

COMUNICAÇÕES ORAIS / COMUNICACIONES ORALES

8. *Erro médico/Error médico*

8.01

Erro médico: uma questão de ponto de vista

Medical malpractice: a matter of point of view

André Santos Chave

Advogado. Mestre em Direito. Procurador do Município de Porto Alegre. Porto Alegre, Brasil.

Sandra Regina Martini Vial

Socióloga. Pós-doutora em Direito e em Políticas Públicas. Professora Titular da UNISINOS, da Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli e professora visitante da Università Degli Studi Di Salerno. Pesquisadora da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul e do Conselho Nacional de Pesquisa. Porto Alegre, Brasil.

Resumo: A judicialização da saúde trouxe o debate, no seio do sistema jurídico, do erro médico, ou seja, cada vez mais a população, com a justificativa de debater a conduta do profissional da saúde, tem buscado indenização pela suposta conduta equivocada do médico. Todavia, a discussão a respeito do erro médico é uma questão que pode ser observada pelo Sistema do Direito, pelo Sistema Médico e pelo Sistema da Saúde, ou seja, o erro depende de que lugar, ou sistema, está sendo observado.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas (Luhmann); autopoiese; observador; erro médico.

Key-words: *Systems Theory (Luhmann); autopoiesis; observer; medical malpractice.*

Introdução

Desde os bancos acadêmicos, o jurista ou futuro jurista, acostuma-se a enxergar o mundo por meio do sistema jurídico, ou seja, invariavelmente, observa¹ as

¹ Para teoria sistêmica, o papel do observador é fundamental, pois este é quem faz a distinção, seleciona e observa evolução do sistema (Maturana & Varela, 2011, p 32; Maturana & Varela, 2002, p. 116-121; Maturana *et al.*, 2001, p. 53-66; Luhmann, 2005, cap. 11).

comunicações² produzidas pelo sistema jurídico, interpretando o evento morte ou algum tipo de lesão corporal como um fato que teve origem ou causa numa ação humana e, portanto, culpável no âmbito da responsabilidade civil.

A base teórica do presente artigo será Teoria Sistêmica, idealizada por Luhmann, uma vez que seria a mais adequada para tratar de fenômenos como judicialização da saúde no tocante as causas envolvendo erro médico. Também é sabido que a Teoria dos Sistemas foge dos paradigmas tradicionais ao procurar explicar a sociedade complexa sem reduções à ação humana, como fez Max Weber (2009)³, ou a questões de estrutura e superestrutura como apontava Karl Marx (1998).

Percebe-se, faz anos, que há uma busca pela efetivação do Direito à Saúde nas mais variadas sociedades, refletindo-se igualmente na sociedade brasileira. Novos direitos, a constitucionalização do direito a saúde trouxe o paradoxo de, após a Constituição de 1988, criar um grupo de pessoas incluídas ou beneficiárias de saúde pública, nas mais variadas vezes por meio de instituições particulares, pagando-se, portanto, e pessoas que mesmo tendo direito à saúde por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), estão formalmente excluídas, não gozam dos benefícios sanitários da modernidade.

Os gastos públicos com saúde no Brasil, conquanto exista determinação contida na Constituição, art. 196 e seguintes, são baixos se comparados com nações europeias ou até mesmo com algumas nações da América Latina. Estima-se que sejam gastos em torno de US\$ 300,00 *per capita* para cada brasileiro. O gasto argentino seria de US\$600,00, *per capita*, ou seja, 6% do PIB e o gasto dos americanos seria de US\$2,8 mil *per capita*. Não há como esconder que a maioria da população, no Brasil, ainda depende do Estado, ainda depende de gastos públicos para ter efetivado o Direito à Saúde, em que pese a existência de distorção existente

² Conceito importante para teoria sistêmica. Para Luhmann, a sociedade é uma teia de comunicações e cada sistema, ou sub-sistema, possui comunicações próprias, através de uma organização e uma estrutura próprias garantidas por meio da clausura operativa (Luhmann, 1998, p. 37-66; Luhmann, 2005, cap. 2; Luhmann, 2010, cap. 2).

³ Para Weber, “a ação social (incluindo omissão ou tolerância) orienta-se pelo comportamento de outros seja este passado, presente ou esperado como futuro (vingança por ataques anteriores, defesa contra ataques presentes ou medidas de defesa para enfrentar ataques futuros). Os “outros” podem ser indivíduos e conhecidos ou uma multiplicidade indeterminada de pessoas completamente desconhecidas (...)”. (Weber, 2009, p. 13-14)

na sociedade brasileira cujo poder aquisitivo permite que parcela economicamente ativa da população consiga desfrutar de assistência médico-hospitalar por meio de aproximadamente cento e vinte mil médicos, enquanto que o SUS conta com aproximadamente setenta mil médicos cadastrados e atende a 80% da população (Schwartz, 2001).

Talvez por este motivo, devido a existência de grande massa de excluídos ou de uma grande massa que se submete ao SUS, por não terem, conquanto devessem, direito à saúde com a mesma qualidade prestado para uma pequena parcela da população, tenha havido uma grande quantidade de demandas judiciais de pessoas que mesmo depois de atendidas pelos médicos, depois de terem uma doença tratada, ou mesmo tendo sido atendidos e não ter sido resolvido o problema, optem por ajuizar ações discutindo a atitude do médico ou do nosocômio, o que se reflete no jargão já conhecido: “judicialização da saúde” (Vianna *et. al.*, 1999, p. 149).

Igualmente, a carência, o afastamento, a exclusão ou a ausência do Direito à Saúde à grande parte da população que, devido a fatores alheios, é obrigada a se servir do sistema da saúde e do sistema médico ao procurar os Postos de Saúde ou os Hospitais públicos ou os privados conveniados ao SUS, faz com que a forma de diálogo possível seja encontrada por meio do crescimento do ajuizamento de ações discutindo se o direito à saúde foi corretamente aplicado, novamente, judicializando uma relação social, no caso a saúde.

Para Luhmann (1983), a diferenciação existente nas sociedades⁴ e a crescente complexidade fazem com que seja necessária uma nova sociologia, que abarque conceitos de contingência, risco, decisão, observação, clausura autopoietica como pontos centrais para explicar e entender as sociedades complexas, os sistemas sociais e seus sub-sistemas.

Uma análise sistêmica, tendo por base julgamentos proferidos, majoritariamente, no âmbito da Justiça Comum Estadual do Rio Grande do Sul, a respeito de demandas ligadas à ocorrência de (suposto) erro médico no tocante à morte ou à lesão de natureza grave, ou não, do paciente, demonstrará que não basta existir Direito à Saúde se o sistema não operacionaliza implementação deste direito,

⁴ Complexas e funcionalmente diferenciadas. A análise sistêmica somente é possível em sociedades cuja funcionalização dos sistemas permita que estes operem fechados, embora abertos cognitivamente. (Luhmann, 1983, p. 174).

fazendo com que qualquer tipo de conduta seja interpretada como erro médico e passível de julgamento perante o Poder Judiciário (com base no código conforme ao direito e não conforme ao direito). Sob o ponto de vista do observador, estaria ocorrendo ontogenia⁵ do sistema jurídico (Maturana & Varela, 2011).

Tentar-se-á, igualmente, explicar, mesmo existindo um crescente acesso ao Poder Judiciário por meio da facilitação do ajuizamento de ações⁶, que a irritação sofrida pelo sistema jurídico ajuda que decisões judiciais mantenham a autopoiese⁷ do sistema jurídico, fazendo com que as informações constantes de outros sistemas irrite o Direito, fazendo com que este mantenha-se organizado por meio de autopoiese. Ao contrário do que se poderia imaginar, a clausura autopoietica sob hipótese alguma significa isolamento do sistema jurídico, ao contrário, é a condição de possibilidade para que outros sistemas possam se comunicar e possam ser “ouvidos” pelo Direito.

Análise de casos

Para demonstrar através das demandas de erro médico a busca do direito ao direito à saúde apresentamos os dados parciais registrados na Procuradoria de Patrimônio e Domínio Público da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre desde o ano de 1999 até 2010, limitando-se aos processos com sentença de mérito já proferida.⁸

- Processo nº 001/1.05.2309650-3, Roberta Belloc Ramos e outros contra Município de Porto Alegre e outros. Acidente de trânsito. Perda de membro/função. Intervenção / tratamento médico. Erro médico. Hospital de Pronto Socorro. *Sentença Improcedente.*

⁵ “A ontogenia é a história de mudanças estruturais de uma unidade, sem que esta perca a sua organização.” (Maturana & Varela, 2011, p. 86)

⁶ Na ideia trabalhada por Mauro Cappelletti (1988) e Boaventura de Sousa Santos (2007) no sentido de se permitir maior acesso possível ao Poder Judiciário, inclusive das classes mais desamparadas ou desfavorecidas social e economicamente.

⁷ Conceito trabalhado por Maturana e Varela e adotado por Luhmann cujo pressuposto diz respeito com a organização do ser vivo (no âmbito biológico) e do sistema (no âmbito social). O que delimita um ser vivo, o que faz com que se catalogue um ser vivo (ou um sistema) é o fato dele realizar autopoiese para se manter vivo. A manutenção da organização, por meio da diferenciação sistema/entorno e consequente fechamento operacional, são importantíssimos para que um ser vivo (ou sistema) possa se distinguir e ser distinguindo. (Maturana & Varela, 2011; também em Maturana & Varela, 2002, p. 116-121; Maturana *et al.*, 2001, p. 53-66; e Luhmann, 1998).

⁸ Informações extraídas dos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (www.tjrs.jus.br) e do sítio eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região (www.jfrs.jus.br).

- Processo nº 001/1.11.0067634-2, Marlise Cassiminho Alves contra Município de Porto Alegre. Acidente Doméstico. Perda de membro/função. Intervenção / tratamento médico. Erro médico. Hospital de Pronto Socorro. *Sentença Improcedente.*

- Processo nº 001/1.12.0139252-8, Maria Angélica da Rocha Todero contra Município de Porto Alegre e outros. Acidente de trânsito. Morte. Intervenção / tratamento médico. Erro médico. Hospital de Pronto Socorro. *Sentença Improcedente.*

- Processo nº 001/1.08.0244391-9, Cirlene Cittolin contra Município de Porto Alegre. Agressão física. Lesão corporal. Perda de membro / função. Intervenção / tratamento. Erro médico. Hospital de Pronto Socorro. *Sentença Improcedente.*

- Processo nº 70028879427, Luciane Gonçalves Molina de Gomes contra Município de Porto Alegre e outros. Acidente de trânsito. Lesão Corporal. Intervenção / tratamento. Hospital de Pronto Socorro. *Sentença procedente.*

- Processo nº 5048758-30.2011.404.7100, Fabiane Lima Monte contra Município de Porto Alegre e outros. Agressão física. Lesão corporal. Intervenção / tratamento. Hospital de Clínicas de Porto Alegre. *Sentença Improcedente.*

- Processo nº 2006.71.00.038353-9, Sílvio Carlos Fagundes Feula contra Município de Porto Alegre e outros. Contaminação hepatite “C”. Contágio indeterminado. Intervenção / tratamento. Rede Básica de Saúde (Postos). *Sentença Improcedente.*

- Processo nº 2006.71.00.006510-4, Madalena Weber contra Município de Porto Alegre e outros. Contaminação hepatite “C”. Contágio indeterminado. Intervenção/tratamento. Rede Básica Saúde (Postos). *Sentença Improcedente.*

Sistema do Direito, da Medicina e da Saúde: fechamento operativo

O estranhamento⁹ causado pela Teoria dos Sistemas está em admitir que cada sistema social trabalha com um código e uma programação próprias, sendo em relação ao meio (ou entorno) fechados operativamente, embora abertos cognitivamente.

O conceito de clausura operativa cunhado por Luhmann tem como base ideias de Maturana e de Varela quando lançaram as bases do conceito de autopoiese. Cada sistema tem uma maneira própria de selecionar as informações existentes no meio

⁹ Desassossego, conforme salientado por Vial (2012, p. 249).

(entorno) para fins de diminuir a complexidade. O Direito trabalha com o código direito/não direito, tendo como programa as normas ou decisões judiciais. O importante é perceber que o direito se mantém fiel a esta organização, mantendo, qualquer que seja a irritação causada pelo entorno, sua autopoiese.

Outro desassossego seria, para teoria sistêmica, ausência de finalidade do sistema, ou seja, o sistema jurídico, como um sub-sistema, ao contrário do que se costuma estudar, não tem por finalidade fazer justiça ou algo que o valha, tem por finalidade decidir para manter sua autopoiese (Maturana & Varela, 2002, p. 77-80). Como diriam Maturana e Varela, o Direito existe para “direitar”¹⁰, mantendo sua constante organização e estrutura por meio da autopoiese¹¹. A função do direito é decidir e decidindo faz a distinção de outros sistemas como da Medicina, da Saúde, do Político entre outros, vez que marca seu significado e sentido.

Igualmente, o sistema médico trabalha com o código doença/não-doença ou doença/são, ou seja, somente é ativado, somente opera de maneira fechada quando da ocorrência de uma doença. Para o sistema médico não teria sentido falar a respeito de um paciente saudável, sem doença alguma. Seria imaginar que uma pessoa fosse a um consultório médico e informasse que não tem problema algum, não sente qualquer tipo de dor, indisposição, febre. O sistema médico não se ativa sem uma doença.

Ao constatar uma doença, a ativação do sistema médico será feita por meio de seu código próprio (doença/são, doença/saúde, doença/não-doença) e a programação e conseqüente função dar-se-á por meio de tratamento, seja utilizando medicamentos, seja utilizando outras medidas colocadas à disposição pela medicina especializada. O sistema médico, ao tratar do doente, ao tratar um paciente, tenta debelar a doença, tenta torná-lo não doente, mas sob hipótese alguma irá afirmar que a pessoa é sã, eventualmente, dirá que está sem doença, temporariamente saudável. Para o sistema médico o importante é visualizar a doença (código) e curá-la (programação e função), decidindo a respeito do melhor tratamento.

¹⁰ “[...] que a vida não tem sentido fora de si mesma, que o sentido da vida de uma mosca é viver como mosca, “mosquear”, “ser mosca”, que o sentido da vida de um cachorro é viver como cachorro, ou seja, “ser cachorro ao cachorrear”, e que o sentido da vida de um ser humano é o viver humanamente ao “ser humano no humanizar” (Maturana & Varela, 2002, p. 12).

¹¹ “A organização autopoietica significa simplesmente processos concatenados de uma maneira específica tal que os processos concatenados produzem os componentes que constituem o sistema e especificam como uma unidade.” (Maturana & Varela, 2002, p. 72).

Sob este viés, percebe-se que a morte, para o sistema médico, é uma acontecimento natural, uma consequência da doença que não pode ser tratada (não foi possível impedi-la) ou uma consequência natural de todo e qualquer organismo vivo, em ambos os casos, a intervenção do sistema médico se dá, existe apenas para tratar a doença, para tentar curar o paciente, jamais tem como foco principal (clausura operativa) evitar a morte, mesmo que tratando a doença consiga-se postergar, muito provavelmente, a morte.

Para o sistema da saúde, embora calhe a advertência feita por Sandra Regina Martini Vial (2012) de que Luhmann não tratou especificamente de formular uma teoria a respeito, nada impede de se imaginar, com os mesmos paradigmas da teoria sistêmica, que há um código específico para este sub-sistema. Ao contrário do sistema médico que necessita da doença para ser ativado, a saúde trabalha com o código oposto, saúde/não-saúde ou saúde/doença. No caso dos casos descritos, tem-se que imaginar que o Direito somente conseguirá dar respostas dentro do que o Direito for capaz de decidir, igualmente, o Sistema Médico dará respostas dentro do código e programações próprias e igualmente com o Sistema da Saúde.

Os casos mostram ocorrência de suposto erro médico, portanto, ter-se-ia de encontrar que sistema está utilizando o código erro/acerto e as operações salvar vida ou evitar lesões corporais, por exemplo.

O sistema da saúde, por meio de operações próprias, evita a doença, sendo sua programação, se assim pode-se dizer, gastos públicos, prevenção, melhoria das condições sanitárias, momento que se comunica, de maneira autopoietica¹², com outros sistemas como economia e política. Somente a clausura operativa do sistema da saúde faz com que seja possível enxergar que este se difere, por meio de sua organização, estrutura e função, do sistema médico, do direito, da economia entre outros.

As irritações de outros sistemas (decisão judicial, cura da doença e políticas públicas para evitar doenças) são consideradas as idiosincrasias de cada sistema à

¹² “As máquinas autopoieticas não possuem entradas nem saídas. Podem ser perturbadas por fatos externos, e experimentar mudanças internas que compensem essas perturbações. Se estas se repetem, a máquina pode passar por séries reiteradas de trocas internas, que podem ser ou não as mesmas. No entanto, qualquer série de trocas internas que se produzem está sempre subordinada à conservação da organização da máquina, sendo esta condição definidora das máquinas autopoieticas.” (Maturana & Varela, 2002, p. 73)

maneira como irá ocorrer troca de informações entre estes – acoplamento estrutural¹³ – vez que os sistemas, embora fechados operativamente, são abertos cognitivamente. O aumento do número de doenças, por exemplo, gera ativação do sistema da saúde, fazendo com que aumentem-se gastos públicos para evitá-las, para o sistema jurídico, provoca o aumento de demandas discutindo a não prevenção às doenças e o erro médico ao não debelá-las e para o sistema médico, o aumento do número de tratamentos. Cada sistema opera a irritação dentro de seus códigos, mantendo a organização, embora possa modificar a estrutura. A isto a teoria sistêmica denomina autopoiese, e a visualização temporal da autopoiese de um sistema é observada pelo observador como mudança, como evolução, sem qualquer tipo de conotação positiva ou negativa e sem qualquer possibilidade de controle. Os sistemas evoluem ao manterem-se autopoieticamente (Maturana & Varela, 2002).

A importância do observador para teoria sistêmica

Embora não se possa ignorar a importância do conceito de clausura operativa, pois será essencial para que o sistema se diferencie do entorno, é o observador que possui a capacidade de selecionar e escolher/decidir, porque se decide quando se diferencia.

Para Luhmann, a sociedade é composta por diversos sistemas e é, a sociedade, constituída por comunicações. A complexidade está na existência de múltiplas comunicações ocorrendo no âmbito dos mais variados sistemas. Devido a esta complexidade, cada sistema, procura diminuir a complexidade por meio de um código e operações internas, todavia esta tentativa de reduzir a complexidade do entorno, para Luhmann, é, paradoxalmente, o que faz com que a complexidade aumente, ou seja, a sociedade é complexa, não há como evitar.

O que garante a escolha, a seleção é justamente a existência ou a possibilidade de mais de uma comunicação, de visualização de distintas opções. Comunica-se, escolhe-se, seleciona-se, arrisca-se, diminui-se a complexidade num primeiro momento e aumenta-a posteriormente.

¹³ Igualmente, conceito trabalhado por Maturana e Varela e adotado por Luhmann. Os sistemas se irritam mutuamente, todavia a irritação que o entorno causa é percebido pelo sistema, ingressa no sistema com o código que lhe é característico, mantendo-se a autopoiese. (Luhmann, 2005, cap. 10).

Exemplo disto seria a questão surgida no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988, dando uma série de direitos até então inexistentes à população, como o Direito à Saúde ou o Direito à Habitação¹⁴. Ao constitucionalizarem-se estes direitos, criou-se uma situação nova: temos pessoas exercendo plenamente seus direitos, gozando de boa saúde e de uma habitação excelente, ou ao menos razoável, e temos pessoas marginalizadas destes direitos, sem saúde, sem habitação, vivendo à margem do acesso a esses direitos¹⁵. Tentou-se diminuir a complexidade positivando-se novos direitos e a consequência foi o aumento da complexidade criando a situação dos excluídos que anteriormente não era.

O paradoxo contido na teoria sistêmica é aceitar que a distinção entre o sistema e o entorno, entre o sistema e o meio, entre a unidade e o resto é feita pelo observador e este observador observa de um ponto de vista distinto, observa a partir de outro sistema (Maturana *et. al.*, 2001, p. 53). O sistema, ao ser irritado procura manter sua organização por meio de mudanças estruturais, ou seja, mantendo o código e retrabalhando as estruturas, procura-se manter organizado, procura manter sua autopoiese para não se destruir. Todos os sistemas sociais realizam autopoiese e cabe ao observador, ao longo de um espaço temporal, fazer a distinção, enxergar a diferença. Paradoxalmente, a diferença sistema/entorno é dada pelo observador.

Os sistemas se observam e cada observação é feita por meio do código próprio, com sua programação própria (clausura operativa) o que faz com que cada sistema, ao observar, consiga manter sua identidade, praticando, igualmente, autopoiese. Tem-se que imaginar que um observador está vendo as comunicações de um sistema, está conseguindo fazer distinções em relação a estas comunicações porque ao fazer distinções está conseguindo ver a diferença entre sistema/entorno. O paradoxo surge porque toda distinção somente tem utilidade, somente tem valor para teoria sistêmica quando é possível haver diferença, quando o observador consegue distinguir uma unidade entre outras unidades, ou uma unidade envolta num meio. O paradoxo maior surge quando se quer saber o que significa o que o observador está observando tem-se que observar o que este observador está observando, o que este

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 6º.

¹⁵ “[...] que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los” (Bobbio, 2004, p. 25).

observador estaria distinguindo, o que este observador estaria selecionando. São as observações de segunda e terceira ordem e assim sucessivamente.

É paradigmático pensar no caso de erro médico, com base nos gargalos existentes à saúde, à medicina e ao direito cujo reflexo se dá, no âmbito do Sistema do Direito, com o ingresso exponencial de demandas discutindo a atuação do Poder Público, conforme os exemplos trazidos. Há um observador trabalhando com o código “erro médico” e tentando fazer com que esta informação tenha o condão de irritar o Sistema da Saúde, do Direito e da Medicina. O dúvida que deve perpassar o observador é como numa sociedade complexa, com diversos mecanismos para diminuição do risco, com tecnologias de ponta ainda não se consegue evitar o “erro médico”, como as pessoas que buscam a efetivação de seu direito à saúde ainda não conseguem um atendimento rápido e eficiente(?).

O observador é quem faz a distinção, é quem observa o expressivo aumento do gasto público¹⁶ em saúde, é quem observa a péssima distribuição dos médicos entre os hospitais e planos de saúde privados e entre os hospitais públicos e tratamento público, via SUS, é quem visualiza as mortes bizarras ou por negligência¹⁷.

Observações feitas pelos sistemas do direito, da medicina e da saúde

Os processos descritos em item próprio, se feita a devida consulta no sítio eletrônico indicado, mostram que se questionou o resultado da cirurgia, o tratamento dispendido, a conduta do profissional médico e as políticas públicas de gastos em saúde, reproduzindo à míude as milhares de demandas semelhantes que ocorrem nos Foros das mais diversas cidades brasileiras.

Importante é observar (observar o observador) como a irritação é ou foi processada pelo sistema e de que maneira o sistema jurídico, ao decidir, manteve sua autopoiese. A judicialização da saúde, com exponencial aumento das demandas,

¹⁶ “Quando o Governo Federal reconhece o aumento das despesas estaduais e municipais com políticas sociais, identifica este aumento como má gestão e déficit nas contas públicas.” (Bercovici, 2002, p. 21).

¹⁷ Afinal, de onde observa este observador? Parafrazeando Juan Antônio Garcia Amado, “a pergunta é: a partir de onde Luhmann fala? Ele mesmo nos tem mostrado que não existem instâncias privilegiadas do conhecimento à margem dos sistemas que cada um destes produz seus próprios conhecimentos e que nenhum pode perceber aos outros a não ser desde seu prisma específico, e que o conhecimento não é hierárquico.” (Amado, 2004, p. 341).

é resolvida pelo sistema jurídico com decisões com base no código direito/não-direito e com base na programação específica da responsabilidade civil (legislação). Os depoimentos de médicos, os laudos periciais são tratados pelo sistema como informação, como irritação do entorno e como os sistemas estão acoplados estruturalmente, em constante deriva estrutural (Luhmann, 2005, p. 495), esta informação é processada pelo código jurídico e a decisão será no sentido de julgar procedente o pedido, fixando um valor indenizatório ou julgar improcedente o pedido. Note-se que o sistema do direito decidirá apenas o que o sistema consegue distinguir, consegue selecionar: reparação moral, reparação pecuniária. Sob hipótese alguma o sistema jurídico, se isto ocorrer estar-se-á sob o domínio da violação de códigos, irá realizar uma cirurgia plástica. O sistema jurídico irá apenas decidir, com base na legislação, se houve erro médico e portanto se há direito a ser indenizado.

O sistema médico somente será ativado quando da procura por auxílio para evitar a morte, para tratar a doença ou para evitar contaminação e realizará sua autopoiese tentando curar o paciente ou dando um tratamento adequado. Para o sistema médico, a operação, a programação estaria no tentar reverter o quadro clínico desfavorável, todavia se não for possível esta reversão, a doença, ou o dano causado ao sistema biológico, por exemplo, é algo que não poderia ser evitado tendo em vista que é uma consequência do evento traumático e não da ação humana. É como se pudesse imaginar um objeto se deslocando no espaço, de maneira retilínea para facilitar a compreensão, sendo a função do sistema médico apenas retardar a velocidade de deslocamento deste objeto, jamais a trajetória ou o ponto final de chegada.

Para o sistema da saúde o grande desafio seria possibilitar a um maior número da população um deslocamento rápido aos hospitais ou postos de saúde, motivo porque o aumento de gastos públicos é uma consequência necessária. Dotar os hospitais de toda tecnologia necessária, de todo aparato humano necessário é a resposta do sistema da saúde, ou deveria, ao crescente número de tratamentos que ocorrem, enfim, o sistema trabalha para evitar a doença, para democratizar o acesso à saúde pública, para tentar evitar o risco.

Para o sistema da saúde, o importante é erradicar a doença ou evitá-la, é democratizar o acesso dos doentes ao tratamento adequado, ou seja, o sistema se ativa na latência da doença, na sua não ocorrência e seguramente por isso irritou de

maneira considerável o entorno, exigindo do sistema jurídico que proferisse uma decisão a respeito do evento provocado pela suposta ausência de política pública adequada em relação ao tratamento da hepatite “C”. A irritação causada pelo sistema da saúde no sistema jurídico (acoplamento estrutural e deriva natural) foi processada pelo sistema jurídico como ausência de gastos públicos suficientes(?), ou atitude culpável em relação ao tratamento médico dado, novamente, o sistema jurídico processou as informações por meio de seu código (direito/não-direito), mantendo a organização.

Cada sistema, ao manter sua autopoiese, observou o mesmo fenômeno por meio de códigos próprios, tendo, com isto, mantido o fechamento operativo, sem perder a capacidade de se abrir cognitivamente, o que garantiu que cada sistema pudesse evoluir e esta evolução (ontogenia) fosse percebida por distintos observadores.

Considerações finais: existe erro médico?

Ao analisar o sistema da medicina, por meio do sistema jurídico, e ao observar a evolução da autopoiese jurídica ao longo de diversos anos, acompanhando-se crescente judicialização da saúde cujo objeto de questionamento diz respeito ao atendimento prestado pelo sistema médico quando do ingresso em hospitais ou postos de saúde, a conclusão é sobre inexistência de erro médico, vez que na maioria dos casos, as ações são julgadas improcedentes.

Todavia, tem-se que mitigar esta afirmação, tem-se que filtra-la sob a ótica da Teoria dos Sistemas.

Primeiro, não é função do Direito dizer se ocorreu ou não erro médico: é função do Direito decidir se uma conduta médica ou se uma política pública gera, ou não, uma violação ao código direito/não-direito, dentro de uma programação específica (legislação), não escapando que a irritação (doença e aumento das demandas) pode ter sido causada de maneira natural ou por meio de uma ação humana. A tese desenvolvida por meio dos advogados, ao ingressarem no sistema jurídico, de que toda morte, toda perda de uma função, membro ou todo tipo de lesão ocasionada no ser humano é derivada de uma ação culpável, no âmbito do direito civil (responsabilidade civil), é uma tese que invariavelmente é processada pelo sistema jurídico como “não-direito” e portanto faz parte do entorno e não do sistema.

Para o sistema médico, com base nos exemplos fornecidos, somente existirá erro médico e, portanto, a irritação provocada pela doença ou pela perda de uma função ou órgão, quando o agir do sistema da medicina provocar a imediata interrupção da vida, afetar de maneira relevante a autopoiese do sistema biológico (do homem), fazendo-o cessar a autopoiese do sistema biológico¹⁸. Caso contrário, dentro da organização, dentro da estrutura do sistema médico, a autopoiese foi realizada normalmente, tendo o médico tentado debelar a doença dentro das especificações que a medicina oferece, sem, contudo, evitar o resultado: tentou-se curar, mas não foi possível, realizou-se o tratamento dentro das especificações, mas não foi possível evitar a consolidação da lesão corporal.

O construir e desconstruir paradigmas, novos conceitos com base em velhos conceitos e com base em velhos paradigmas é algo que a teoria dos sistemas permite fazer com considerável clareza, uma vez que trata da questão do erro médico sob o prisma do observador quando este observa e é observado observando os sistemas sociais.

Para o sistema jurídico, sob o prisma da teoria sistêmica, trabalhar com o “erro médico” na maneira como proposto pelos advogados ao subscreverem uma petição inicial, seria necessário considerar a violação de códigos, seria admitir que o sistema da medicina estaria alterando e corrompendo o Direito, ao fazer com que este processe a informação com código diverso do direito/não-direito, ou seja, quando se observa a morte, a perda de uma função ou de um membro de uma pessoa (distinções), portanto, entorno, o observador está observando a partir de outro sistema que não é o sistema do direito, não é o do sistema médico e também não o da saúde, uma vez que não houve “erro”. Seria o caso de se tentar descobrir que observador está observando o observador para se tentar verificar de que sistema está partindo a observação do “erro médico”.

Referências

AMADO, Juan Antônio Garcia. A Sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. Em: JEAN-ARNAUD, André e LOPES JR., Dalmir (org). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁸ Seria a morte do ser vivo.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, 3(1): P. 131-142, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MARX, Karl. *Do capital*. São Paulo: Nova Cultural. Coleção Os Pensadores, 1996.

MATURANA, Humberto (org) [et al]. *A ontologia da realidade*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2011.

_____. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. Porto Alegre: Artmed, 2002.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Mexico: Herder, 2005.

_____. *Organización y decisión*. Mexico: Herder, 2010.

_____. *Sistemas sociales*. Barcelona: Anthropos, 1998.

_____. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário. 1983.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, 2(1):9-26, 2001.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez Editora, 2007.

VIAL, Sandra Regina Martini. Sistema da saúde e transformação social. Em: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo e ENGELMANN, Wilson (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck [et al]. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Vol. I. Brasília: Editora UnB, 2009.