

Aspectos Médico-legais da Anestesiologia

João Brenha Ribeiro, TSA - SBA

Ribeiro J B - Medical legal aspects of anesthesiology.

AS várias causas naturais de morbidade e mortalidade em anestesiologia somam-se, como se poderia esperar, a falha humana, o erro de ofício, causa que se procura prevenir pela adequada formação técnica e ética do profissional, o que prevenirá, também, a responsabilização jurídica do anestesiológico.

A compreensão do que seja uma falta, entretanto, nem sempre é clara sem a ajuda dos conceitos jurídicos que permitam distinguir entre o justo e o injusto, entre o lícito e o ilícito.

Neste capítulo procura-se fornecer alguns fundamentos de Direito, desde alguns conceitos básicos até questões mais especificamente relacionadas com a responsabilidade jurídica do anestesiológico, esperando que isto sirva para reduzir o risco de condenações que correm os anestesiológicos, alertando-os quanto a cautelas que devem ser tomadas no exercício de sua delicada profissão.

Antes, entretanto, uma consideração sobre o título do presente capítulo.

Médico-legal é adjetivo que diz respeito à Medicina Legal, ciência natural que se relaciona com o Direito no âmbito da prova pericial, importante instituto do Processo Penal ou Civil.

O que se vai tratar aqui é coisa diferente. É a relação jurídica que decorre da assistência médica.

Daí parecer-nos mais apropriada a designação de "Aspectos Legais da Anestesiologia". A expressão criticada, entretanto, tem-se consagrado pelo uso, razão pela qual não nos atrevemos a substituí-la.

Definições, conceitos, noções

O Direito, na definição simples de Radbruck, é o conjunto de normas gerais e positivas que regulam a vida social. A essa definição poderíamos acrescentar:

*Correspondência para João Brenha Ribeiro
R. Plínio Negrão, 170
04720-São Paulo-SP*

© 1991, Sociedade Brasileira de Anestesiologia

providas de sanção.

De fato, o Direito, no sentido da lei, corresponde a uma série de comportamentos hipotéticos (normas gerais) impostos pela autoridade do estado (positivas) às pessoas em suas relações umas com as outras (para regular a vida social), sendo que o comportamento em desconformidade com o que nelas está prescrito acarretará uma consequência a ser suportada por aquele que assim procedeu (providas de sanção).

Na formulação destas normas gerais o Direito procura regular relações que surgem de ocorrências ou fatos e de ações ou atos, relevantes para a ordem jurídica.

Fatos, em linguagem técnica jurídica e em sentido estrito, são acontecimentos naturais. O nascimento de uma pessoa, por exemplo, é um fato natural que tem relevância para o Direito. O simples fato de chover, por sua vez também é um fato natural, só que não possui relevância jurídica.

Atos são ações ou omissões humanas. Cumprimentar ou não o vizinho, por exemplo, é um ato, irrelevante para o Direito. Por sua vez, deixar de reparar o muro que ameaça ruir com possível dano para o vizinho é ato (omissão) que tem relevância jurídica, pelo que é disciplinada pelo direito de vizinhança.

Os fatos e atos dão origem a situações jurídicas: a de pessoa, pelo nascimento, e a de vizinho, nos exemplos figurados.

Tais situações, quando relacionadas com as de outras pessoas, dão origem às relações jurídicas, objeto da disciplina estabelecida pelo Direito, como, decorrente do nascimento a de filiação e de herdeiro dos progenitores e de morar ao lado de outra pessoa, a de vizinhança.

Em cada uma dessas relações o Direito estabelece obrigações e direitos recíprocos entre as pessoas que as integram. É obrigação do pai sustentar o filho, que lhe deve obediência. Os vizinhos têm a obrigação de respeitar as propriedades, um a do outro.

Obrigação é sempre um dever de dar alguma coisa ou fazer ou deixar de fazer alguma atividade, para a

satisfação do interesse de alguém. Direito é o poder de exigir de outro a obrigação correspondente.

As relações jurídicas podem surgir independentemente da vontade. Se alguém bate seu automóvel contra o de outra pessoa, surge, contra a vontade do culpado, uma relação jurídica na qual um se verá obrigado a reparar o dano, e o outro com direito a tal reparação.

Elas podem surgir, todavia, em decorrência de um acordo de vontade das pessoas. Se alguém quer vender uma coisa sua e encontra outra pessoa interessada em adquiri-la, ajustado o negócio pela concordância de ambos e acertado o preço, estará estabelecida uma relação jurídica na qual o vendedor se obriga a entregar a coisa, e o comprador a pagar o preço. Dessas obrigações surgem os direitos correlatos: o do vendedor de exigir o preço, e o do comprador de exigir a coisa.

Essa relação que nasce do acordo de vontades pertence à categoria dos contratos. No caso figurado, pela ocorrência de obrigações e direitos recíprocos, o contrato é chamado bilateral. Pode ocorrer que o contrato só obrigue a uma das partes, conferindo a outra somente direito. É o que ocorre com uma doação simples: o doador aceita a doação, esta obrigado a entregar a coisa doada, enquanto o donatário tem o direito a receber a doação. Diz-se que o contrato é, então, unilateral.

A prestação de assistência médica é de natureza contractual. Se se estipula tal prestação graciosamente, com um indigente, por exemplo, estaremos diante de um contrato unilateral, em que a obrigação é só do médico, sendo direito legal do paciente a assistência correspondente.

Até aqui figuramos relações jurídicas que envolvem dois particulares, as quais são regidas por um ramo do Direito, o Direito Privado.

Existem outras que se estabelecem entre pessoas particulares e o Estado, este último como representante da sociedade politicamente organizada.

Se alguém auferir rendimentos decorrentes de capital ou decorrentes de seu trabalho, ou, ainda, da associação do capital com o trabalho, nasce deste fato uma relação jurídica (tributária) que cria, para quem auferiu aquele rendimento, a obrigação de pagar o imposto sobre a renda, sem nenhuma contraprestação pessoal do Estado. Assim também, se alguém comete um crime ou uma infração ética, surge uma relação jurídica que envolve a ele, criminoso ou infrator, e o Estado, a qual atribui ao primeiro a obrigação de suportar as penas que o Estado Juiz (Judiciário) lhe impuser no crime, ou as penalidades que o Estado

Administração (Conselho de Ética, autarquia do Poder Executivo) lhe aplicar no caso de infração ética.

Estas relações jurídicas são disciplinadas por outro ramo do Direito - o Direito Público - que tem regras diferentes do Direito Privado.

Entre essas diferenças avulta, por sua importância, a indisponibilidade do Direito Público. Se numa relação entre particulares o credor da obrigação pode, em regra, dispor do seu direito, ou seja, abrir mão do que lhe era devido pela outra parte, na relação de Direito Público o Estado não pode dispor de seu direito, sendo necessária a exigibilidade da obrigação devida.

Do que se disse até aqui resulta que as relações jurídicas nascem de fatos e atos, estes últimos podendo ser lícitos, como no caso dos contratos, porque se constituíram de acordo com a lei, ou ilícitos, como no crime, porque nasceram da infração à lei.

A diferença está em que as obrigações decorrentes do ato lícito são queridas ou desejadas por quem as assume, e, independentemente de sua vontade, impostas coercitivamente aquele que pratica o ato ilícito.

Mas uma relação jurídica nascida de ato lícito (contratar, por exemplo) pode ensejar o aparecimento de outra relação jurídica, agora ilícita, derivada do não cumprimento, por uma das partes, da obrigação que lhe competia, disto decorrendo dano à outra parte. Isto porque o contrato faz lei entre as partes, e daí não cumprir o contrato é agir ilícitamente contra a lei.

Da ilicitude, com verificação de prejuízo para outrem, nasce a relação jurídica chamada RESPONSABILIDADE, que no nosso estudo será Responsabilidade Civil, Criminal ou Ética do Anestesiologista, que tem por dever responder pelo ato ilícito praticado, suportando a sanção que a lei estabelecer, conforme o caso.

A responsabilidade, segundo a regra do nosso sistema jurídico, é chamada de responsabilidade subjetiva, pois decorre de ação culposa, em sentido amplo: do sujeito ou agente que causou o dano. Não havendo culpa, mesmo ocorrendo o dano não haverá responsabilidade, já que sem culpa não se configura a ilicitude.

Se o muro de um vizinho, em virtude de um terremoto, ruir sobre a propriedade do outro, causando prejuízo, como não houve culpa pela absoluta impossibilidade de prever ou impedir a ocorrência sísmica, nenhuma responsabilidade lhe será atribuída.

São, assim, requisitos da responsabilidade subjetiva: a ocorrência de dano ou prejuízo, e a culpa daquele que o motivou.

No caso dos contratos, a culpa também pode ser de um preposto utilizado pelo contratante para realizar o serviço contratado. Assim, se por culpa de um enfermeiro do hospital ocorrer dano a um paciente, o hospital deverá responder pelo dano. É o que a doutrina chama de responsabilidade por fato de terceiro, que se justifica pela culpa do hospital em escolher mal o enfermeiro (culpa "in eligendo") ou de não fiscalizar sua atuação (culpa "in vigilando").

O Código Civil Brasileiro dedica à responsabilidade civil vários artigos. Destes, em dois deles traçou seus requisitos essenciais. São os artigos 159 e 1.056, o primeiro genérico e abrangente e o segundo mais específico para os contratos:

Art. 159 - "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a repará-lo."

Art. 1.056 - "Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos."

Entenda-se aqui por devedor o contratante que se obriga a dar, fazer ou não fazer algo.

O Direito pátrio ainda reconhece um outro tipo de responsabilidade, a chamada objetiva ou sem culpa, que é excepcional, vale dizer, só se aplica na expressa previsão da lei. Seu interesse no nosso estudo e de mera curiosidade.

O exemplo mais elucidativo deste tipo de responsabilidade é o que surge por acidente de trabalho, em que, mesmo sem culpa, incumbe ao empregador o pagamento da indenização.

A responsabilidade objetiva é conquista moderna do Direito e fundamenta-se na teoria do risco, segundo a qual aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros, deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa.

Duas palavras sobre como se tornam efetivas as responsabilidades, ou seja, como se as podem cobrar.

O Direito, salvo pouquíssimas exceções, não admite a justiça pelas próprias mãos.

O Estado moderno tem o monopólio, praticamente exclusivo, da aplicação da Justiça, criando órgãos aos quais se deve dirigir todo aquele a quem a lei confira, diante da prática de uma ilicitude e da ocorrência de um dano, por ato de outrem, o direito de pedir ao Estado a aplicação da sanção prevista na lei. Os órgãos destinados a receber tais pedidos são, principalmente, os do Poder Judiciário, Juizes e Tribunais, mas podem ser, também, órgãos da Administração, Poder Executivo, como os Conselhos Profissionais, entre outros.

A maneira de atuar desses órgãos encontra-se, também, prevista em lei. Eles procedem segundo regras que assegurem, por garantir ampla defesa à parte acusada, a efetiva aplicação da Justiça. Este procedimento, seqüência encadeada de atos procedimentais que vão do recebimento do pedido até a decisão, incluindo a produção de provas, chama-se PROCESSO.

A rigor, o termo processo deve restringir-se à atuação do Poder Judiciário. Perante este, o direito de pedir recebe o nome de DIREITO DE AÇÃO. Por extensão, entretanto, fala-se nos Conselhos de Medicina em processo ético-disciplinar, existindo mesmo um código que regula a atividade deste tribunal administrativo no julgamento das infrações éticas.

Responsabilidade civil do anestesista

A anestesia é especialidade médica e, entre nós, privativa dos médicos. Daí que trataremos mais detalhadamente dos aspectos gerais da responsabilidade civil do médico, para ao final destacarmos alguns aspectos peculiares da anestesia.

A prestação da assistência médica e de natureza jurídica contratual. Assim o reconhece o Direito de varios países, como os Estados Unidos, a França e o Brasil.

Como partes deste contrato temos o médico ou uma entidade (hospital, previdência social, entidades privadas de assistência médica etc.), e o paciente. Quando o paciente for civilmente incapaz (menor, doente ou retardado mental) ele figura através de seus representantes legais (pais, tutor, curador ou de quem lhe tenha a guarda). O objeto do contrato é a assistência médica, tratamento clínico ou cirúrgico, procedimentos instrumentais como a Anestesia, ou de diagnóstico, como o Laboratório, a Radiologia etc.

Como contrato, salvo iminente risco de vida, o ato médico deve ser consentido. Esse consentimento, como vêm entendendo a doutrina e a jurisprudência, tem que ser esclarecido, o que significa que para sua validade o cliente tem que ser advertido dos riscos e resultados possíveis do tratamento.

Da exposição feita devemos ressaltar três aspectos:

O primeiro diz respeito ao responsável por eventual dano. Pela teoria da responsabilidade por ato de terceiro, poderá ser responsável civilmente a entidade contratante do serviço médico pelo dano resultante de culpa do médico seu preposto. No caso do vínculo direto entre o médico e o cliente, o responsável será o próprio médico.

O segundo aspecto diz respeito ao tipo de obrigação que incumbe ao médico. A doutrina e a jurisprudência a consideram, em regra, como obrigação de meio. Isto significa que o médico deverá desenvolver toda a atividade possível para curar ou atenuar os efeitos da doença ou, ainda, mitigar o sofrimento produzido por ela. Não está obrigado, entretanto, a conseguir esse resultado.

Sendo a vida e a saúde bens perimíveis, pela sua própria natureza, não seria possível obrigar-se o médico a contrariar a fatalidade.

Não importa isso, entretanto, em que o médico não possa vir a ser responsabilizado por um mau sucesso do tratamento, para o efeito de indenizar o cliente. Se esse mau resultado ocorreu a despeito de todo o cuidado com que o tratamento foi conduzido, nenhuma responsabilidade pode ser argüida. Se, porém, provar-se que o mau resultado decorreu de falha de aptidão ou de habilidade do médico (imperícia), ou de seu comportamento afoito ou ousado (imprudência), ou de sua falta de cuidado ou de diligência (negligência), sem dúvida configurada estará sua culpa e, em decorrência, a responsabilidade de indenizar.

A doutrina e a jurisprudência têm, entretanto, considerado como obrigação de resultado aquela que surge do tratamento cirúrgico estético. Por não se tratar de doença, os tribunais, especialmente os da França e dos Estados Unidos, têm entendido que o médico deve ter a prudência necessária de apenas intervir quando possa efetivamente, pelo conhecimento de sua arte, garantir um resultado favorável.

O terceiro aspecto diz respeito à obtenção de um consentimento esclarecido do cliente. Se o médico não advertir o paciente dos riscos possíveis e também dos resultados incertos do tratamento, estará viciando o consentimento de seu cliente e, se algum desastre ocorrer, poderá ser responsabilizado para os efeitos de indenização, ainda que não se prove sua culpa.

Este entendimento, já antigo em outros países, começa a firmar-se entre nós, pela consideração de que o cliente é o juiz de seu próprio interesse e, para decidir se resigna a permanecer em seu estado atual ou se prefere enfrentar os riscos de um tratamento mais ou menos perigoso, deve ser esclarecido pelo profissional que o atende.

Embora só recentemente em nosso meio se venha cogitando do consentimento esclarecido, é inegável sua aplicação por estar prevista na nossa legislação.

Assim estabelecem os artigos 56 e 59 do Código de Ética Médica, que tem força de lei:

Art. 56 (É vedado ao médico): "Desrespeitar o di-

reito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida."

Art. 59 (É vedado ao médico): "Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu representante legal."

Mas também as legislações civil e criminal impõem a obtenção do consentimento esclarecido.

O artigo 94 do Código Civil Brasileiro estabelece:

Art. 94- "Nos atos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes, a respeito de fato ou qualidade que a outra haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela não se teria celebrado o contrato."

Por sua vez, o Código Penal Brasileiro, ao tratar do crime de constrangimento ilegal (impedir que alguém faça o que a lei permite ou constranger alguém a fazer algo que a lei não manda), artigo 146, diz no seu parágrafo 3º:

.....
"Não se compreendem, na disposição deste artigo:

I - Intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;"

Logo, por interpretação *contrario sensu*, fora a hipótese de iminente perigo de vida, a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal será considerada como crime de constrangimento ilegal.

Combinando-se as disposições do Art. 94 do Código Civil com as do Art. 146 do Código Penal chega-se ao conceito de consentimento esclarecido, pois o último exige o consentimento e o primeiro obriga o médico a não silenciar sobre circunstâncias - risco, resultado etc., do tratamento - que, por ser matéria técnica, o paciente ignora.

O Código Civil, finalmente, sanciona, em espécie, a responsabilidade do médico no seu artigo 1.545:

"Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento."

A anestesia é essencialmente uma atividade médica instrumental. Não sendo em si tratamento, é instrumento ou meio que torna possível o tratamento cirúrgico. Nem por isso menor será a responsabilidade do médico anestesista, que realiza ato médico autônomo, técnica e juridicamente.

Inúmeras vezes o maior risco está na anestesia, diante de operação banal em paciente cujas condições de saúde o tornam mais suscetível à agressão anestésica.

Por outro lado, a especialidade é, seguramente, a que menos tolera enganos ou descuidos. Como já se afirmou, o que o clínico vê desenvolver-se, em termos de falência respiratória (e diríamos também em falência cardiorrespiratória), em horas, o anestesista presencia em minutos, até mesmo em segundos.

Uma obstrução respiratória ou uma súbita falência do miocárdio são episódios sempre dramáticos para todos nós que praticamos a anestesia, mas, pela possibilidade de sua ocorrência, devem contar com a sua previsibilidade pelo médico anestesista.

O anestesista não tem a obrigação de prevenir o paciente dos riscos cirúrgicos. Salvo naqueles casos de intervenção ilícita (aborto criminoso, por exemplo), sua responsabilidade não se solidariza com a do cirurgião. Tem, entretanto, o dever de advertir o paciente dos riscos da anestesia, dever este que é tanto maior quanto menor for a imperiosidade da intervenção cirúrgica a que se vai proceder e quanto maior o risco anestésico. Mesmo em caso de iminente perigo de vida, quando a intervenção se impõe como a única possibilidade de salvar a vida do paciente, o consentimento só deixa de ser necessário se o paciente estiver impossibilitado de decidir e as circunstâncias de tempo e de lugar não permitirem o seu suprimento por outrem.

Em suma, no nosso sistema jurídico, para que haja responsabilidade, é necessário, além do nexo causal (relação entre a anestesia e o dano), que seja provada a culpa do anestesista e esta, entre nós, não se presume, incumbindo sua prova a quem alega. Culpa é o elemento psicológico do ilícito, ou seja, a vontade que dirigiu a atuação do agente na produção do dano, motivação esta que recebe o juízo de reprovabilidade social, através dos critérios da lei. A culpa se divide em dolo, que é a intenção de produzir o dano, e culpa em sentido estrito, que é a falta de cuidado que se impõe no trato com o semelhante, a qual se apresenta por uma das três modalidades que a caracterizam: imprudência, imperícia ou negligência.

Pois bem, ao contrário do que ocorre no Direito norte-americano, onde a culpa, em certos casos, pode ser presumida (é a doutrina da *res ipsa loquitur*, ou em vernáculo, "o fato fala por si próprio"), invertendo o ônus da prova, que passa a ser do médico, que terá que provar a inexistência da culpa. No nosso Direito, o ônus da prova é do paciente ou da sua família e, em

Direito Penal, do órgão acusador, geralmente o Ministério Público.

Assim, se um anestesista atende a um caso de imperiosa intervenção cirúrgica (prenhez ectópica rota, paciente em choque, por exemplo), é óbvio que é previsível o agravamento da condição de saúde do paciente pela quebra, provocada pelos agentes anestésicos, do equilíbrio homeostático já precário em que ele se encontra, mas, decorrendo disso lesão grave ou morte, não se pode falar em culpa, posto que a anestesia se impunha como um dever de cuidado diante da necessidade do tratamento cirúrgico, salvo se se provar que, ao atuar, ele foi imperito, imprudente ou negligente.

Agora, uma palavra sobre prescrição da ação de responsabilidade civil. Prescrição, como se sabe, é um instituto de Direito pelo qual se extingue o direito de pedir a tutela do Poder Judiciário em favor de uma pretensão contra alguém. Assim, prescreve em um ano o direito do médico de mover uma ação para cobrar seus honorários. Não exercido o direito de cobrar judicialmente seus honorários neste prazo, não mais poderá o médico fazê-lo. Para a ação de responsabilidade civil contra o médico, entretanto, a prescrição **só** ocorre em 20 anos, consoante o que dispõe o Código Civil (artigos 177, 178 e seus parágrafos).

Responsabilidade penal do anestesista

Vimos, no caso da responsabilidade civil, que a ação (ou omissão) da qual surge a obrigação de indenizar devera ser contrária ao Direito e culposa.

Em Direito Penal o ilícito ainda exige mais um requisito, qual seja, que o ato seja típico, vale dizer que esteja descrito explicitamente (tipificado) na lei penal (o Código Penal cataloga a maior parte dos crimes comuns; a lei das Contravenções Penais, outro tipo de ilícito penal, a contravenção. Existe, ainda, na legislação esparsa ou extravagante, como também é chamada, a previsão de ilícitos penais dos dois tipos existentes no nosso Direito - crime e contravenção).

Dai definir-se crime como o fato típico, antijurídico e culpável.

Se uma pessoa não paga o médico estará cometendo um ilícito civil, mas não um penal. Não existe o crime de "calote" por não se encontrar essa figura na lei penal. Mas se a mesma pessoa paga ao médico com um cheque sem fundos pode configurar-se o crime de estelionato por haver expressa menção a esse ato no Código Penal: "emitir cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado..." (Art. 171, inciso VI)

O Código Penal define, em seu artigo 18, dois tipos de crime:

“Diz-se o crime:

I - doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”

No primeiro tipo - crime doloso - a vontade se dirige a produzir o resultado danoso (é o chamado dolo direto) ou, pelo menos, não se importa com que ele ocorra (é o chamado dolo eventual).

No segundo tipo - crime culposo - a vontade dirige o agente na direção de um ato lícito, como, por exemplo, realizar uma anestesia. Porém, a despeito da intenção lícita, o agente falta com o cuidado que se impõe e disso decorre o resultado que constitui o crime. Um exemplo seria o caso do anestesista que, por desatenção, troca o oxigênio por outro gás, irrespirável, decorrendo, dessa troca, a morte ou a lesão corporal do paciente.

O médico pode, no exercício de sua profissão, cometer crimes dolosos. No entanto, o crime que surge no desenrolar normal das relações médico-paciente é o culposo, razão pela qual apenas citaremos os mais importantes crimes dolosos, para nos estendermos um pouco mais nos culposos.

São os seguintes os crimes dolosos cujo cometimento é possível no exercício da profissão de médico:

1- Aborto (Código Penal, artigos 125 e 126) - ressalvadas as hipóteses que excluem o crime, previstas no artigo 128 do Código Penal (aborto como único meio de salvar a vida da gestante e o praticado se a gravidez resulta de estupro e com o consentimento da gestante ou de seu representante legal).

O anestesista que, sabendo tratar-se de um aborto criminoso, colabora com o obstetra, está incurso nas mesmas penas, pelo disposto no artigo 29 do Código Penal, que trata do concurso de pessoas (“Quem de qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas na medida de sua culpabilidade).

2 - Omissão de socorro - (Código Penal, artigo 135)- é importante que se diga que para a imputação deste crime é necessário que exista grave e IMINENTE perigo de vida. Não havendo iminente perigo de vida, por mais necessária que, seja a intervenção, a negativa do anestesista em atender o paciente não constituirá omissão de socorro, pois a lei utiliza, na tipificação do crime, essas palavras, “grave e iminente perigo de vida”, e em Direito Penal não se admite interpretação extensiva, nem analógica, contra o acusado,

3 - Constrangimento ilegal - (Código Penal, artigo 146), que seria o caso do tratamento ou operação forçada contra o consentimento do paciente.

4- Violação do segredo profissional (Código Penal, artigo 154) - Diz o dispositivo: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tenha ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.”

Este artigo deve ser considerado conjuntamente com outros dispositivos penais, tais como:

a) Artigo 66, inciso II da Lei das Contravenções Penais: “Deixar de comunicar a autoridade competente:

I -

II- crime de ação pública de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimentos criminal.”

b) Artigo 207 do Código de Processo Penal: “São proibidas de depor (trata-se de testemunhas) as pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar seu testemunho.”

A questão do segredo profissional é, talvez, das mais intrincadas para resolver, e a dificuldade toda reside na inteligência do que seja “justa causa”, que exclui, como se lê, o crime do artigo 154 do Código Penal. Os tribunais têm dado interpretações nem sempre coincidentes, mas a que tem prevalecido, inclusive pela manifestação do Supremo Tribunal Federal, é aquela que interpreta como “justa causa” a causa legal, ou seja, aquela que a lei estabelece. As outras, que interpretam como “justa causa” a necessidade da autoridade policial ou da autoridade judicial de conhecer o segredo para aplicar a justiça, contam com menos adeptos.

Assim, nos termos do artigo 66 da Lei das Contravenções, se um médico, eventualmente o anestesista, atende a uma vítima de agressão com lesão corporal, o segredo do paciente (que pode querer preservá-lo) poderá ser quebrado, pois a lei, ao obrigar o médico a comunicar a autoridade o crime, estabelece uma justa causa.

Se, entretanto, tratar-se de uma gestante que provocou em si mesma um aborto, ou permitiu que outrem o tenha provocado (crime previsto no artigo 124 do Código Penal, que tem como criminosa a própria gestante), o médico não pode, de forma alguma, revelar o segredo, pois a lei não só não o obriga, como o proíbe, ao dizer ao fim do citado dispositivo legal (ar-

tigo 66 da Lei das Contravenções) que a comunicação não deve ser feita se vier a expor o cliente a procedimento criminal. Falta justa causa, portanto, e a revelação pode produzir dano a outrem (submetendo a paciente às penas do artigo 124 do Código Penal).

O assunto é por demais vasto para que se possa esgotá-lo num trabalho como este, mas procurou-se dar uma idéia do mesmo.

5- Crime de omissão de notificação de doença (Código Penal, artigo 269) - Trata-se de doenças de notificação compulsória. Curiosamente, é outro caso de justa causa para revelação de segredo profissional.

6- Crime de charlatanismo (Código Penal, artigo 283) - Trata-se de propalar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível.

Mas é entre os crimes culposos que poderá ocorrer com maior freqüência a responsabilidade criminal do médico e em particular do anestesista. Tais crimes se restringem ao homicídio culposo e às lesões corporais culposas, respectivamente tipificados nos parágrafos 3º e 4º do artigo 121 e parágrafos 6º e 7º do artigo 129, ambos do Código Penal.

O artigo 121 do Código Penal tem a seguinte redação:

“Matar alguém:

Pena . . .

3º- Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção de um a três anos.

4º- No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta da inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício....”.

O artigo 129 reza:

“Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena ...

6º- Se a lesão é culposa:

Pena - detenção de dois meses a um ano.

7º- No caso de lesão culposa, aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do artigo 121 4º (inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício ...).”.

Os dois artigos começam com a hipótese de crimes dolosos, ou seja, aqueles em que o criminoso teve sua vontade dirigindo seus atos para o resultado do crime: matar alguém ou ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.

Figuram nos parágrafos citados as hipóteses de crime culposo aquele em que a intenção do criminoso foi a de obter o resultado que constitui o crime. Sua ação foi orientada por uma vontade dirigida para um ato lícito - anestesia o paciente - porém, por falta de cuidado, imperícia, imprudência ou negligência o re-

sultado ocorreu. É a chamada culpa em sentido estrito, que tem como fundamentos a falta de previsão de ocorrência previsível se não forem tomadas as precauções necessárias. Assim como um motorista descuidado, ao atravessar um cruzamento sinalizado sem obedecer a ordem de parar, não tem a intenção de matar alguém, mas eventualmente mata, o anestesista descuidado, ao ministrar sua anestesia sem as cautelas devidas, também não tem intenção de matar seu paciente, ou provocar ofensa à sua integridade corporal, ou à sua saúde. Porém, se tais eventos vierem a ocorrer, terá ele cometido crime culposo, de homicídio ou de lesões corporais. Tais crimes têm sua pena agravada de um terço se decorrerem da inobservância das regras técnicas de sua profissão.

A propósito, é importante que se assinala que essa inobservância de regra técnica, no nosso Direito Penal, constitui circunstância de aumento da pena, mas, de forma alguma, presunção de culpa. No Código Penal anterior (1.890) presumia-se a culpa diante da inobservância de alguma disposição regulamentar. No atual Código (1.940), a culpa tem que ser provada, e só depois é que se considerará, para aumento da pena, a inobservância das regras técnicas da profissão.

Esse entendimento que figura na exposição de motivos do então Ministro da Justiça, o Dr. Francisco de Campos, ao encaminhar o projeto de lei que se transformou no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1.940, o atual Código Penal recebeu o apoio da doutrina e da jurisprudência.

Para melhor compreensão desta matéria, que não é de fácil entendimento, figuremos uma situação hipotética: *anestesia geral em paciente que se alimentou lautamente momentos antes.*

É regra técnica cediça que tal paciente não pode ser submetido a anestesia geral, pelo previsível risco de aspiração do conteúdo gástrico.

Se, entretanto, a anestesia se impunha, pela emergência do tratamento cirúrgico o desrespeito à regra técnica não importará em culpa. No caso figurado, tendo ocorrido obstrução respiratória e morte, para responsabilizar o anestesista será necessário provar que ele não tinha habilitação técnica para enfrentar uma situação como a figurada, ou provar que ele agiu ousadamente, tendo escolhido a anestesia geral quando poderia optar por uma anestesia local, ou, ainda, que não diligenciou para evitar a ocorrência, tendo desprezado o prévio esvaziamento do estômago por sonda gástrica, ou a garantia da via aérea por intubação traqueal no paciente ainda consciente e com reflexos íntegros mediante anestesia tópica da laringe etc.

Logo, se apesar de todos os cuidados, ou na impossibilidade da realização de alguns deles, vier a ocorrer na hipótese prefigurada a morte do paciente, ou grave lesão do seu sistema nervoso 'central, não será pela inobservância da regra que manda não aplicar anestesia geral em paciente com estômago cheio que se presumirá a culpa do anestesista.

Isto decorre da teoria do crime culposos que envolve dois momentos distintos. O primeiro é o da ação em si, que é o critério objetivo do tipo culposos. No exemplo apontado, a anestesia geral em paciente com conteúdo gástrico alimentar será falta de cuidado inescusável se a operação não for de emergência. Mas em se tratando de uma emergência que exija anestesia geral, está afastado o critério objetivo da culpa, porque na apreciação desse critério se tem por base o comportamento, não do agente em si, mas de um anestesista ideal, vale dizer, o que um cuidadoso profissional faria na mesma situação.

O segundo momento é o do procedimentos particular do agente no caso. É o critério subjetivo que se aferirá segundo as provas produzidas. Aqui é que se estabelecerá se o anestesista particularmente considerado agiu descuidadamente ou não, com ou sem culpa, portanto.

Outro esclarecimento importante sobre a inobservância de regra técnica de profissão, que como vimos é causa de aumento da pena: esta não se confunde com a imperícia. A culpa por imperícia dá causa à aplicação da pena básica. O que aumenta a pena é o descuido das regras técnicas que se conhecem perfeitamente mas se desprezam.

É importante recordar que em matéria penal o responsável é sempre o médico.

Em termos de responsabilidade civil, dada a natureza contratual da prestação de serviços médicos, o responsável pela indenização poderá ser a empresa ou hospital do qual o Médico é preposto. Em termos penais, o responsável será o próprio médico, ainda que trabalhando para uma empresa ou hospital, mesmo porque somente pessoas físicas podem ser agentes' (sujeitos ativos) do crime.

Vale lembrar, ainda; que, em processo penal, nos crimes materiais, estes deixam vestígio, e a 'prova pericial é indispensável. Essa perícia pode ser direta sobre o corpo da vítima (homicídio culposos), ou sobre a vítima (lesão corporal culposa) ou indireta, nos prontuários e fichas médicas do paciente. O Código de Processo' Penal prescreve nulidade insanável ao processo que, na hipótese de que se trata; não contenha prova pericial.

Por fim, uma palavra sobre prescrição da ação penal. Como vimos, o direito de propor uma ação de responsabilidade civil contra o médico prescreve em 20 anos. No Direito Penal também existe o instituto da prescrição. Vale dizer, se o órgão acusador, geralmente o Ministério Público, não apresenta a denúncia dentro de um certo lapso de tempo, estará extinta a pretensão punitiva do Estado, extinguindo-se a punibilidade do agente criminoso. O Código Penal, nos seus artigos 109 e seguintes, estabelece as regras e os prazos relativos à prescrição da ação penal. que no caso do homicídio culposos ocorrerá no máximo em 8 anos e no caso de lesão corporal culposa, no máximo em 4 anos.

Responsabilidade ética do anestesista

A moral ou ética também disciplina o relacionamento humano.

De um modo geral, as regras morais ou éticas carecem de força impositiva, por falta de sanção, restringindo-se seus efeitos a mera reprovação que recebe o infrator, do meio social em que vive.

Quando, entretanto, o acatamento das regras éticas passa a ser exigido pelo Estado, com a imposição de uma sanção aos seus infratores, a disciplina do comportamento humano por elas estabelecida assume caráter jurídico, aproximando-as das leis.

É o que ocorre com os códigos de ética profissional e, entre eles, o código de ética médica.

Assim, antes da Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957, lei que criou os Conselhos de Medicina, definidos no artigo 2º como "órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores de classe médica...", já existia o Código de ética Médica da Associação Médica Brasileira, que foi, inclusive, adotado pelo Conselho Federal de Medicina enquanto se elaborava um código próprio; mas a obediência aos preceitos éticos só passou a ser garantida pelas sanções legais após a promulgação daquela lei.

Atualmente, não se pode negar a natureza de lei do Código de Ética Médica, embora formalmente não seja Uma lei. por não ter sido elaborado pelo poder competente (legislativo), pois' sua aplicação é obrigatória por uma lei e o não acatamento às suas prescrições vem sancionado por penas estabelecidas em lei. .

Assim estabelece a Lei 3.268/57:

"Art. 5º - São atribuições do Conselho Federal:

.....

d) Votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais;

.....

“Art. 15- São atribuições dos Conselhos Regionais de Medicina:

.....

d) Conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem;

.....

Art. 22 - As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos regionais a seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional *ad referendum* do Conselho Federal.”

As infrações éticas são apuradas e punidas pelo Conselho Regional de Medicina onde estiver inscrito o anestesista. Essa apuração se faz sob o comando do Código de Processo Ético-Profissional para os Conselhos de Medicina promulgado pelo Conselho Federal.

O Código de Ética Médica em vigor (Resolução CFM nº 1.246/88, de 8 de janeiro de 1988), nos seus vários capítulos, trata de princípios éticos gerais - o aprimoramento técnico-científico do médico, o respeito à vida, a condenação do uso da medicina para fins de extermínio ou de tortura, a liberdade profissional do médico e sua autonomia etc. - e de aspectos particulares do exercício da profissão, como os direitos dos médicos, a responsabilidade profissional, a relação com Os pacientes e seus familiares, as relações entre os médicos etc.

O processo ético-disciplinar que apura a responsabilidade ética do médico está protegido por um sigilo relativo. Ao contrário do que ocorre com o processo

civil e com o processo penal, que são públicos, ao processo ético-disciplinar só têm acesso as partes e seus procuradores legalmente constituídos.

Entretanto, os Juízes, tanto no cível quanto no criminal, podem requisitar cópias dos autos do processo ético-disciplinar para entranhá-las nos autos do processo civil ou criminal, e a prova produzida no processo ético-disciplinar pode, a despeito de decisões em contrário, fundamental uma condenação civil ou criminal,

Daí que os médicos, e, no caso, os anestesistas processados perante os Conselhos de Medicina, devem cuidar desse processo com a mesma cautela que teriam nos processos judiciais, civil e criminal.

E isso porque o artigo 21 da Lei 3.268/57, após estabelecer que o poder de disciplinar e de aplicar penalidades aos médicos compete exclusivamente ao Conselho Regional, diz no seu parágrafo único:

“A jurisdição disciplinar estabelecida neste artigo não derroga a jurisdição comum quando o fato constitui crime punido em lei.”

Por outro lado, o médico condenado pelo Tribunal de Ética pode recorrer à Justiça comum nos termos do parágrafo 5º do artigo 22 da Lei 3.268/57:

“Além do recurso previsto no parágrafo anterior” (trata-se do recurso do condenado pelo Conselho Regional ao Conselho Federal) “não caberá outro de natureza administrativa, salvo aos interessados e na via judiciária para as ações que forem devidas.”

A Justiça comum, todavia, não tem competência para a questão de mérito, equivale dizer, para a apreciação do julgamento da infração ética proposta. Ao criar a lei os Conselhos de Medicina como órgãos “juizadores e disciplinadores da classe médica” (art. 2º da Lei 3.268/57) tirou do Judiciário a competência para apreciar questões disciplinares.

Resta, entretanto, ao Judiciário, a competência para apreciar a obediência ao devido processo legal no processamento ético-disciplinar, ou seja, se a decisão condenatória ou absolutória decorreu de um “processo” que tenha atendido a tramitação “legal”, oferecendo ampla oportunidade de defesa, obediência a formas e prazos de “lei”.

REFERÊNCIAS

- Curso de Direito Civil - Washington de Barros Monteiro -14ª edição, 1978, Editora Saraiva.
 Direito Civil - Silvio Rodrigues - 13ª edição, 1983, Editora Saraiva.
 Da Responsabilidade Civil - José de Aguiar Dias - 7ª edição, Forense,
 Direito Penal - Damásio E. de Jesus -7ª edição, 1982; Edição Saraiva.
 Lições de Direito Penal - Heleno Cláudio Fragoso -6ª edição, 1981; Forense.
 Direito Administrativo Brasileiro- Hely Lopes Meirelles -7ª edição, 1979; Editors Revista dos Tribunais.