

Nota Editorial: Este artigo corresponde ao 5º, e último, da série iniciada no Número 9 da REFERÊNCIA, cujo tema geral é “*Velhos e Novos Rumos de Enfermagem – da História da Enfermagem às Actuais Implicações Jurídicas da Profissão*”.

Aspectos Práticos da Aplicação do Direito à Enfermagem

Practical aspects of the application of the Law to Nursing

Aliete Pedrosa *

Resumo

A autora passa em revista alguns aspectos práticos da aplicação do Direito à profissão de Enfermagem, com particular realce para a doutrina da Reparação do Dano e para o Direito Administrativo. O desenvolvimento académico, científico e técnico da Enfermagem conduz à progressiva responsabilização profissional – facto que deve encarar-se com naturalidade e mesmo com orgulho. A Enfermagem terá que estar preparada para coabitar com o Direito, num universo profissional onde a confiança entre quem ocorre aos serviços e quem os presta se dilui de dia para dia.

Abstract

The author goes over some practical aspects of the application of the law to the nursing profession, giving particular importance to the doctrine of the Reparation of the Damage and to the Administrative Law. The academical, scientific and technical development of Nursing leads to the progressive professional responsabilization – which should be naturally and even proudly faced. Nursing must be prepared to co habit with the Law, in a professional universe in which trust between the ones who need the services and the ones who deliver them is being dissolved day after day.

1.

O Direito Estatutário, o Direito Disciplinar e o Direito Penal são apenas três das fontes de autoridade legal que regem, de entre as Profissões da Saúde, a actividade de Enfermagem. De igual ou até maior importância é o regime jurídico da Reparação do Dano. Este, pela sua natureza, acaba por ser essencialmente jurisprudencial, resultando da resolução caso a caso, muitas vezes únicos ou primeiros, de um sem-número de querelas e pendências que vão chegando aos Tribunais – os quais a todo o momento se deparam com novas

tecnologias e questões que caminham mais depressa do que a respectiva previsão e regulamentação.

No que toca à Reparação do Dano, os profissionais de Enfermagem podem ser objecto da acusação de terem lesado alguém em consequência de uma determinada conduta profissional. À parte lesada cabe provar em Tribunal que a lesão alegada resultou directamente de uma acção ou omissão por parte do profissional. E ao Direito, através do Tribunal, cabe tipificar a conduta profissional e avaliar o prejuízo realmente provocado na pessoa lesada.

Um axioma fundamental do Direito é que toda a gente capaz e adulta é responsável directamente pelos danos que provoca. Este princípio nem

* Licenciada em Enfermagem; Enfermeira do Centro de Saúde de Celas – Coimbra; Pós-graduada em Direitos Humanos e Democratização e em Direito da Medicina pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

sempre tem sido tomado em conta pela comunidade dos profissionais de Enfermagem, que, possivelmente por falta de informação, tende a escudar-se na responsabilidade primeira do médico. O problema é que as indicações e prescrições médicas não se esgotam em si mesmas. Quem as executa terá de compreender a sua própria responsabilidade na intervenção que é chamado a pôr em prática e, inclusive, terá que possuir o senso crítico e as bases de conhecimento necessárias para pôr eventualmente em causa essa indicação ou prescrição.

2.

A responsabilidade pelo dano pode ser individual ou colectiva, na medida em que a responsabilidade do enfermeiro num determinado dano se pode associar à responsabilidade do médico e/ou da própria entidade empregadora ou instituição pública. No entanto, em caso de dano, a responsabilidade potencial de um profissional de enfermagem não pode excluir-se pelo facto de haver participação de outros profissionais ou entidades. Cada um dos potenciais envolvidos responderá por si mesmo.

Costuma aceitar-se que um dano provocado por uma dada conduta profissional poderá resultar de *negligência* ou de *má prática*, termos estes que, não raramente, são entendidos como um único conceito. No entanto, há autores que distinguem claramente os dois termos, entendendo o primeiro por acções ou omissões inadvertidas e o segundo por erros de intervenção profissional (Murchinson *et al.*, 1978, pp. 42-44). Seja como for, *negligência* e *má prática* consistem no facto de um profissional não actuar de acordo com os *padrões profissionais* em vigor ou, então, no facto de não ter previsto as consequências que tinha obrigação de prever, enquanto profissional com a necessária preparação e aptidões.

3.

O primeiro objectivo da Reparação do Dano é constituir um meio de compensar quem foi lesado pela conduta profissional de outrem. Através da reparação monetária do dano, o Direito visa repor, tanto quanto possível, um determinado *status quo*, procurando colocar a parte lesada numa situação “equivalente” à que tinha antes de lhe ter sido provocado o dano.

Por enquanto, o número de acusações ou reclamações por negligência ou má prática, quer Médica quer de Enfermagem, está longe de representar a totalidade dos danos que a intervenção profissional implica. Mesmo nos Estados Unidos, onde esta temática é muitas vezes levada ao exagero, há ainda muita gente que se coíbe, pelos mais diversos motivos e razões, de colocar em Tribunal a questão do dano que sofreu. Nas causas desta discrepância entre a realidade e os casos que chegam à Justiça estão, sobretudo, motivos afectivos e relacionais e razões de natureza financeira.

Isto não significa que não suceda também o contrário. Há pessoas que se comportam como *litigantes profissionais* quando recorrem aos Serviços de Saúde Públicos ou Privados, estando em *alerta permanente* contra o que julguem ser, com razão ou sem ela, um caso de *negligência* ou de *má prática*.

Em resumo, *nem sempre uma queixa que chega a Tribunal tem fundamento ou substância, e nem sempre chegam à Justiça as situações em que esse fundamento ou essa substância existe.*

Seja como for, e apesar do ruído mediático em torno de meras alegações de negligência ou de má prática, só um número limitado dos casos julgados em Tribunal é resolvido em favor do litigante, na medida em que muitas dessas alegações carecem de sustentação com as provas adequadas.

Mas quem se dedica a disciplinas de serviços como a Medicina e a Enfermagem tem de estar preparado para se ver envolvido, a qualquer momento, num processo ou ameaça de processo, já que nestas profissões há sempre a possibilidade de erro humano – seja no momento de avaliar um caso

(fazer o *diagnóstico*), seja no momento de tomar a correspondente *decisão*, seja durante o complexo processo da sua *execução*.

As Ciências Médicas estão em constante transformação tecnológica e em permanente revisão dos seus conhecimentos. A sua prática é cada vez mais complexa, os riscos cada vez mais elevados e a possibilidade de causar dano a alguém é cada vez maior. Não temos que encarar a realidade como um quadro sombrio, mas antes como um desafio que os profissionais de Enfermagem terão que estar à altura de aceitar. Resolver o problema atrás da cortina de uma Companhia de Seguros é uma atitude que, se isolada e negativista, é de vistas curtas. Tanto ou mais importante do que ter a protecção de uma Seguradora é trabalhar no sentido de melhorar os Cuidados de Saúde e a consciência dos nossos compromissos profissionais.

O que fazer, então, para melhorar a segurança jurídica dos Profissionais de Saúde e para melhorar e consolidar a qualidade dos serviços que prestam? Alguns autores defendem que o profissional deve:

- a) Conhecer o Direito que releva para a profissão e aplicá-lo na prática, do mesmo modo que conhece e aplica as Ciências Físicas, Biológicas e Sociais;
- b) Melhorar a relação enfermeiro-paciente, tendo sempre presente os direitos deste e a importância da informação e do consentimento. Um paciente satisfeito com o seu enfermeiro dificilmente fará queixa dele;
- c) Manter-se na sua área estrita de competências, apenas praticando os actos para os quais possua os necessários conhecimentos e aptidões.

4.

Para estabelecer a responsabilidade por um dano, é necessário que se prove uma relação de causalidade entre a alegada conduta negligente ou mal executada e a lesão ocorrida. De facto, nem todas as atitudes negligentes ou mal executadas conduzem a

dano, nem todo o dano se deve a uma conduta negligente ou mal executada: há que estabelecer uma *relação de causa-efeito* e ter em conta os *riscos inerentes* a actos *irrepreensíveis* de Enfermagem, do ponto de vista profissional, ético, moral e jurídico – desde que os pacientes tenham sido previamente informados desses riscos e tenham decidido corrê-los.

A relação de causa-efeito entre uma conduta profissional e um dano levanta uma série de indeterminações e dificuldades que nem sempre é possível resolver. Pelo menos no Direito anglo-saxónico, é costume recorrer-se à doutrina “*res ipsa loquitur*”, expressão latina traduzível por “a coisa fala por si” ou “os factos falam por si mesmos”. Isto é, o facto ocorrido é de tal modo flagrante que facilmente se poderá presumir que tenha ocorrido na presença de negligência ou má prática.

Aplicando a doutrina *res ipsa loquitur*, o reclamante ou queixoso é convidado a demonstrar que:

- a) A lesão ou dano é um tipo de ocorrência que só acontece na presença de negligência;
- b) A lesão foi causada por um instrumental ou por um serviço do qual a parte acusada detém o exclusivo controle;
- c) A lesão não se deveu a qualquer intervenção voluntária da parte do queixoso.

Já naquelas situações em que o paciente se encontrava inconsciente no momento em que ocorreu o alegado dano será ao acusado que cabe explicar por que razão aconteceu o que aconteceu.

5.

Como é óbvio, ao profissional de Enfermagem de hoje em dia já não assenta o estereótipo tradicional do *anjo misericordioso* – e por que haveria de assentar? Mas é também claro que todos os profissionais de Enfermagem têm orgulho no facto de a sua profissão sempre ter estado ligada à ajuda, ao cuidado e ao serviço do próximo. Este orgulho não deve, porém, obscurecer a capacidade de

análise objectiva a respeito da sua própria conduta profissional nem da dos seus colegas, especialmente quando surge a necessidade de procurar uma relação causal entre aquilo que um profissional fez ou deixou de fazer e o dano apresentado por outrem. Pelo contrário, o profissional de Enfermagem deve colocar-se em posição de saber avaliar, com conhecimento de causa, o que é efeito e o que não é e, inclusive, o que é ou pode ser perigoso nos cuidados e serviços que presta aos seus pacientes.

Julgo não ser ainda suficiente o acervo jurisprudencial relativo à Responsabilidade Profissional dos enfermeiros. Mais volumosa é a jurisprudência factual e doutrinária relativa à Responsabilidade Profissional dos médicos (Dias, 1984). Isso não significa que, mais tarde ou mais cedo, não vejamos avolumar-se o número de casos relativos à conduta profissional dos enfermeiros que irão à barra dos Tribunais. É disso um sinal o caso recente, publicado na Imprensa (*Público*, 23-02-03, p. 26-28), de uma enfermeira que prescindiu de chamar o médico e o doente morreu.

Os enfermeiros não fariam mal em ler cuidadosamente os Acórdãos relativos à Responsabilidade Médica e às circunstâncias em que essa responsabilidade foi apurada. Grande parte dessa factualidade e do correspondente juízo jurídico é igualmente aplicável à Enfermagem.

Já me referi longamente às causas da responsabilização preferencial dos médicos e do estatuto, a meu ver inaceitável, de quase resguardo dos enfermeiros — traduzindo uma cultura de subordinação e dependência que não corresponde ao verdadeiro lugar da Enfermagem Moderna. Mais saber e mais competências acarretam, necessariamente, mais responsabilidade. Devemos estar, portanto, preparados para a assumir.

Falei de jurisprudência e também de legislação. Esta última é genérica e doutrinária, geral e abstracta, dirigida à generalidade das pessoas e a um número indeterminado de casos (Vaz, 1996, pp. 18-19), enquanto a primeira resulta de situações em que há falta de caso análogo e o Tribunal é chamado a resolvê-las segundo a norma que os seus intérpretes criariam se tivessem que legislar dentro

do espírito jurídico vigente. Por isso, dou aqui por conhecida a Lei Geral, abstendo-me de a enunciar ou reproduzir.

Uma das questões fundamentais na apreciação da Responsabilidade Profissional é, como já o afirmei, o *estabelecimento da relação de causa-efeito* entre uma conduta profissional e um dano apresentado por outrem. Como já vimos, nos países anglo-saxónicos as questões mais difíceis resolvem-se à luz da doutrina *res ipsa loquitur* — *os factos falam por si*. Em Portugal parece vigorar a doutrina da *causalidade adequada*, contida no Acórdão da Relação do Porto, de 18/01/1980, a qual, se bem a interpreto, é um pouco mais difusa que a anterior. Veja-se, pela forma inversa, a aplicação da doutrina da *causalidade adequada* segundo Antunes Varela (Vaz, 1996, p. 465): “o facto que actuou como condição do dano só deixará de ser considerado como causa adequada se, dada a sua natureza geral, se mostra de todo indiferente para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude de circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas que no caso concreto se registaram”.

6.

Uma oportunidade especialmente propícia ao surgimento de questões jurídicas ligadas à profissão é a aplicação ao enfermeiro dos princípios do Direito Administrativo. Como qualquer funcionário público no exercício das suas funções, o enfermeiro pode ser alvo de um Processo Disciplinar, independentemente da aplicação cumulativa do Direito Penal e Civil e do Poder Disciplinar da Ordem dos Enfermeiros, em função das circunstâncias.

O Direito Administrativo é particularmente discricionário, na medida em que o legislador, o apreciador e o sancionador dos factos é a mesma entidade — o Estado, a Tutela. O funcionário público, quando alvo de um Processo Disciplinar, fica muitas vezes à mercê da oportunidade ou orientação políticas da Tutela, que decide do

resultado desse processo como mais lhe apraz ou convém. É ao Tribunal Administrativo que cabe repor a equidade do Sistema Jurídico-Administrativo, decidindo o contencioso de forma imparcial. Infelizmente, o recurso ao Tribunal Administrativo tem custos, por vezes elevados, nem sempre ao alcance dos salários auferidos pelos funcionários visados.

Uma atitude profissional prudente e distanciada e o conhecimento do Regime Disciplinar da Função Pública por parte dos enfermeiros é, talvez, a melhor forma de não se tornarem alvo desse tipo de processos — que, aliás, tendem a arrastar-se por longos anos, nem sempre recuperáveis em termos de *status* e de carreira profissional.

Nota final

Com a série de cinco artigos publicados nesta revista, mais não pretendi do que reflectir sobre as origens remotas e os desenvolvimentos mais recentes da Profissão de Enfermagem e extrair algumas das consequências jurídicas, nos diversos ramos do Direito aplicável, do facto de a Enfermagem constituir hoje uma Profissão autónoma, científica e responsável.

Um exercício deste tipo é sempre uma história sem fim, ditada pelo acumular e renovar de experiências quer da Enfermagem quer do Direito. As lacunas deste trabalho constituem uma preocupação para futuros desenvolvimentos, a um outro nível. Esta reflexão vale o que vale, mas como profissional de Enfermagem sinto-me motivada para continuar a reflectir sobre o que nós enfermeiros fizemos, fazemos e haveremos de fazer — num esforço pela melhor prática profissional possível em cada momento histórico, que assegure os cuidados e serviços a que o paciente ou o utente tem direito, para que este ou os seus familiares se sintam satisfeitos e jamais possam alegar que do nosso trabalho resultou uma “*perte de chance de guérison ou de survie*” (Monteiro, s/d, pp. 146-152), ou seja, uma perda de oportunidade de curar-se ou de sobreviver. E de maneira a que, pela nossa parte,

nos possamos sentir profissionalmente realizados e tranquilos.

É certo que a instituição de um Serviço Nacional de Saúde universal e tendencialmente gratuito, por um lado, e a vigência de um Estado de Direito moderno, por outro, trouxeram como efeito colateral pouco desejável e paradoxal uma certa desconfiança crescente entre quem recorre aos Serviços de Saúde e os profissionais que neles trabalham. A antiga confiança entre quem recorre e quem presta cuidados está em risco de perder-se. Teremos nós que aprender a viver com isso? Temos seguramente que aprender a coabitar com o Direito na nossa Profissão.

Bibliografia

ACÓRDÃO DOUTRINAIS DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, Ano XXXVII, n.º 436, Abril 1998, p. 435-469.

AMARAL, D. F. — *Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde*. s/l, s/d.

DIAS, J. F.; MONTEIRO, J. S. — Responsabilidade médica em Portugal. Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, 1984.

LOPES, F. S. — *Enfermagem — Legislação*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

MONTEIRO, J. F. S. — *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica (seguro do doente, responsabilidade dos agentes do estado, perte de chance)*. Lição apresentada ao Curso de Direito da Saúde e Bioética. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, s/d.

MURCHINSON, I., NICHOLS, T. S., HANSON, R. — *Legal Accountability in the Nursing Process*. Saint Louis: The C.V. Mosby Company, 1978.

PEDROSA, Aliete — *Velhos e Novos Rumos da Enfermagem — da história da enfermagem às actuais implicações jurídicas da profissão*. Trabalho apresentado ao Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para obtenção do Diploma de conclusão do 5.º Curso de Pós-Graduação em Direito da Medicina, Coimbra, 2001.

PÚBLICO (jornal diário), 23 de Fevereiro de 2003, p. 26-28.

VAZ, I. S. — *Aspectos Jurídicos da Enfermagem*. Porto: Edição do autor, 1996.