

## MEDICINA PREVENTIVA — SERÁ ASSIM TÃO DIFERENTE DA... MEDICINA? (1)

*Guilherme de Oliveira*

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**Palavras-chave:** Medicina Preventiva; medicina tradicional; sistemas jurídicos; saúde pública; erro médico.

**Keywords:** Preventive Medicine; traditional medicine; legal systems, public health; medical error.

### I. Introdução

Haverá algum motivo para iniciar uma discussão sobre *o Direito e a Medicina Preventiva*? Os peritos em direito médico deverão embrenhar-se em novos debates, diferentes dos que já vêm realizando ao longo dos últimos trinta anos?

Haverá novos temas à medida que a medicina preventiva emerge na actividade médica e se afirma nos financiamentos públicos, exigindo novas soluções do sistema jurídico e dos juristas da especialidade?

Esta é a questão que tentarei abordar.

Num sentido muito amplo, não há nada realmente novo debaixo do sol... e todo o conhecimento humano resulta de aquisições prévias; neste

sentido, todo o corpo de conhecimentos de direito médico deverá ser aplicável à medicina preventiva e não é necessária uma mudança dramática nem qualquer descoberta radical.

Os sistemas jurídicos e o direito da medicina podem ficar descansados e continuar a lançar mão de antigos princípios, das regras tradicionais e das decisões judiciais anteriores.

Todavia, olhando mais de perto, podemos sentir que a medicina preventiva coloca alguns problemas novos, ou, pelo menos, coloca os velhos problemas a uma nova luz. Isto obriga os sistemas jurídicos e os especialistas em direito médico a repensar aqueles problemas e a procurar encontrar respostas relativamente novas.

### II. Diferenças

1. Podemos descortinar algumas diferenças preliminares na medicina preventiva, quando comparada com a medicina tradicional:

a) Perante a aceleração da ciência e da cultura, a medicina preventiva é *relativamente nova*. Esta novidade provavelmente conduz a novas oportuni-

---

(1) Palestra realizada na *European Association of Health Law Founding Conference*, April 10<sup>th</sup> & 11<sup>th</sup> 2008, em Edimburgo.

dades de erros. Naturalmente, errar sempre foi o “privilégio” da actividade médica... como sabemos após o relatório *To Err is Human* do Instituto Americano de Medicina e pelo ditado popular: “*The land of graveyards hides medical errors*” — “A terra dos cemitérios esconde os erros médicos”.

Contudo, novo conhecimento, pouco treino e uma fraca avaliação provavelmente conduzem a uma prática da medicina preventiva menos rigorosa, sujeita a um controlo menor que a prática tradicional. Neste sentido a *medicina preventiva pode conduzir a mais erros do que a medicina curativa*. Contudo, pode contrariar-se este receio, admitindo que os erros em medicina preventiva terão, em regra, menos efeitos danosos do que os erros em medicina curativa. Os erros em medicina preventiva podem conduzir os médicos a falhar no propósito de promover a saúde ou evitar a doença, mas tais resultados adversos provavelmente não serão tão graves quanto os que resultam da má prática na medicina tradicional, que por vezes resulta na morte ou na incapacidade grave do paciente.

b) Uma segunda diferença, digamos desvantagem, da medicina preventiva é que lida com pessoas saudáveis.

A medicina tradicional beneficia do facto de curar pessoas doentes; pode ainda beneficiar da presunção de trazer a cura a pessoas saudáveis pressupondo que estão doentes — lembremo-nos do francês Mr. Argan, *Le malade imaginaire*...

As pessoas doentes cumprem as recomendações médicas... a maior parte das vezes.

Pelo contrário, as pessoas saudáveis revelam-se más pacientes... Elas sentem-se bem, não têm sin-

tomas de qualquer espécie de doença; não têm razões para adoptar uma dieta diferente ou para fazer sacrifícios e, finalmente, não se sentem impelidas para consultas médicas. Contudo, a medicina preventiva continua a bater à porta destes doentes saudáveis... tentando influenciar as suas vidas, limitando os seus hábitos, promovendo comportamentos saudáveis.

Isto pode tornar as pessoas saudáveis desconfiadas dos médicos. E este tipo de suspeição pode deitar por terra todos os esforços da medicina preventiva, cujo sucesso depende em grande medida de ganhar o reconhecimento e a cooperação do público. Como será possível obter um razoável retorno das medidas preventivas se elas não forem efectivamente tomadas a sério pelos indivíduos relativamente aos quais se destinam?

c) Em terceiro lugar, a avaliação da medicina preventiva é mais difícil do que a da medicina curativa. Tradicionalmente, pode-se julgar a eficácia das intervenções médicas através dos seus resultados, a sua capacidade para curar ou para reduzir a morbidade ou mortalidade. Quanto à medicina preventiva, os resultados são muito menos claros e é necessário muito mais tempo para avaliar se as medidas preventivas foram idóneas para promover uma saúde pública melhor ou para baixar a incidência de uma certa doença. É fácil admitir que mesmo uma melhoria clara da saúde pública pode ser entendida como o resultado de vários factores convergentes, deixando menos clara a parte do sucesso que se fica a dever à intervenção médica.

2. Para além destas distinções básicas, podemos também encontrar diferenças que resultam

da medicina preventiva ser baseada em informação genética:

a) Em primeiro lugar, o uso de testes genéticos, por definição, abre a porta do futuro de muitas *peessoas saudáveis que são levadas a encarar os riscos que ignoravam*. Este conhecimento antecipado pode ter grandes vantagens para o indivíduo, mas tem alguns custos em termos de preocupações, auto-estima e sobreprotecção. Este inconveniente pode ser muito oneroso, sobretudo nos casos em que os diagnósticos genéticos revelam altas probabilidades de doenças graves.

Esta é a razão pela qual os sistemas jurídicos têm vindo a reconhecer o *direito a não saber*.

b) Em segundo lugar, para a larga maioria das pessoas que realizam testes genéticos, estão em causa as chamadas doenças multifactoriais, pelo que o mais que se pode obter é uma *probabilidade maior ou menor da expressão dos sintomas*. O resultado de um diagnóstico genético é muito menos claro do que o resultado de um exame tradicional de uma pessoa que já está doente.

Esta falta de clareza pode trazer alguma suspeição e desconforto moral para as pessoas sãs que se submetem a testes genéticos.

c) Em terceiro lugar, este ramo crescente da medicina preventiva baseada na genética tem de envolver não apenas o indivíduo afectado mas *também a sua família*. Isto significa que alguns familiares, que não entraram em contacto com o sistema de saúde e que não procuraram cuidados médicos, têm que se deixar envolver em exames médicos, em estu-

dos familiares, como uma consequência inesperada de uma iniciativa de outra pessoa.

Estes estudos familiares são, sem dúvida, muito relevantes e promissores; contudo, podem ser sentidos como uma intrusão na privacidade individual, apesar dos bons motivos que podem ser enunciados para os apoiar.

d) Por outro lado, é provável que os médicos que detêm o conhecimento da constituição genética da família, resultante das investigações realizadas, possam vir a ser sujeitos a pressões para revelar informações a familiares em risco. Por outras palavras, é difícil conceber que o conhecimento da constituição genética da família, sendo apto para ajudar alguns familiares a reduzir o risco ou mesmo a iniciar procedimentos terapêuticos, possa sempre manter-se a coberto do segredo médico. De facto, em alguns casos, há bons motivos para defender a revelação da informação genética relevante a familiares, mesmo contra a vontade da pessoa que iniciou os procedimentos de investigação da sua constituição genética.

Assim sendo, o conhecimento familiar enfraquece o sacrossanto segredo médico.

e) Para além disto, o uso da genética em estudos populacionais alargados, com finalidades de medicina preventiva, tende a colher e a armazenar amostras biológicas, ou seja, tende para a constituição de *biobancos*.

Este armazenamento é, naturalmente, justificado por diversas razões. Todavia, pode-se notar que, pelo menos no meu país, os biobancos dão origem a medos e receios irracionais. Tem vindo a ser afirmado que as amostras podem ser usadas para finali-

dades diferentes das que se estabeleceram no início; que os abusos podem causar graves danos para a vida privada dos indivíduos afectados e, sobretudo, que podem conduzir facilmente a discriminação social.

O exemplo mais óbvio deste tipo de reacção pública irracional ocorreu em Portugal, há alguns meses, quando o Governo anunciou a organização de uma *Base de Dados de Perfis de ADN para fins de investigação criminal (e identificação civil)*. Vozes importantes ergueram-se contra este projecto. A ideia da Base de Dados foi mal compreendida e muitas pessoas opuseram-se a um *pretensio* biobanco... que ninguém queria, ou de que ninguém precisava, na realidade! Durante algum tempo foi inútil tentar explicar que se tratava apenas de uma base de dados com perfis de ADN para identificação de pessoas.

Simultaneamente, ninguém parece rezear o verdadeiro biobanco que vem sendo construído desde há mais de 25 anos com base na realização do “teste do pezinho”, levado a cabo pelo *Centro de Genética Médica Jacinto Magalhães* <sup>(2)</sup>.

Parece não haver qualquer racionalidade quando se trata de julgar o conhecimento genético.

3. Em terceiro lugar, há algumas diferenças que resultam do facto de a medicina preventiva ser cada vez mais orientada para a saúde pública:

a) Enquanto faltarem métodos sofisticados como a engenharia genética ou sistemas mais efectivos para salvar a vida de recém-nascidos, a medicina preven-

tiva tem sugerido uma utilização alargada de alguns *métodos agressivos de prevenção da doença*, como: evitar a concepção, usar o diagnóstico genético pré-implantatório, a selecção de ovócitos, praticar o aborto ou o aborto selectivo. Em alguns países — provavelmente nos países Católicos — estas propostas são encaradas como muito agressivas por alguns sectores da opinião pública.

Enquanto a ética médica tradicional se opõe vigorosamente a todos estes métodos algo agressivos de evitar a doença, ao menos em alguns países, a medicina preventiva tem vindo a favorecer estes métodos. É uma diferença assinalável!

É provável que estes métodos agressivos de evitar a doença possam tornar-se mais aceitáveis pelas comunidades que lhes procuram resistir ou que não se sentem confortáveis com eles. Mas a aceitação leva tempo e não ocorre sem sofrimento.

b) Na sua dimensão de saúde pública, a medicina preventiva está também a libertar o fantasma do *Paternalismo* que a medicina curativa tinha acabado de fechar no armário. Depois de séculos de submissão do paciente aos talentos e às decisões do médico, a medicina evoluiu recentemente para o respeito da Autonomia do Paciente. Embora se possa discutir se os pacientes realmente querem tanto poder e livre escolha, e embora se possa conceber que, após décadas de ascendência da autonomia, se alcançou uma síntese entre algum paternalismo clássico e alguma autonomia, a verdade é que estamos claramente a viver a hora da autonomia do paciente.

Neste quadro actual surge a medicina preventiva dando conselhos às pessoas, empurrando-as para a adopção de estilos de vida saudáveis, obrigando-as a

(2) Cfr. a lista de doenças rastreadas em: <http://www.diagnosticoprecoce.org/doencastreadas.htm>

usar cintos de segurança, proibindo-as de fumar, propondo rastreios obrigatórios, envolvendo as comunidades numa teia de normas para a promoção da saúde. Era disto que nós vínhamos a escapar nos últimos tempos.

Ninguém se atreve a negar os bons motivos que se escondem por detrás das estratégias de prevenção da saúde; no entanto, os seus métodos podem comprimir a Autonomia por vezes a um ponto desconfortável. A Sociedade pode não se habituar facilmente a esta situação.

## II. Como podem os sistemas jurídicos ultrapassar algumas das desvantagens da medicina preventiva? Como pode a Associação Europeia de Direito da Saúde (EAHL — *European Association of Health Law*) contribuir para o progresso do Direito e da Medicina Preventiva?

### 1. A palavra-chave.

Parece-me que o aspecto fulcral da medicina preventiva, para os próximos anos, é a *confiança pública* (*public trust*). Confiança na medicina preventiva, no aconselhamento para a adopção de estilos de vida mais saudáveis, no rastreio de doenças genéticas, na utilização dos cálculos de probabilidade da doença.

A confiança pública pode ajudar as pessoas a respeitar os conselhos da medicina preventiva, a evitar o medo do conhecimento da informação genética e a tornar inútil a tentação de impor rastreios obrigatórios e a tornar a opinião pública confiante na investigação médica. Os sistemas jurídicos e associações de Direito devem assumir o seu papel na promoção

da confiança pública no progresso da medicina preventiva.

### 2. Envolvimento em acções positivas:

a) O primeiro objectivo deveria consistir em reconhecer e reforçar os direitos e deveres do cidadão.

O tema da promoção dos direitos humanos é clássico e o passo mais importante ao nível do Continente Europeu foi a conclusão da Convenção de Oviedo e a sua entrada em vigor, que visa a protecção dos direitos humanos em face dos progressos científicos na área da biomedicina.

Do ponto de vista da medicina preventiva seria adequado colocar os *deveres humanos* na agenda europeia.

A Constituição portuguesa é bastante clara, no âmbito das normas relativas ao direito à saúde, ao impor a criação de um serviço nacional de saúde. Mas o que se revela ainda mais interessante é que a Constituição afirma que cada individuo tem, também, relativamente à sua saúde, o "*dever de a defender e promover*" (art. 64.º CRP).

Esta última asserção não tem vindo a ser nem muito citada nem suficientemente debatida, embora tenha grande relevância no âmbito da medicina preventiva. Com efeito, no meu país — e talvez também noutros — não há uma cultura de prevenção, de promoção da saúde ou, em termos mais amplos, uma cultura que favoreça os deveres em termos individuais ou sociais.

Será difícil, e talvez inconveniente, tentar levar este "dever de defender e promover" a própria saúde até um ponto que pudesse justificar negar cuidados médicos a quem assumir demasiados riscos ou adopte

um estilo de vida perigoso. Mas pode-se razoavelmente esperar que se obtenham resultados significativos decorrentes da elaboração desta regra de Direito, do ponto de vista da adesão às intervenções da medicina preventiva. Por outro lado, podemos esperar que quanto mais se acentuar o dever de defender a saúde, mais reivindicativos serão os cidadãos, exigindo mais meios, com vista a melhorar os seus estilos de vida e a sua saúde (3).

Acresce que, de um ponto de vista de direitos humanos, deveríamos afirmar que, quando a novidade do conhecimento científico puder causar algum dano ou quando faltar um completo domínio dos efeitos, será razoável lançar mão do bem conhecido *princípio da precaução* (“*precautionary rule*”), para evitar os conselhos da medicina preventiva e, por maioria de razão, as suas imposições.

Dentro deste quadro de promoção dos direitos humanos, deve ser prestada atenção permanente ao consentimento informado, na medida em que este instituto representa a melhor via para respeitar os direitos dos pacientes e para ganhar a confiança das pessoas na intervenção médica.

A inevitável tentação do paternalismo, típica da medicina preventiva, deve ser balanceada com uma prática do consentimento informado adequada, por forma a traçar os limites da intervenção do *Estado de bem-estar* na vida privada das pessoas.

A protecção dos participantes na investigação médica e nos ensaios clínicos deve ser objecto da

maior atenção. Esta área delicada pode dar origem a antigos receios e oposições. Para além do enquadramento jurídico que tem de ser cuidadosamente definido, tem de haver uma preocupação especial com o consentimento informado.

Permitam-me que destaque a grande importância que o consentimento informado recebeu no Código Penal português. Com efeito, este Código contém uma norma especial que prescreve que o médico que levar a cabo uma intervenção médica, sem consentimento informado do paciente, pratica um crime (art. 156.º CP), mesmo que essa intervenção tenha sido realizada de modo tecnicamente irrepreensível.

Penso que não é exagero continuar a realçar a importância do consentimento informado como a maior interface entre o Direito e a Medicina, porque — tal como noutras arenas sociais, como os direitos das mulheres e os direitos das crianças — nada deveria ser tido como adquirido. Relativamente à prática do consentimento informado, o melhor é ter consciência do facto de que, ao confiarmos cada vez mais neste processo, estamos a levar a um maior dispêndio de tempo dos profissionais de saúde nesta tarefa, o que entra em colisão com o propósito de reduzir os custos e de aumentar a produtividade nas unidades de saúde.

Quanto ao carácter preditivo dos testes genéticos e a sua capacidade para revelar o futuro de cada um, sobretudo em termos de probabilidade, o assunto foi tratado pela Convenção da Biomedicina, garantindo o *direito a não saber* (art. 10.º, n.º 2, CDHB) quando uma pessoa exerça a sua autonomia através do desconhecimento do que poderá acontecer no futuro; este direito tornou-se parte do direito por-

(3) Sobre o problema de saber se há um Direito a não ser exposto a agentes potencialmente lesivos (por exemplo, serão legítimas acções dos fumadores passivos contra a indústria do tabaco)? Cfr. Maja Grzimekowska, in *EAHL Founding Conference, April 10<sup>th</sup> & 11<sup>th</sup> 2008*.

tuguês. Todavia, continua a ser duvidoso se alguém poderá, em qualquer caso, ignorar tudo o que diga respeito à sua saúde, mesmo quando esse não conhecimento pode ser fonte de danos para os seus familiares, os quais poderão ser privados de informações importantes.

O tema dos direitos dos cidadãos como o principal objectivo do sistema jurídico e da Associação Europeia de Direito da Saúde não pode encerrar-se sem a recomendação de um permanente escrutínio relativo a qualquer caso de discriminação com base no estado de saúde. Nem uma pessoa já doente, nem um indivíduo são com risco de uma doença futura, devem ser penalizados de qualquer forma.

Tanto os riscos reais quanto a mera percepção do “risco social” podem acabar por ser o resultado do diagnóstico da medicina preventiva, causando prejuízos à vida privada e profissional do indivíduo <sup>(4)</sup>. Ora, a prossecução da saúde pública não pode ser alcançada com custos individuais, excepto em casos de extrema necessidade e de acordo com o princípio da proporcionalidade.

O problema da discriminação genética tem vindo a ser cuidadosamente regulado não apenas pelo art. 11.º da Convenção da Biomedicina, que foi ratificada por Portugal, mas também por vários artigos da *Lei de informação genética pessoal e informação de saúde* (Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro).

Para concluir este tópico — e quanto a formas agressivas de controlo da doença — tem de ser lan-

çado um debate profundo sobre como alcançar os mesmos resultados de uma forma mais suave, reduzindo o sofrimento moral. Em Portugal, o Diagnóstico Pré-Natal foi regulado pela Lei n.º 12/2005, o Diagnóstico Genético Pré-Implantatório está previsto na Lei n.º 32/2006 sobre Procriação Medicamente Assistida e a Lei sobre o aborto foi mudada num sentido mais liberal em 2007.

*b)* Um segundo objectivo para os sistemas legais e para a Associação Europeia de Direito da Saúde poderia ser a promoção de um *enquadramento legal transparente para a investigação biomédica*.

A investigação médica é uma área em crescimento dentro do progresso científico em geral. Trata-se de uma boa notícia no plano da medicina preventiva, mas pode conduzir a algumas preocupações da comunidade. Os progressos podem levar algum tempo até serem assimilados e, entretanto, podem causar alguma ansiedade: qualquer mal entendido acerca de uma colheita de amostras biológicas, como acerca de qualquer finalidade de investigação, podem causar alarme.

Portanto, parece conveniente promover a investigação médica tornando as pessoas conscientes do seu *imenso valor*, e sobre o que se espera alcançar no futuro próximo, sublinhando deste modo o *interesse público* desses esforços científicos. Ao mesmo tempo, seria importante assegurar a população da existência de um quadro legal regulamentador das actividades de investigação, por forma a eliminar qualquer ideia de que possam estar a ser realizadas, em qualquer parte, experiências clandestinas ou descontroladas.

Quanto ao desempenho técnico da investigação biomédica, seria útil aumentar o conhecimento

<sup>(4)</sup> BURRIS, S., *et al.*, *Public health surveillance of genetic information: ethical and legal responses to social risk*, in KHOURY, M. J., *et al.* (ed.), «Genetics and Public health in the 21<sup>st</sup> Century», Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 527-546.

público e a aceitação quer dos *rastreios* quer dos *bio-bancos*, considerando que virtualmente toda a investigação implica a organização de bancos de produtos biológicos.

Relativamente a este assunto, a Associação Europeia de Direito da Saúde deveria encarar o problema delicado que consiste na possibilidade de utilizar as amostras anteriormente colhidas e armazenadas, em conexão com os processos clínicos, por forma a melhorar uma investigação anterior ou com a intenção de *começar uma nova pesquisa*. Isto parece inevitável, mas coloca problemas óbvios de respeito pelo que foi acordado anteriormente quanto à finalidade da investigação, quanto à informação dada às pessoas e relativamente ao consentimento dado para uma investigação com um específico objectivo.

A *natureza familiar* dos dados obtidos com a prática da medicina preventiva também levanta a questão da propriedade das amostras e a possível revelação da informação a familiares no seu interesse.

Ambas as questões estão tratadas na recente lei de informação genética pessoal e informação de saúde (Lei n.º 12/2005), determinando-se que a informação genética é propriedade do indivíduo que a gerou, embora a informação possa ser usada em benefício de familiares desde que respeitados alguns requisitos muito estritos.

Para além do quadro legal, o consentimento informado continua a ser o principal instrumento de autonomia e dignidade da pessoa. É no âmbito da relação médico-paciente que podemos regular alguns assuntos delicados e aumentar a confiança na investigação médica.

Mereceria a pena, ainda, reforçar a recomendação ética — presente na Declaração de Helsínquia —

de *publicar todos os resultados*, mesmo daqueles projectos que não tiveram êxito. Isto iria favorecer a transparência e a confiança no conhecimento médico, para além de evitar possíveis repetições de projectos arriscados.

c) Finalmente, seria útil disseminar conceitos, normas e objectivos do direito da saúde e da Associação Europeia do Direito da Saúde.

A principal representação que a opinião pública faz do Direito e dos juristas é a dos tribunais a condenar os médicos, em casos de responsabilidade profissional. Isto é, aos olhos do público, o Direito apenas surge em situações dramáticas, quando aconteceu algo de errado e alguém vai acabar por ser punido. Esta ideia coaduna-se com a tradicional medicina curativa e pertence a um estágio primitivo das relações entre o Direito e a Medicina. Em primeiro lugar, parece útil mudar esta ideia simples que as pessoas têm sobre o Direito e os juristas, porque esta percepção negativa, amplamente difundida, limita a confiança pública e o respeito e adesão do público às recomendações e intervenções da medicina preventiva.

É fundamental mostrar às pessoas que o Direito tem um papel muito mais agradável e pacificador na sua relação com a Medicina e a Saúde.

Os profissionais de saúde deveriam ser o primeiro alvo a beneficiar desta nova ideia de cooperação entre o Direito e a Medicina, com vista a diminuir o “preconceito” ou “pré-juízo” do conflito inevitável sempre que o Direito e a Medicina se encontram.

A Associação Europeia de Direito da Saúde deveria tentar promover o ensino do Direito da Saúde em



todo o ensino superior europeu, especialmente nas escolas de saúde. A Associação deveria tentar criar um Gabinete do Direito da Saúde em cada grande Hospital. Finalmente, a Associação deveria estabelecer uma forma de atendimento directo em Direito Médico (*Call Centres*). Refiro-me, sobretudo, a um “serviço de suporte” tal como fazem as grandes

empresas: grupos de investigadores, em cada país europeu, poderiam actuar como um serviço de consultoria, ao serviço da Associação, respondendo a questões colocadas por profissionais de cada país.

Estes projectos iriam tornar a Associação bem conhecida entre os profissionais de saúde e os juristas, e dar-lhe-ia uma posição forte no espaço europeu.

