

ERRO MÉDICO: ACESSO A SEGUROS PÚBLICOS E PRIVADOS¹

Philippe PIERRE

A lei de responsabilidade médica foi totalmente reformulada pela lei de 4 de março de 2002, sendo que dependia até então do Código Napoleônico de 1803. No novo sistema, o aperfeiçoamento do destino das vítimas resulta da introdução de um Fundo público de compensação o qual reembolsa os riscos médicos mais sérios. O seguro privado continua cobrindo as responsabilidades do médico e das instituições de saúde. O vínculo entre esses dois seguradores depende de um sistema original, as comissões regionais de conciliação e compensação (CRCD), que são encarregadas de orientar as vítimas junto à seguradora da pessoa responsável pelo Fundo público. O procedimento é amigável e deve resultar em acordos compulsórios. Apesar de suas vantagens incontestáveis para as vítimas, o sistema pode ser ainda mais aperfeiçoado. Como consequência de um lobby das seguradoras privadas, o equilíbrio entre seguro e solidariedade tem que ser revisto de maneira a aumentar a esfera da intervenção da segunda, financiada por taxas e deduções sociais. Apesar disso, a finalidade do fundo ainda é considerada inadequada, já que cobre apenas os riscos mais sérios, os quais dizem respeito a uma pequena parte da população. Assim, a coexistência de seguros públicos e privados torna o sistema complexo, porque não é sempre fácil determinar o que pertence à esfera da solidariedade pública e à da responsabilidade assegurada pelo setor privado.

A escolha desse tema poderia ser deliberadamente provocativa nos Estados Unidos! Para a grande parte do público, e até para muitos juristas franceses, especialistas ou não em seguros de responsabilidade civil, a lei americana é quase “atroz”, porque

¹ Traduzido por Maristela Machado.

incorpora uma série de ações contingentes dirigidas a muitos agentes: muitas indenizações punitivas, muitos processos, muitos equívocos, algumas vezes falsos, ocasionando a paralisação de iniciativas e de progresso social. A ideia de “American drifting”, muito exagerada em minha opinião, tem sido constantemente debatida desde que a legislatura francesa reformou a lei de responsabilidade médica com a Lei Kouchner, de 4 de março de 2002. Essa reforma intensificou a tensão latente que, durante algum tempo, havia comprometido o acesso de profissionais, instituições de saúde e vítimas, às seguradoras de indenização contra acidentes médicos. Ainda assim, a nova perspectiva veio de uma revisão: a relação entre a responsabilidade médica e seu seguro era inadequada para cumprir todas as necessidades legítimas de indenização para as vítimas. De fato, as jurisprudências têm aumentado cada vez mais os direitos das vítimas: por exemplo, os cirurgiões cujos erros mais insignificantes implicavam sua responsabilização; ou o famoso caso Perruche no qual o prejuízo a uma criança com deficiência congênita e condenada no nascimento foi indenizado sob pretexto de um erro de diagnóstico que privou sua mãe da opção de abortar. Mas a estratégia da seguradora, assumindo uma responsabilidade declarada, não poderia indenizar as situações de riscos terapêuticos, ou seja, as consequências de riscos anômalos, apesar de alguns desejos obscuros dos tribunais imediatamente rejeitados pelo Tribunal de Cassação. Nesse contexto, a Lei de 4 de março, estabelecendo os direitos das pessoas doentes (pacientes), foi feita para reorganizar os mecanismos de socialização do risco, com o objetivo de aperfeiçoá-los. De fato, é mais do que um ato referente a seguros públicos e privados, do que uma reforma na lei de responsabilidade civil, cujos princípios pretorianos têm sido mantidos em sua maior parte. Seis anos depois de sua aplicação, ou antes, cinco por conta de outro ato que completou a reforma no dia 30 de Dezembro de 2002, sob pressão das seguradoras, permitem-nos apresentar uma pequena avaliação. No entanto, o atual sistema de compensação não pode ser compreendido sem levar em consideração outra de suas dimensões bastante originais proposta para prevenir a crescente disputa que o fortalecimento dos direitos das vítimas pode causar com o seu *drifting* mencionado na introdução. A lei criou medidas legais para os acordos amigáveis; instituiu as comissões do CRCI que buscam

receber as reivindicações das vítimas que não desejam, em um primeiro momento, ajuizar uma ação. Essas comissões têm principalmente um papel de avaliação de casos e orientação às vítimas, um pouco como um trilho mudando seu curso, permitindo que se tenha acesso a seguros públicos e privados. Em seu campo de competência - de fato, nos casos mais sérios -, as comissões emitem recomendações que apontam ou para a responsabilidade ou para o risco médico e convidam o segurador da pessoa responsável (no primeiro caso) ou o Fundo de garantia pública (segundo caso) a chegar a um acordo no prazo de seis meses. Na escala francesa, a atividade dessas comissões conciliadoras é considerável, uma vez que lidam anualmente com aproximadamente 3000 casos por ano. Algumas dúvidas persistem quanto a essas estatísticas: as solicitações de acordo substituem ou somam-se à disputa tradicional? Parece que todas as demandas – amigáveis e judiciais – têm apresentado apenas um ligeiro acréscimo se comparadas às da situação anterior, porém estamos esperando números confiáveis nesse assunto. Esse foi um dos principais temores das seguradoras privadas cujo mau funcionamento não se compara com a solidariedade pública, que é generosa demais.

I MAU FUNCIONAMENTO NO ACESSO AOS SEGUROS

O seguro de risco médico intervém em todos os casos em que um médico ou uma instituição de saúde seja declarada responsável judicialmente, principalmente no caso de erro médico. Estes seguros sofreram uma grave crise entre 2002 e 2006, a qual resultou na retirada do mercado e/ou em aumentos substanciais dos prêmios de seguro; o melhor exemplo diz respeito aos obstetras que se viram ameaçados, por algum tempo, de não ter acesso aos seguros mais básicos.

1. O diagnóstico

A Lei de 4 de Março de 2002 não alterou realmente os termos da responsabilidade civil médica; ela até aliviou o peso do risco e transferiu o peso de alguns riscos sérios para os cofres públicos (ref. II). Então por que essa súbita retirada?

O primeiro temor das seguradoras veio da criação de um

seguro obrigatório para as instituições de saúde públicas e privadas e para os prestadores de serviços de saúde. Este último tem sido opcional até o momento, exceto para casos específicos, apesar de ter sido quase que pontualmente recomendado pelos interessados. Portanto, poder-se-ia ter pensado que a criação de um mercado cativo era uma grande oportunidade para as companhias de seguros!

Na prática, a criação de um seguro obrigatório apresenta um grande inconveniente: a promessa de seguro só é possível se, proporcionalmente, houver uma obrigação de segurar os profissionais e instituições de saúde, o que não se pode ignorar já que não fazê-lo configuraria uma negligência criminoso. Mesmo que a seguradora rejeite um cliente desinteressante, este último tem o direito de submeter a questão a uma corte paritária (com representantes de ambas as partes, seguradoras e usuários), o chamado bureau central de indexação (em francês BCT – “Bureau Central de Tarification”), que definirá o prêmio do seguro – em nível realmente elevado, obrigando a empresa a garanti-lo. Daí a preocupação em se tornar um prisioneiro do mercado, porque a recusa em cumprir a decisão do BCT pode acarretar o cancelamento da autorização administrativa da empresa, o que equivale a uma morte civil. Muitos cancelamentos de seguro foram realizados para prevenir essa situação.

A segunda razão é a falta de clareza da lei, e, em particular, das medidas conciliatórias (CRCI). As seguradoras consideraram que foram sub-representadas (2 de 27 membros, contra 6 para as associações de pacientes e também que os pedidos de reembolso referidos a estes tribunais iam se acumular aos recursos judiciais ordinários. Apesar de sua natureza conciliatória, as decisões dessas comissões, que orientam no sentido de fazer acordos com as seguradoras, podem ser penalizadas se estas fizerem ofertas fora do prazo ou inadequadas: uma multa no valor de 15% de compensação pode ser paga em juízo após o insucesso do processo de consenso, sem se aplicar verdadeiramente a danos morais, uma vez que os montantes não devem beneficiar as vítimas, mas sim os cofres públicos.

A terceira razão, e talvez a mais verdadeira, é que a lei só agravou os desequilíbrios anteriores e, provavelmente, serviu de pretexto para uma ação lobista. O mercado de seguros-saúde é muito

segmentado, especialidade por especialidade, não há equilíbrio entre todos os médicos ou instituições de saúde. Um acidente muito grave, como no caso da ginecologia obstétrica – vai afetar fortemente uma determinada parcela dos profissionais, mas deverá desprezar as demais especialidades médicas. Assim, os médicos generalistas, os mais numerosos e menos vulneráveis, têm visto os seus prêmios de seguro estagnar ou mesmo diminuir nos últimos 10 anos.

2. As alternativas

De fato, houve o temor de uma avalanche maciça de seguradoras desde 2002, e, por esta razão, o lobby tem obtido, efetivamente, seus efeitos. O legislador estabeleceu medidas que parecem ter acalmado, ao menos parcialmente, os medos das companhias de seguros. Não teme alguns paradoxos!

Uma lei de 30 de dezembro de 2002 fez com que o fundo público de garantia assumisse a responsabilidade pelos riscos de infecções hospitalares mais importantes, independentemente das circunstâncias dos acidentes. A contribuição não é insignificante, pois as infecções hospitalares são um problema importante de saúde pública na França e no mundo. Mais tecnicamente, a lei permitiu também um limite para a duração das garantias da apólice - através da validação de limites de "reembolso garantido" para acidentes prévios, desde que estas disposições permitam prosseguir por um período de 5 anos, após o cancelamento de contratos. Há, a partir deste momento, casos onde os pedidos de reembolso podem ser feitos após o término do contrato e no termo de garantia (p.ex. nos acidentes de parto). Isso não significa que as vítimas terão seus pedidos negados porque a lei prevê a compensação, também aqui, é possível perceber que o fundo público, de certa forma, funciona como uma resseguradora pública do risco médico.

Mais surpreendentemente é revelar que as autoridades públicas organizaram, através da seguridade social, o reembolso - parcial e condicional - de prêmios de seguro para alguns especialistas! Estamos, portanto, em um caso em que as deduções sociais contribuem para manter o mercado de seguros privados!

Esta é uma não escolha, por assim dizer: na falta de um equilíbrio possível, teria sido lógico para os fundos públicos servir à

gestão pública de acidentes, tanto mais que, como já dissemos, um fundo foi criado na área médica pela Lei de 4 de março de 2002. Mas a sua esfera de intervenção permanece comedida.

II ACESSO CALCULADO À SOLIDARIEDADE NACIONAL

1. A inegável contribuição das garantias públicas

As leis de 4 de março e de 30 de dezembro de 2002 instituíram um fundo público de compensação por acidentes médicos, doenças iatrogênicas e infecções hospitalares mais graves, que vai muito além do papel do resseguro público previamente mencionado. Numa perspectiva de compensação para as vítimas - e não mais de responsabilidade - sua criação era compreensível, uma vez que as consequências dos riscos não são mais uma questão de responsabilidade e de seu seguro, privando pessoas lesadas de qualquer acesso a uma seguradora, apesar de interpretações marginais em algumas ações judiciais ou, de interpretações malogradas da lei de responsabilidade.

A esse respeito, a lei conta com os juízes, mesmo que o erro médico e seu equivalente devam ser “diretamente imputáveis à prevenção, diagnóstico ou cuidados médicos e devam ter as consequências anormais para o paciente tanto em relação à sua condição de saúde quanto à evolução previsível desta última”.

Ao mesmo tempo, um modelo competitivo de seguros privados tem sido há muito tempo defendido, seguros diretos - tecnicamente "à frente do reembolso" - subscritos não pelas pessoas potencialmente responsáveis, mas pelos pacientes, embutidos em contratos de grande circulação, tais como seguros residenciais de ampla cobertura. O objetivo foi pré-financiar a indenização e, em seguida, sub-rogar a seguradora contra uma pessoa possivelmente responsável pela dívida. Este modelo, que não é proibido e é sempre oferecido pelas seguradoras, não foi generalizado provavelmente por um motivo ético, porque parecia absurdo conseguir que as vítimas pagassem para ter acesso aos mecanismos que lhes permitissem obter uma indenização. Na verdade, o fundo público que foi criado, é baseado no financiamento através de impostos e deduções sociais. Em outras palavras, uma lógica de solidariedade coexiste com uma

lógica de mutualização dos riscos.

No entanto, o fundo está sujeito aos mesmos procedimentos que as seguradoras: se as comissões CRCI concluírem pela existência de uma contingência, é obrigatório proceder a uma proposta de acordo no mesmo período de tempo, exceto que há risco de punição em caso de atraso ou de oferta inadequada. A atividade do fundo é significativa: mais de 1.000 propostas foram emitidas desde a sua criação, muitos casos que, no sistema anterior, provavelmente nunca teriam sido compensados. Portanto, realmente resultou em uma situação mais favorável para as vítimas. Podemos notar que ONIAM também é a chave administrativa para o sistema não jurisdicional: só esse sistema é dotado de personalidade moral e de orçamento próprio, que serve tanto para o seu funcionamento quanto para o apoio às comissões CRCI, as quais, nessa perspectiva, são apenas uma consequência orgânica. Elas também tomam parte em todas as deliberações – sem se retirar delas como as seguradores cujos segurados estejam envolvidos. Esse é, portanto, um dos limites do sistema.

2. Limites de acesso às garantias públicas

Alguns dos limites foram antecipados, outros não! Os primeiros referem-se ao limiar requerido para que os fundos tenham jurisdição *rationae materiae*, em outras palavras, situações que envolvam uma deficiência parcial permanente (DPP) superior a 24%, uma deficiência transitória de seis meses ou uma condição grave em doença preexistente, em caso de infecções hospitalares, uma deficiência parcial permanente superior a 25% ou morte da vítima. Infelizmente – ou felizmente –, esses níveis de DDP (Déficit de efeitos secundários) são raramente alcançados em risco médico ou em infecção hospitalar, e a noção de condição grave é intensamente discutida com as comissões e permanece excepcional (“particularmente grave”).

Isso implica que em muitos acidentes, infecções e outras doenças iatrogênicas permaneçam no ponto cego da sentença judicial uma vez que não há responsabilidade declarada. Isso enfatiza a importância de contratar o seguro de “primeira parte interessada” mencionado acima, porque indeniza pelo acidente em quaisquer que

sejam as circunstâncias, com um limiar muito inferior de intervenção (em torno de 5 a 10% de DPP). Outras limitações apareceram inesperadamente e, apesar de serem estatisticamente marginais, eram preocupantes em termos de princípios. De fato, o fundo, que se mescla organicamente com as comissões, ficou conhecido por seguir sistematicamente as decisões destas, e a lei não considerou minimamente o padrão contraditório, diferentemente das seguradoras cuja recusa em fazer acordos é passível de punição se for excessiva. No entanto, ocorre que a ONIAM, visando o gerenciamento rigoroso dos fundos públicos, recusa-se a seguir essa ou aquela comissão e a oferecer uma proposta quando se concluiu pelo risco. Em termos de princípios, a ONIAM promoveu um sólido gerenciamento do dinheiro público, ainda que tenha dado sua opinião em um procedimento das CRCI, e sua recusa força a vítima a entregar a causa a um juiz, o que a lei visava a evitar ao priorizar a prevenção (exceto por escolha deliberada da pessoa prejudicada).

Tecnicamente, o Fundo propõe com frequência uma condição prévia que leva em conta a deterioração da saúde do paciente, e não a intervenção ou o tratamento. É muito delicado debater isso em um exame feito por especialista, e o ação judicial das vítimas nem sempre demonstra que o Fundo tem razão. Por outro lado, a legalidade provisória da recusa parece ser atualmente reconhecida pelas cortes na vasta maioria dos casos.

CONCLUSÃO

Depois de todos esses anos, a lei ainda é experimental. Ela apresenta progressos inegáveis em termos de acesso a garantias de compensação. Por outro lado, ela apresenta também uma grande complexidade visto que agrega modalidades de seguro público e privado, de acordo com uma relevante natureza mista de um “viés francês” de nosso sistema judiciário!

Maria Claudia Crespo Brauner
Philippe Pierre
(Organizadores)

**DIREITOS HUMANOS,
SAÚDE E MEDICINA:
uma perspectiva internacional**



Rio Grande
2013

© Maria Claudia Crespo Brauner e Philippe Pierre

2013

Criação da capa:

Formatação e diagramação:

João Balansin

Gilmar Torchelsen

Revisão: João Reguffe

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Me. Márcia Rodrigues, CRB 10/1411.

D598 Direitos humanos, saúde e medicina : uma perspectiva internacional
/ Maria Claudia Crespo Brauner, Philippe Pierre (organizadores).
– Rio Grande, RS : Ed. da FURG, 2013.
203 p. : il. ; 21 cm

ISBN: 978-85-7566-283-0

1. Direitos humanos. 2. Responsabilidade (Direito). 3. Erros médicos. 4. Ética médica. 5. Bioética. I. Brauner, Maria Claudia Crespo. II. Pierre, Philippe.

CDU, 2ª ed. : 342.7

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direitos humanos	342.7
2. Responsabilidade (Direito)	347.412
3. Erros médicos	614.256
4. Ética médica	614.253
5. Bioética	608.1

SUMÁRIO

<i>Prefácio</i>	7
Elisa Girotti Celmer	

<i>Apresentação</i>	11
Maria Cláudia Crespo Brauner; Philippe Pierre	

Primeira Parte

Repercussões jurídicas das práticas médicas: conflitos de interesse, erro médico e responsabilidade civil

<i>A responsabilidade civil do médico no Direito francês</i>	17
Cristina Bernard	

<i>Erro médico: acesso a seguros públicos e privados</i>	31
Philippe Pierre	

<i>Conflitos de interesse na profissão médica</i>	39
Marc A. Rodwin	

<i>Prática médica, conflitos de interesse e direitos dos pacientes no Direito inglês</i>	55
Stathis Banakas	

Segunda Parte

Promoção dos Direitos Humanos nas pesquisas em saúde e práticas biomédicas

<i>Bioética e Biodireito: uma relação de conexão</i>	89
Brigitte Feuillet	

<i>O crescente processo de medicalização da vida: entre a judicialização da saúde e um novo modelo biomédico</i>	103
Maria Claudia Crespo Brauner; Karina Morgana Furlan	
<i>A temática da morte na educação em e para os Direitos Humanos</i>	133
Ivete Iara Gois de Moraes e Sheila Stolz	
<i>Biocolonialismo e povos indígenas: reflexões jurídicas a partir das pesquisas genéticas envolvendo os índios karitianas</i>	161
Taysa Schiocchet	
<i>Meio ambiente e saúde do bancário: uma amostra da penosidade e da gravosidade nas relações e condições de trabalho</i>	183
José Ricardo Caetano Costa	