalidade incompatíveis com o exercício da Medicina, formação médica desajustada, influência da indústria farmacêutica. São apenas alguns exemplos que merecem a atitude complacente e descuidada de muitos profissionais de saúde e responsáveis pelo sector.

Negligência sistémica não deve ser confundida com *Falha do Sistema* que, supostamente, será uma ocorrência inadvertida, súbita, aguda e que trespassa o sistema numa ponta à outra. É tangível. É delimitada. Pode ser identificada e resolvida no curto prazo e os danos são facilmente suportados. Não põe em causa o sistema como dispositivo que presta saúde no seu todo.

A Negligência sistémica, pelo contrário, é ubiqüitária, infiltrativa, e a sua presença ou influência permanente num sistema de saúde compagina-se com a percepção dum subvalorização da saúde como um bem social na medida em que vai descendo numa escala social de valores relativos. Normalmente acompanha-se dum falta de vontade social e política para melhorar a situação. Na sua permeação silenciosa, a negligência sistémica, sugere a rejeição dos valores que hoje em dia a deliberação ética nos lembra repetidamente, nomeadamente, a importância moral da saúde, a saúde como Bem social e o laço que existe entre saúde pública e equidade. A Culpa, em Direito, é um dos elementos da conduta humana que compõem o chamado, facto típico. Caracteriza-se pela violação ou inobservância de uma regra, que produz dano a outro, por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, em razão da falta de cuidado objectivo, sendo, portanto, não deliberado.

No Dolo o agente tem a intenção de praticar o facto e produzir determinado resultado, ou seja, existe má-fé. O código penal português distingue a negligência simples da negligência grosseira o que tem particular interesse no acto médico e que parece estar em linha com a tendência para restringir a punibilidade penal dos médicos aos casos em que se verifique uma violação particularmente grave dos deveres mais elementares de cuidado. Diferentemente do Direito Penal, o Direito Civil estabelece mecanismos ressarcitórios que, não assumindo função punitiva, visa antes estabelecer a ordem social pela reparação de danos patrimoniais e não-patrimoniais. No âmbito da responsabilidade civil¹⁵ os actos médicos praticados em hospitais públicos são de natureza extra-contratual pois não existe nenhum contrato celebrado entre as partes envolvidas, doente e prestadores de cuidados. Sendo um acto de gestão pública aplica-se o Decreto-Lei 67/2007 de 31 de Dezembro que estabelece o Regime de Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais entidades públicas. Neste diploma reconhece-se a responsabilidade subjectiva baseada na culpa do médico e a responsabilidade objectiva baseada nos riscos inerentes

às próprias actividades perigosas. No mesmo documento, o artigo 11º ao reconhecer a imputação pelo risco baseando-se na assunção de perigos, independentemente da culpa, de certas actividades que possam causar danos traz para a discussão a possibilidade de outros, que não o Estado, assumirem o ónus da indemnização respeitados que sejam determinados parâmetros e pressupostos. Por ser tão difícil descortinar a responsabilidade do acaso com resultados danosos juridicamente relevantes, com a insurgência da conflitualidade e com o aumento dos custos dos processos inerentes, alguns países criaram um sistema de socialização do risco no que toca à responsabilidade civil sem isentar os médicos das sanções disciplinares e sem os retirar da alçada do Direito Penal quando tal é aplicável. Esta diferença de tratamento em relação a outras actividades profissionais já é reconhecida, em Portugal, pelo legislador no artigo 150º do Código Penal quando estabelece a atipicidade do acto médico ou mesmo no artigo 148º, número 2 alínea a) estabelecendo a dispensa de pena se os danos não produzirem incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias.

CONCLUSÕES

Para lá de todas as considerações epistemológicas sobre culpa e responsabilidade importa reconhecer que a maturidade social e individual associada a um regime de favor legal, que já vigora mas que importa clarificar, e um sistema de responsabilidade sem culpa que, por exemplo, proíba a utilização em processos judiciais de informações voluntariamente reportadas pelos médicos no âmbito das notificações de eventos adversos,¹⁶ serão factores decisivos numa estratégia de combate ao erro médico incentivando os profissionais à notificação e à construção dum sistema de saúde mais fiável que previna o erro e garanta a segurança dos seus utilizadores, sejam eles doentes, sejam eles profissionais. O *Reporting* de eventos adversos é o caminho obrigatório e incontornável para diminuir o erro, mas a forma emotiva, desinformada, inculta e tóxica como muitas vezes são feitas as participações, dum forma geral, contribuem para a contenção pessoal, profissional e institucional na comunicação de eventos adversos.

A responsabilidade penal não tem contribuído significativamente para a criação dum clima de antagonismo pela simples razão que é pouco invocada. O reclamante não quer ver o médico preso. Pretende um pedido de desculpas, uma explicação, um sinal de respeito ou atenção ou, finalmente, uma compensação pecuniária a título de indemnização.

Mesmo depois de devidamente contextualizadas, as mortes por erro médico, mais que encerrar em si mesmas o erro, tornaram-se a face visível e odiosa das iatrogenias. Importa, pois, dirigir a atenção para as suas diversas causas e génese implementando as estratégias necessárias, passíveis de

reduzir o mal colateral que resulta do trabalho essencial de quem quer fazer o Bem.

Desde logo, o erro médico não é o mesmo que negligência mas negligência é errar como médico. Mais preocupante, é o risco social da crescente negligência sistémica que tornou eticamente urgente a implementação de estratégias que irão proteger o profissional de saúde e a própria Medicina mas, sobretudo, vão salvaguardar a saúde como um Bem social inalienável. Para que a Medicina se mantenha fiel à sua vocação e uns possam continuar a aliviar o sofrimento de outros é fundamental que o soro da autenticidade flua nas veias do sistema.

Responsabilidades Éticas

Conflitos de interesse: Os autores declaram não possuir conflitos de interesse.

Suporte financeiro: O presente trabalho não foi suportado por nenhum subsidio o bolsa ou bolsa.

Proveniência e revisão por pares: Não comissionado; revisão externa por pares.

Ethical Disclosures

Conflicts of interest: The authors have no conflicts of interest to declare.

Financing support: This work has not received any contribution, grant or scholarship.

Provenance and peer review: Not commissioned; externally peer reviewed.

Submissão: 08 de dezembro, 2019 | Received: 8th of December, 2019

Aceitação: 12 de dezembro, 2019 | Accepted: 12th of December, 2019

Publicado: 31 de dezembro, 2019 | Published: 31st of December, 2019

REFERÊNCIAS

1. Makary M, Daniel M. Medical error-the third leading cause of death in the US. *BMJ*. 2016;j353:i2139. doi: 10.1136/bmj.i2139
2. Kohn L, Corrigan J, Donaldson M. To err is human: building a safer health system. Washington: Committee on Quality of Health Care in America, Institute of Medicine, National Academy Press; 2000.
3. Balogh E, Miller B, Ball J, editores. Improving diagnosis in health care. Washington: Institute of Medicine, National Academy Press; 2015.
4. Sousa P, Sousa Uva A, Serranheira F, Nunes C, Leite E. Estimating the incidence of adverse events in Portuguese hospitals: a contribution to improving quality and patient safety. *BMC Health Serv Res*. 2014;14:311. doi: 10.1186/1472-6963-14-311.
5. Shojania K. Deaths due to medical error: Jumbo jets or just small propeller planes? *BMJ Qual Saf*. 2012;21:709-12. doi:10.1136/bmjqs-2012-001368
6. Thomas JW, Hofer TP. Accuracy of risk-adjusted mortality rate as a measure of hospital quality of care. *Med Care*. 1999;37:83-92.
7. Hayard RA, Hofer TP. Estimating hospital deaths due to medical errors: preventability is in the eye of the reviewer. *JAMA*. 2001; 286:415-20.
8. Hogan H, Healey F, Neale G, Thomson R, Vincent C, Black N. Preventable deaths due to problems in care in English acute hospitals: a retrospective case record review study. *BMJ Qual Saf*. ;21:737-45. doi:10.1136/bmjqs-2012001159
9. Leape L. A systems analysis approach to medical error. *J Eval Clin Pract*. 1997;3:213-22. doi: 10.1046/j.1365-2753.1997.00006.x.
10. Leape L, Brennan T, Laird N, Lawthers AG, Localio AR, Barnes BA, et al. The nature of adverse events in hospitalized patients: results of the Harvard Medical Practice Study II. *N Engl J Med*. 1991;324:377-84.
11. Marx D. Discipline: the role of rule violations. *Ground Effects*. 1997;2:1-4.
12. Reason J. Human error: models and management. *BMJ*. 2000 18;320:768-70.13. Reason J. Human error. New York: Cambridge University Press; 1990.
13. Chakraborti C. Systemic negligence: Why it is morally important for developing world bioethics. *Develop World Bioethics*. 2015; 15: 208-13. doi:10.1111/dewb.12063.
14. Araújo A. O erro e a negligência numa perspectiva jurídico-penal [Tese de mestrado em Direito Penal, Universidade Católica Portuguesa]. Lisboa: UCP; 2011.
15. Fragata J, Martins L. O erro em Medicina. Perspectiva do indivíduo, da organização e da sociedade. Coimbra: Almedina; 2004.