

RESPONSABILIDADES CIVIL E PENAL DO ANESTESIOLOGISTA(*)

DR. HERMES RODRIGUES DE ALCANTARA (**)

AP 2301

O conceito de responsabilidade civil e penal do anestesista evoluiu através dos tempos, quando até bem pouco a anestesia era relegada ao médico pouco experimentado ou mesmo a uma pessoa não médica, para os dias atuais em que se exige do anesthesiologista médico, perícia, prudência e um relacionamento adequado com o paciente. A responsabilidade deixou de ser a do cirurgião. Examinando-se a evolução dos conceitos em diversos países vê-se por outro lado, os excessos de legalismo encarecendo a medicina nos EE.UU, e a relativa segurança da médico na França e no Brasil.

A ESPECIALIDADE

“Lembro-me dos tempos de estudante, conta o Professor Flaminio Fávero, à reportagem de “O Médico Moderno”. (1) A Anestesiologia era relegada a plano inferior. Qualquer médico era recrutado para anestésiar o paciente e o escolhido acedia relutando, pois a êle mais interessava o ato operatório, sobretudo se o caso fôsse de relevância, técnica ou científica. Na falta de um médico, anesthesiologista à força, servia um estudante, ainda dos primeiros anos ou, em certas localidades, um farmacêutico, um enfermeiro e até um leigo”. E prossegue o eminente mestre: “A função a desempenhar era de menor importância: apenas dar a cheirar o clorofórmio ao operado para que, de qualquer maneira, dormisse. O próprio cirurgião ia guiando o improvisado anestesista, mandando dar mais ou menos anestésico, acompanhando à distância

(*) Palestra proferida no 1.º Hospital Distrital de Brasília (HDB) para o corpo clínico e residentes de Anestesiologia.

(**) Professor Colaborador responsável pela Medicina Legal nos Cursos de Medicina e Direito da Universidade de Brasília; Professor Titular de Medicina Legal da UDF; Diretor Substituto do Instituto Médico Legal; Professor Substituto de Medicina Legal da Academia Nacional de Polícia; Doutor em Direito; Médico Legista do IML-DF; Anesthesiologista do 1.º HDB.

as suas peripécias, às vêzes tumultuadas por surpresas técnicas, até o remate da dupla batalha que o doente era obrigado a enfrentar: com o clorofórmio e com o ato cirúrgico. Cessada esta, cessava aquela com estrondosa vitória do paciente, sobretudo em sua luta contra o inexperiente anestesologista, que também se esfalfava para pô-lo imóvel, custasse o que fôsse”

Não muito remotamente como o Professor Flamínio Fávero, eu, nos idos de 1950, ainda no 3.º ano de medicina, quando freqüentava um Serviço de Cirurgia da Faculdade Nacional de Medicina (Rio) para me filiar a uma equipe cirúrgica, já que desejava tornar-me cirurgião, fui obrigado a passar pelo purgatório, fazendo muitos símúlacros de anestesia. Como Auxiliar-Médico, concursado da Assistência Médica do então Distrito Federal, já no 6.º ano de medicina e integrante da equipe de cirurgia, era obrigado a fazer anestesia numa semana para na outra operar.

Em dezembro de 1970 ouvi de um Residente que, no final do seu período no 1.º HDF, buscava lugar para exercer a sua especialidade como Cirurgião Geral, o relato das suas proezas, tendo como cenário uma boa cidade do interior goiano, bem próximo de Brasília, e como personagens a “caboclada”, as irmãs e um farmacêutico conceituado e de fato feliz, sob todos os aspectos, anestesista em uma vasta região.

A Medicina e tôdas as suas especialidades atravessaram e atravessam os seus encantadores e também abrolhosos caminhos. Não somente a Anestesiologia é uma especialidade exercida por leigos, irmãs, farmacêuticos, mas tôdas. O mais famoso, o dono da maior clínica oftalmológica, médica, cirúrgica, neurológica, psiquiátrica, dêste país acaba de falecer, consternando tôda a nação — Zé Arigó!

“Costuma-se dizer que a especialização na medicina surgiu como imperativo do progresso e da tecnologia, em função do bem-estar coletivo, em que pese sabermos que, em 1474, Benevenutus Crassus, de Jerusalém, escrevia o tratado “De Oculis”, no qual se encontrava uma variedade de descrições sobre diversas doenças oculares. Talvez fôsse êle um dos mais antigos “especialistas” na prática da oftalmologia, considerada hoje, no dizer de Logan Clandening, “a rainha das especialidades”. (2)

É incontável, hodiernamente, o número de especialidades médicas que existem na prática, muito embora nenhuma seja referida expressamente por qualquer dispositivo legal. Eis que o Decreto n.º 4113 de 14-11-42 (D.O. — 18-11-42) reza no Artigo 1º:

“É proibido aos médicos anunciar:

III — exercício de mais de duas especialidades. . .

V — especialidade ainda não admitida pelo ensino médico, ou que não tenha tido a sanção das sociedades médicas.

Por outro lado o Código de Ética Médica, em vigor desde 11-1-1965 (D.O. de 11-1-1965), no seu Art. 50.º estabelece: “O médico, tanto quanto possível, deve abster-se de praticar anestesia geral sem a presença do *médico anestesista*”; e assim reconhece privilegiadamente a anestesiologia como uma especialidade médica, sem fazer referência em letra a qualquer outra.

O ANESTESIOLOGISTA E A DEONTOLOGIA

O Anestesiologista, como médico que é, está sujeito, no que concerne à responsabilidade profissional, ao que dispõem os Artigos 45 a 64 do supra citado Código de Ética:

— respondendo civil e penalmente por atos profissionais danosos ao cliente, a que tenha dado causa por imperícia, imprudência, negligência ou infrações éticas;

— assumindo sempre a responsabilidade dos próprios atos, constituindo prática desonesta atribuir indevidamente seus malogros a terceiros ou a circunstâncias ocasionais;

— não sendo obrigado, por lei, a atender ao doente que procure seus cuidados profissionais; porém cumprindo-lhe fazê-lo em casos de urgência ou quando não haja na localidade colega ou serviço médico em condições de prestar a assistência necessária;

— sendo competente para a escolha do tratamento para seu doente, devendo orientar-se sempre pelo princípio geral do *primum non nocere*;

— não praticando intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente e, tratando-se de menor ou de incapaz, de seu representante legal.

— não praticando o abortamento, salvo quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resultar de estupro, mas sempre depois do consentimento expresso da gestante ou de seu representante legal;

— não praticando a inseminação artificial;

— praticando a esterilização somente nos casos cuja indicação for referendada por mais dois médicos ouvidos em conferência;

— não ensinando clara ou veladamente, processo ou tratamento destinado a evitar a gravidez;

- não praticando a eutanásia;
- não praticando experiência em *anima nobili*;
- não atestando falsamente sanidade ou enfermidade ou firmando atestado sem ter praticado os atos profissionais que o justifiquem;
- fornecendo o atestado de óbito se vinha prestando assistência médica ao paciente, mas somente o fará depois de certificado pessoalmente da realidade de morte, e sempre utilizando os impressos fornecidos pelas repartições sanitárias competentes, declarando a exata causa mortis, de acôrdo com nomenclatura nosológica internacional da estatística demó-grafo-sanitária;
- não empregando a hipnose ou outros quaisquer processos que possam alterar a personalidade ou a consciência do indivíduo, para fins de investigação policial ou judicial.

São dispositivos que consubstanciam os mais antigos princípios da moral médica, da tradição hipocrática e das legislações ocidentais.

O QUE DIZEM OS CÓDIGOS CIVIL E PENAL

Civil e penalmente o Anestesiologista responde pelos seus atos como qualquer médico, de acôrdo com o que dispõem os seguintes artigos dos códigos:

Civil:

Art. 159 — Aquêlê que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Art. 1525 — A responsabilidade civil é independente da criminal, não se poderá, porém, questionar mais sôbre a existência do fato, ou quem seja o autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

Art. 1545 — Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, par-teiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia em atos prof-issionais resultar inabilitação de serviço, ou ferimento.

Penal: (a vigorar em 1972)

Art. 17 — Diz o crime:

II — Culposo, quando o agente deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê

o resultado que podia prever ou, prevenendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo. (O código ainda em vigor fala em imprudência, negligência ou imperícia).

Art. 121 — Matar alguém: Pena — reclusão de seis a vinte anos.

§ — Se o homicídio é culposo: Pena — detenção, de um a quatro anos.

§ 4.º — A pena pode ser agravada se o homicídio culposo resulta de inobservância de regra técnica, de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima.

Art. 129 — Ofender à integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena — detenção, de três meses a um ano.

§ 3.º — Se os resultados previstos nos §§ 1.º (*perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias*), e 2.º (*enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou força, incapacidade permanente para o trabalho ou deformidade duradoura*), forem causados culposamente, a pena será de detenção, de um a quatro anos; se da lesão resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena será de reclusão, até oito anos.

Art. 133 — Se a lesão é culposa: Pena — detenção, de dois meses a um ano.

§ 1.º — A pena pode ser agravada se o crime resulta de inobservância de regra técnica, de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima.

Art. 136 — Abandonar quem está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena — detenção, de seis meses a três anos.

§ 1.º — Se, em consequência de abandono, resultar à vítima lesão grave: Pena — reclusão, até cinco anos. Se resulta morte reclusão de quatro a doze anos.

Art. 138 — Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; não pedir, nesses casos, desde que possível e oportuno, o socorro da autoridade pública. Pena — detenção, até seis meses, ou pagamento de dez a quarenta dias-multa.

A DOUTRINA

Citados por Aguiar Dias ⁽³⁾ os professôres Oswaldo Ludet e Juan Marquez Miranda, da Sociedade de Psiquiatria e Medicina Legal de La Plata, consideram regras elementares a observar pelo anestesista, em resguardo de sua responsabilidade, as seguintes:

a) jamais deve o risco da anestesia ser maior que o risco da operação. isto é, em operações de menor importância é desaconselhável aplicar anestésias gerais, convindo, sempre que possível, guardar a proporção ou relação direta entre a anestesia e a importância da operação; b) não se deve praticar a anestesia sem o consentimento do paciente; êsse pode ser dado diretamente pelo enfermo ou, em caso de impedimento, pelos que o tiverem a seu cargo; c) nunca se deve anestésiar sem testemunhas; d) o anestesista deve sempre proceder a exame prévio das condições fisiopsíquicas do paciente, inclusive exame de laboratório e das peças dentárias, e) não deve proporcionar anestesia à operação ilícita ou fraudulenta (abôrto criminoso, esterilização, vedada pelos princípios médicos e morais, reconstituição do hímem, alterações de fisionomia para iludir a identificação policial, etc.; f) jamais usar drogas anestésicas ou entorpecentes senão nas condições imperativas e precisas, para aliviar a dor. Deve tomar o cuidado necessário para não despertar ou satisfazer a necessidade patológica da droga, em virtude das primeiras doses, conduzindo o paciente à toxicomania. A violação dessas regras, embora algumas não estejam expressamente consagradas na lei, pressupõe atos positivos de imperícia, negligência, imprudência e até de torpeza. Haverá, contudo, casos em que a urgência da intervenção e o concurso de outras circunstâncias não permitam a observância rigorosa desses princípios. A preocupação de salvar a vida humana a todo custo pode gerar hipóteses como essas, sujeitas ao pendente arbítrio do juiz."

Para Wasmuth ⁽⁴⁾ a responsabilidade do anestesologista está somente nas seguintes fases de sua atividade: 1 — visita preparatória — para estabelecer a relação médico-paciente e planejar a técnica, 2 — Administração do anestésico-obediente à arte e à ciência médica e 3 — Recuperação pós-anestésica — reconduzindo o paciente à sua vida de relação.

A negligência, a imprudência ou a imperícia em qualquer dessas fases caracteriza a responsabilidade, de acôrdo com a lei brasileira.

ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE

Os elementos da responsabilidade do anestesiolegista são:

1.º — *O agente* que deve ser médico anestesiolegista legalmente habilitado. Aquêles que exercessem ilicitamente a medicina e os curandeiros seriam enquadrados nas formas qualificadas do crime (C.P.-315) ou do ilícito.

A responsabilidade será inteiramente do cirurgião quando a anestesia fôr praticada por leigo, e será parcialmente responsável quando embora médico, não seja anestesiolegista.

2.º — *O ato* tem que ser uma anestesia: geral, regional ou local no sentido de proporcionar ao cirurgião as condições mínimas de tranquilidade para a prática da intervenção cirúrgica pròpriamente.

3.º — *A ausência de dolo ou a culpa* que “é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato”.

“Bem examinada, diz Alfredo de Araújo Lemos da Costa, a culpa profissional vem a reduzir-se, enfim, à noção geral de culpa. Em sentido restrito, no direito penal e no direito civil, culpa é a violação de um direito por um fato imputável mas praticado sem intenção de prejudicar”.

Lacto Sensu, em direito civil, a noção de culpa abrange a de dolo. A previsibilidade é o traço característico diferencial entre o dolo e a culpa. Na primeira figura, o resultado danoso foi previsto; na segunda, não o foi, embora fôsse previsível.

4.º — *O dano* é o resultado maléfico da ação do médico. Por negligência, imprudência ou imperícia o profissional provoca uma lesão corporal, uma perturbação da saúde e até a morte do paciente. Os danos morais e econômicos puros estão excluídos da responsabilidade médica, muito embora sejam levados em consideração para a fixação da indenização.

5.º — *A relação causal entre o ato e o dano* — é o nexo de causa e efeito que deve existir entre o ato médico e o dano. Adverte Flamínio Fávero: “não é excepcional que um dano apontado seja a continuação do próprio estado mórbido de conseqüências irreparáveis ou que uma pré-existência mórbida despercebida e imprevisível, torna fatal, por exemplo, na intervenção cirúrgica feita segundo todos os requisitos da ciência e da arte. Então não há nem imperícia, negligência ou imprudência. O dano surgido seria um simples acidente, um fato sucedido, na expressão da velha Lei Penal Brasileira,

não mais em vigor, no § 6.º do Art. 27 “casualmente, no exercício ou prática de qualquer ato lícito, feito com atenção ordinária”.

JURISPRUDÊNCIA E PANORAMA NORTE-AMERICANOS...

Na “Apresentação” do meu livro — Responsabilidade Médica (3) — cito o Dr. Howard P. House que na Arch Otolaring vol. 89:685-689, May 1969 escreveu:

“Aproximadamente sete em cada dez médicos, na Comarca de Los Angeles, já foram envolvidos em questões de responsabilidade profissional. Um em cada dois neuro-cirurgiões tem, no momento, uma ação de responsabilidade pendente. Outras especialidades de alta responsabilidade são: a ortopedia, a cirurgia plástica e a anestesia”.

“Um procurador, continua o Dr. House, altamente respeitado, declarou, recentemente, que jamais contaremos com a cooperação dos juristas em qualquer esforço que objetive diminuir o número de ações autuadas na justiça. Em essência elas são o pão e a manteiga do jurista. Para mim, isto foi um choque e uma real indicação do jurista. Isto é o mesmo que dizer que o médico nunca produziria uma droga que diminuísse doença ou limitasse cirurgias”.

J. Whitney Kelley, presidente da Associação Médica de Nebraska (no State Medical Journal, May 1969) disse: “muitos de nós estamos alarmados pelo crescente número de ações de responsabilidade médica que estão sendo atendidas pela justiça através da nação. Parece uma onda de ações de responsabilidade médica a varrer todos os Estados Unidos a partir da Califórnia”. Atribuiu o vendaval ao oportunismo de jovens advogados que tiram vantagens da política das Seguradoras que, com prejuízo para a reputação médica, preferem cobrar altos prêmios e indenizar com mais facilidade.

“Estima-se que um em cada seis médicos nos Estados Unidos tem sido envolvido nalgumas ou noutra oportunidade, em um processo de responsabilidade” — afirma Bernard D. Hirsh, Conselheiro Geral da Associação Médica Americana (in Anesthesia and Analgesia — Vol. 48,6:897-99-Nov Dec. 1969), que prossegue: “Muitos peritos médico-legistas concluíram que a crescente incidência de reclamações tende, atualmente, a reduzir a qualidade e aumentar o custo da assistência Médica. Eles acreditam que os médicos estão se tornando cautelosos na tomada de medidas heróicas e perigosas, justificadas medicamente tanto no tratamento como na expectativa de altos riscos”.

Concluindo: "Finalmente, acredito que um dos fatores que no passado recente tem contribuído para aumentar o volume de reclamações judiciais contra o anestesiológico é que ele muitas vezes é totalmente estranho para o paciente. Alguns pacientes não tinham a idéia que um anestesiológico participou do seu caso até o momento que receberam a conta".

Letourneau (4) relata que Averbach, famoso advogado norte-americano, disse numa reunião do American College of Legal Medicine em New York: "a melhor maneira de evitar ação por responsabilidade médica é estabelecer e manter uma boa relação médico-paciente".

Devido à falta dessa relação o número de ações judiciais no Estado da Califórnia tem aumentado nos últimos anos de 1.000%.

Entre 1968 e 1969 foram providas ações: de US\$ 1.500,000 para um paciente que ficou paraplégico em consequência de um acidente de anestesia, na Flórida; de US\$ 1.400,000 na Califórnia; de US\$ 1.250,000 em Albuquerque-New Mexico.

Andrew A. Sandor, médico e bacharel em Direito em Alhambra, Califórnia, fez um substancial estudo (5) da evolução das demandas judiciais da responsabilidade médica nos Estados Unidos, desde a influência da *common law* inglesa (em 1790 foi julgado o primeiro caso de responsabilidade médica), passando pelo primeiro caso (Cross V. Guthrey-Connecticut) no seu país em 1794, até 1955, Estado por Estado, especialidade por especialidade dos casos apelados para as Côrtes Estaduais, e concluiu que essas ações têm causado um forte impacto econômico na medicina americana.

Neil L. Chayet (6), do Instituto de Medicina Legal e da Universidade de Boston afirma, "As duas mais prevalentes ações legais instauradas contra médicos são aquelas nas quais os motivos são a negligência e a falta de consentimento". Em outro trabalho (7) Chayet resume um caso, julgado pela Suprema Côrte Judicial de Massachusetts, que modificou a "locality rule": "No curso do delivramento o anestesiológico administrou um anestésico raquiano contendo 8 mg de tetracaina (Pontocaina) em 1 ml de uma solução glicosada a 10%. Quando a paciente tentou sair da cama, 11 horas depois, escorregou e caiu no chão e subseqüentemente até o dia do julgamento, queixou-se de entorpecimento e fraqueza em sua perna esquerda. Testemunho foi dado por oito médicos que afirmaram perante a côrte, "havia ampla evidência que sua condição resultou de uma dosagem excessiva de pontocaina" e que a boa prática médica requeria uma dosagem de 5 mg ou menos. A defesa, entretanto, também apresentou prova

de que a dosagem usual no Hospital New Bedford em tal caso era até maior que 8 mg.

No julgamento, o juiz instruiu o júri a respeito da lei de Massachusetts antes deste caso: "O acusado deve estar à altura do padrão assistencial e técnico profissional ordinariamente demonstrado por outros confrades nesta comunidade, New Bedford, e suas adjacências... se num dado caso, foi determinado pelo júri, que a habilidade e a perícia do médico em New Bedford foi cinquenta por cento inferior àquele que existe em Boston, um acusado em New Bedford seria obrigado a ter o gabarito da média da perícia, da capacidade e da habilidade que é ordinariamente encontrado no meio médico de New Bedford".

"A Suprema Côrte da Justiça, prossegue relatando Chayet, reverteu o veredito da instância inferior ao médico acusado e devolveu o caso para um novo julgamento, estabelecendo que "a vez chegou quando a profissão médica não estaria mais tão heterogênea pela aplicação de diferentes padrões geográficos em casos de responsabilidade médica, e que o clínico geral ou especialista sustentaria o padrão técnico da média geral dos clínicos ou da média dos profissionais que praticam a especialidade "tomando-se em conta o progresso da profissão". A côrte aceitou o fato que os recursos médicos disponíveis para o médico constituem uma circunstância que deve ser tomada em conta para determinar a perícia e o cuidado requeridos, mas está bastante claro que o progresso da profissão como um todo será no futuro o fator determinante".

Para William J. Curran, ⁽¹⁰⁾ da Universidade de Harvard, as demandas contra médicos são baseadas, principalmente, em duas doutrinas forenses favoráveis ao queixoso: consentimento autorizado e *res ipsa loquitur* (a coisa fala por si mesma).

Carl E. Wasmuth ⁽¹¹⁾, médico anestesiologista da Cleveland Clinic Foundation, Médico Legista do Instituto de Medicina Legal, manifesta a sua preocupação quanto às coisas das ações judiciais de responsabilidade médica, dizendo: "Muitos advogados afirmarão que a incidência de demandas por responsabilidade médica tem aumentado nos últimos anos. Muitos médicos afirmarão que durante a última década o progresso científico da medicina tem sido o maior da história. Neste período do nosso maior empreendimento científico não parece incongruente que sejamos acusados mais frequentemente de tratar os nossos pacientes descuidadosa e negligentemente"?

"No sentido legal, prossegue Wasmuth, responsabilidade médica é definida como a quebra do dever do médico para

com o seu paciente. A lei civil estabelece que o dever de assistência do médico é exercer a sua profissão com o grau de diligência e perícia como o fazem qualquer médico prudente e razoável na mesma ou em localidade semelhante”.

Segundo Wasmuth as causas da responsabilidade médica, no campo da anestesiologia, são: a negligência, a imperícia, o rompimento da obrigação de assistência e a violação da confiança.

A *negligência* é a mais freqüentemente evocada pelo querelante com o objetivo de atingir também a reputação do profissional. Caracteriza-se pela imprevidência, pela displicência, pelo descaso, com que o anestesiológista conduz a sua tarefa em qualquer de suas fases.

A *imperícia*, também muito freqüentemente alegada pelo queixoso, caracteriza-se pela falta de preparo técnico e científico, pela ignorância, pela falta de iniciativa com que o anestesiológista realiza a sua tarefa.

O dano, causado por um residente em anestesiologia, pode ter por causa a sua imperícia, mas terá por negligência a causa da responsabilidade do anestesiológista do staff, conforme já decidiu a Suprema Corte de Ohio.

A *obrigação de assistência ou cuidado* pode ser rompida pelo anestesiológista antes, durante e depois do ato anestesiológico propriamente, deixando o paciente sob os cuidados de quem não esteja habilitado ou até mesmo sozinho.

A *violação de confiança caracteriza-se* pela rotura da relação médico-paciente ou pelo descumprimento de dispositivos contratuais explícitos ou implícitos.

O Comitê Para os Problemas Médicos Legais da Associação Médica Americana (12) definiu os seguintes princípios gerais da responsabilidade civil do médico.

“Quando um médico pretende diagnosticar ou tratar um paciente, a lei requer que êle possua a habilidade e o tirocínio comumente possuídos e demonstrados por outros médicos reputáveis na mesma ou semelhante localidade. Se êle se intitula de especialista, deve possuir os padrões técnicos da sua especialidade. Uma vez que tome sob seus cuidados profissionais um paciente, deve continuar prestando a sua assistência tanto tempo quanto necessário, ao menos que seja dispensado pelo paciente ou retire-se do caso após aviso prévio. Deve tentar qualquer diagnóstico ou processo terapêutico no paciente somente com autorização expressa ou implícita. A responsabilidade caracteriza-se pela violação por ato ou omissão, de algumas dessas obrigações legais, que o médico deve ao paciente.

“A existência ou alcance de tais obrigações legais não depende dos serviços profissionais do médico terem sido pagos ou não.

“A medicina não é uma ciência exata e nem todos os pacientes aos quais são dados tratamentos médicos saem-se bem.

“Complicações ou resultados refratários e inesperados não são raros. O mero fato do paciente não ser curado, ou não evoluir favoravelmente, entretanto, não significa, por si só, negligência por parte do médico. Há freqüentemente uma grande margem para diferenças honestas de opinião, e o médico assistente deve exercer seu melhor julgamento decidindo, entre numerosos métodos de tratamento, o que deve adotar. A lei presume, entretanto, que um médico atua com perícia e cuidado ordinários requeridos no tratamento de seu paciente. Então, o médico está justificado se sua conduta no caso fôr endossada e seguida por pelo menos uma respeitável minoria de seus colegas na mesma localidade. Ele pode cometer um erro de diagnóstico ou julgamento; pode usar remédios ou métodos de tratamento diferentes daqueles que alguns de seus colegas médicos teriam usado; pode obter um mau resultado em vez de um satisfatório, sem que nenhum destes fatos sejam suficientes para estabelecer a responsabilidade”.

Sidney Shindell (¹³), médico e bacharel em direito, da Universidade de Pittsburgh comenta:

“Uma sociedade como a nossa, que considera cada pessoa como possuidora de direitos iguais, prevê os meios para assegurar esses direitos. Infrações ou violações por um indivíduo dos direitos pessoais ou patrimoniais de outrem em consequência do que uma ação, por dano, pode ser movida, são chamadas danos ou injúrias (torts)”.

“Para usar um meio mnemônico, ensina Shindell, a injúria consiste de quatro D: Duty (obrigação), Dereliction (negligência), Direct Causation (nexo de causa) e Damage (dano). Nós temos a obrigação de evitar infringir os direitos de outrem. Quando o fazemos, então, negligenciamos (dereliction) como o nosso dever (duty) para com a vítima. Se ocorre o dano (damage) como um resultado direto de tal derelicação, uma ação judiciária pode ser usada para o ressarcimento do prejuízo”.

A responsabilidade médica (malpractice) é uma injúria específica resultante de um erro profissional.

“O médico, nos ensina House (¹⁴), atualmente é acionado nos Estados Unidos, com base na:

- 1 — Negligência (malpractice).
- 2 — Violação de contrato (segurança garantida, sem poder alcançar o resultado final).
- 3 — Agressão, ofensa e lesão corporal (falta de consentimento expresso).
- 4 — Engano (falsa representação).
- 5 — Invasão de sigilo (presença de pessoa desautorizada durante cirurgia ou outros atos).
- 6 — Responsabilidade contra terceiros (prescrição de uma droga sem advertir o paciente do risco que corre ao dirigir veículo automotor).
- 7 — *Res Ipsa Loquitur* (culpa, "a coisa fala por si mesma"). Esta lei foi aplicada pela primeira vez em 1944 na Califórnia numa ação de responsabilidade. O significado real desta doutrina é que dispensou, para o queixoso, o requerimento da diligência pericial, colocando assim todo ônus, da prova de inocência, no acusado".

JURISPRUDÊNCIA E PANORAMA FRANCESES

O primeiro caso de responsabilidade médica na França, data de 1835. A jurisprudência juntamente com a doutrina desde então vem dirimindo dúvidas, ampliando conceitos e descobrindo maneiras que o binômio médico-doente gera constantemente.

O consentimento do doente, ou de quem seja capaz de fazê-lo legalmente; é condição *sine qua non* para a prática de qualquer ato médico.

Outrossim, os tribunais sempre exigiam que o lesado provasse o dano e o nexo de causa e efeito entre o ato médico e o dano. Segundo doutrina de Dupin, também tem-se estabelecido que "do momento em que houve negligência, levianidade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inexcusável da parte de um médico ou cirurgião, tôda a responsabilidade, de fato, recai sobre êle, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa".

De um modo geral, os tribunais franceses são cautelosos nos casos de responsabilidade médica dando provimento somente àquelas causas em que a culpa direta ou indireta do médico esteja presente, a falta ou erro profissional seja pesado, grave ou grosseiro.

"Há três categorias de riscos jurídicos ocorridos pelo médico, segundo impliquem a responsabilidade penal, civil ou deontológica".

“A jurisdição repressiva, prossegue M. Monnerot-Dumaine (15), toma conhecimento de todos os delitos, sejam os crimes cometidos pelos médicos, seja em direito civil, seja no exercício de suas regalias. Aquêles que oferece um risco para outrem, assume sua responsabilidade. Porém, a atividade médica comporta, em sua essência, uma dose constante de riscos: assim não é concebível que uma sanção jurídica seja aplicada por ocasião de qualquer erro diagnóstico ou terapêutico. Os riscos ocorridos pelos médicos não o são numa intenção de prejudicar, mas de beneficiar, aquêles que de fato constitui uma categoria particular de “corpos lesados”, aos quais certas jurisprudências comparam. Eis porque sanciona-se a falta e não o simples erro. “A falta, por definição, é o comportamento que não seria aquêles de um homem prudente, diligente, cômico de seus deveres” (Tunc).

Os riscos do anestesilogista-reanimador, disse anteriormente Monnerot Dumaire, em outro trabalho (16), têm sido durante muito tempo coberto pela responsabilidade do cirurgião que carrega em troca a decisão, a execução e as conseqüências da intervenção, todo poderoso, após Deus, na sala de operação. Ele era responsável por todos os seus colaboradores, deixando as vêzes à administração hospitalar, a responsabilidade da assistência pós-operatória na enfermaria. O fracionamento da responsabilidade não era do agrado de nossos juizes, um pouco porque ele complicava a tarefa, e sobretudo porque durante muito tempo eles (os juizes) não se apercebiam dos bons critérios de discriminação”.

“Mas o anestesilogista-reanimador, que recebeu uma formação profissional de alto nível, desempenha, entretanto, um papel extremamente importante no pré, no per e no pós-operatório. Ele chega ao ponto de desaconselhar uma intervenção, tendo em vista a fraca resistência do doente. Ele discute a escolha da anestesia com o cirurgião, ao qual não impõe a sua opinião. O anestesilogista tem certamente uma responsabilidade própria. Esta deve reduzir por outro lado, a do cirurgião.

“Esta evolução normal das coisas tem sido muito bem discutida por confrades mexicanos. Mas se a Cômte de Cassação a admite muito nitidamente no arresto de 15 de novembro de 1968, esta idéia não tem ainda penetrado seguramente na nossa jurisprudência”.

“Numa equipe cirúrgica, informa Louis Kornprobst (17), a responsabilidade do operador será tomada:

— *de maneira completa*, para tudo que é distinto do ato operatório, seja por razão de independência de ação (anes-

tesia, transfusão sanguínea, rádio), seja por tudo aquilo que constitui atos simplesmente preparatórios até o limiar do primeiro ato irreversível de execução;

— *de maneira parcial*, e variável nas proporções, por tudo aquilo que é destacável do processo operatório sob reserva da coordenação e da síntese permanente de todos os elementos integrantes da ação — e não mais somente do ato cirúrgico”. — Assim decidiu o Tribunal de Strasbourg em 9-11-1966.

JURISPRUDÊNCIA E PANORAMA NACIONAIS

O Tribunal de Justiça de Pernambuco em 1965, frente à Apelação n.º 58.706 (18) ouviu o voto do Sr. Desembargador Pedro Martiniano que apresenta a seguinte passagem. “O anestesista, naturalmente preocupado com o serviço que lhe cabia fazer, aliás serviço de alta responsabilidade, às vezes de maior responsabilidade que o do próprio operador, porque pode haver um choque em consequência de maior ou menor quantidade da anestesia, nada pôde adiantar a respeito do fato. A operação correu normalmente, depois sobreveio a morte por um colapso periférico em virtude dessa operação”.

O Juiz Diogo Del Bosco (19) da 15.ª Vara Cível de São Paulo (SP) julgando, em 1968, improcedente uma ação ordinária de indenização proposta por um paciente contra dois médicos (um cirurgião e um anesthesiologista) não excluiu da lide entretanto o anesthesiologista (muito embora o dano tivesse sido a recidiva herniária) por que fôra este o médico consultado primeiramente pelo paciente, ficando a seu cargo indicar o hospital e escolher o cirurgião. Além disso o anesthesiologista estaria na obrigação de examinar o paciente, na hora oportuna, para verificar as possibilidades ou não da aplicação da anestesia.

Os médicos só não foram responsabilizados pela recidiva herniária pós-gripal porque o MM juiz não viu nexo de causa e efeito nas alegações do paciente.

Em 12 de dezembro de 1958, o Tribunal de Justiça de São Paulo (20) indeferiu o pedido de revisão do anestesista Oscar Herman Barlach que havia sido condenado, como incurso nos Artigos 121 § 4.º e 282 do Código Penal, à pena de detenção.

A infração consistia em ter realizado anestesia sem autorização legal (diplomado sem registro) e produzido a morte de um menor em consequência dela.

“O acidente respiratório, no decorrer de uma anestesia geral, não é fato imprevisível. Ao contrário, é sempre cogitado pelos operadores. Não pode ser, portanto equiparado à força maior ou caso fortuito. Mesmo porque, para tanto, era mister a afirmativa de que, em ocorrendo o acidente, o paciente estaria irremediavelmente perdido, o que não é exato” — foi o parecer do relator Desembargador Dimas de Almeida, aprovado pela unanimidade da Câmara Criminal.

SUMMARY

THE LEGAL RESPONSABILITY OF THE ANESTHESIOLOGIST

With the evolution of anesthesia, the legal responsibility of the anesthesiologist has increased. While at the beginning of this century anesthesia was in charge of the youngest physician or even non medical assistants, nowadays one expects experience, safety and a good personal relation between the anesthesiologist and the patient. The responsibility of any anesthesiologist mishap was transferred from the surgeon to the anesthesiologist. In many countries malpractice suits are on the increase, hampering medical practice and increasing the fees because of insurance, but in France as well as in Brazil, unjustified malpractice suits, fortunately are no problem.

REFERÊNCIAS

1. Reportagem — Problemas Médico-legais da Anestesiologia, in *Médico Moderno*: 108-15, Maio, 1969.
2. Falcão, J. — Especialidade Médica, *JAB*: 4:16, 1970.
3. Aguiar Dias, J. — Responsabilidade Civil, Editora Forense, 2.ª ed. pág. 309 — Rio, 1960.
4. Wasmuth, C. E. — Anesthesia and the Law, Charles C. Thomas Publisher, Springfield, Ill, 1961.
5. Alcântara, H. R. — Responsabilidade Médica perante o Paciente, o Médico, a Justiça, o Seguro — José Konfino, Rio 1971.
6. Letourneau, C. U. — Prescription for Malpractice, *Hospital Management* 42: Oct, 1969.
7. Sandor, A. A. — The History of Professional Liability Suits in the United States, *JAMA* v. 163:459, 1957.
8. Chayet, N. L. — Technical Assault and Battery, *New Engl. J. Med.* 276:514, 1967.
9. Chayet, N. L. — Malpractice — a Break with the Past, *New Engl. J. Med.* 278:1275, 1968.
10. Curran, W. J. — Difficulties of proof in Malpractice — Informed Consent and Res Ipsa Loquitur, *New Engl. J. Med.* 282:36, 1970.
11. Wasmuth, C. C. — The Causes of Malpractice Action, *Anesthesiology*, 26:659, 1965.
12. Committee on Medical Problems — Professional Liability and the Physician — *JAMA* 183:695, 1963.
13. Shindell, S. — Survey of the Law of Medical Practice — *JAMA*, 193:1108, 1965.
14. House, H. P. — The Critical Malpractice Problem — *Arch Otolaryng* 89: 685, 1969.

15. Monnerot — Dumaine, M. — Risque et Nuisances de La Profession Medicale (II), Presse Med. 77:1882, 1969.
16. Idem, ibidem — La Presse Med. 77:1777, 1969.
17. Kornprobst, L. — Responsabilites Au Sein D une Equipe Chirurgicale, Presse Med. 75:71, 1967.
18. Tribunal de Justiça de Pernambuco (Ap. n.º 58.706 — Relator: Des. Feliciano Pôrto) — Publicado na Revista Forense n.º 226:368, 1969.
19. O Estado de São Paulo, pág. 25, 29 de Dezembro de 1968.
20. Alcântara, H. R. — Responsabilidade Médica, Ed. José Konfino, pág. 131-3, Rio 1971.



LIVROS NOVOS

Applied Respiratory Physiology — de J.F. Nunn
— Editado por Butterworth & Co Ltd - Londres,
1969. Encadernado com 438 páginas.

A introdução escrita por Severinghaus “A Flame for Hypnos”, se não bastasse a assinatura de Nunn, antecipam o gabarito do livro, que veio preencher uma lacuna na literatura especializada, qual seja, de um estudo detalhado da fisiologia respiratória, como é dito no título, com referência especial para a anestesia. O livro divide-se em 12 capítulos, com excelente texto, fartamente ilustrado com tabelas e gráficos e magnífica impressão.

A fisiologia aplicada é apresentada em alto nível, tendo por base as mais recentes pesquisas sobre respiração, cuidando-se de correlacioná-las com a prática clínica.

A finalidade deste trabalho foi o de mostrar os aspectos da fisiologia fundamentais para a assistência respiratória, aproveitando-se para uma revisão sobre os trabalhos mais atuais, com ênfase naqueles que foram estudados no homem. Ao final do livro, é apresentada uma bibliografia que serviu de suporte para a obra.

José Calasans Maia, E.A.