

1537  
**O RISCO DE AÇÃO PROCESSUAL, PENAL E CIVIL DO ANESTESIOLOGISTA**

**DR. HERMES RODRIGUES DE ALCANTARA (\*)**

AP1903  
*São discutidos os riscos de ação processual, penal e civil do Anestesiologista sendo abordados principalmente os seguintes aspectos da questão: conceito jurídico de risco, o risco na teoria objetiva da responsabilidade, os riscos iminentes e contingentes nos atos dos Anestesiologistas, as conseqüências do risco e, finalmente, a legislação pertinente existente no Código Civil Brasileiro, no Código Penal (Novo) e nas Jurisprudências Brasileira, Norte-Americana e Francesa.*

Todas as vezes que um anestesiologista realiza uma anestesia, de qualquer tipo, põe em risco a integridade física, a saúde mental e a sobrevivência do seu paciente e corre o risco de, por esses eventos, responder a uma ação judiciária civil ou penal.

Neste trabalho estabelece-se o conceito desse risco, lembra-se o papel dele na teoria objetiva da responsabilidade legal, classificam-se os riscos iminentes e contingentes relacionados com o ato do anestesista, trata das suas conseqüências e da obrigação de reparar os danos resultantes, relembra a legislação brasileira e alguma jurisprudência pertinente.

Conclui-se que a socialização desse risco é a maneira devida para evitar futuras contendas estereis e reforçar a responsabilidade moral e legal do anestesiologista.

**I — CONCEITO JURÍDICO DE RISCO**

Risco, explicam os dicionaristas <sup>(8)</sup>, é o mesmo que: *perigo; probabilidade ou possibilidade de perigo; (jur.) possi-*

(\*) Professor de Medicina Legal e Deontologia da UnB e da UDF, Médico legista do IML-DF, Chefe da Unidade de Anestesiologia do 1.º HDB, Presidente do Conselho Regional de Medicina do DF.

bilidade de perda ou de *responsabilidade pelo dano*, ou ainda, *probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro*.

Já os tecnologistas jurídicos <sup>(25)</sup> exclaressem: *risco é a possibilidade, ou proximidade de perigo (adversio periculi), por acontecimento eventual incerto, que ameaça de dano a pessoa ou a coisa*.

Em Direito do Trabalho, risco profissional é a possibilidade de perigo inerente ao exercício de determinada profissão.

Cada profissional tem o seu risco, ou corre o risco de sofrer um dano ao exercer as suas peculiares atividades. Uma profissão oferece mais riscos do que outras. Compare-se o risco de um piloto de prova com o de um datilógrafo, de um porteiro com o de um carpinteiro e vejam-se as discrepâncias.

Os acidentes do trabalho, que são conseqüências naturais e lógicas do próprio trabalho, relacionados com múltiplos fatores (o trabalhador em si, o empregador, a máquina ou o instrumento, o espaço e o tempo), acontecem apesar de todas as preocupações, sem revelar a culpa em qualquer de suas modalidades, porque o risco faz-se presente sempre. Daí a legislação trabalhista ter abraçado entusiasticamente a teoria do risco <sup>(18)</sup> para estabelecer a obrigação de indenizar.

O risco de sofrer um infortúnio que corre um pintor, ao esfregar o seu pincel no alto de uma parede, é relativo a sua própria pessoa, enquanto que o de um motorista, ao apertar o pé no acelerador do seu carro, deslizando no leito de uma rua, é relativo a sua própria pessoa, porém, muito mais a bens pessoais e reais de terceiros. Da mesma forma, um anestesista, ao entrar em um Centro Cirúrgico e manusear uma infinidade de instrumentos, aparelhos e drogas corre o risco de sofrer uma porção de infortúnios pessoais, amplamente estudados <sup>(11,29)</sup> mas também põe em risco, com esses mesmos instrumentos, aparelhos e drogas a integridade e a vida de outrem e, em conseqüência desses fatos, põe em risco a sua reputação profissional e até a sua liberdade pessoal <sup>(2,3)</sup>.

É um risco "sui generis", do ponto de vista jurídico, esse que estamos apreciando, isto é, o risco que corre de ser processado civil e penalmente, o anestesista, todas as vezes que realiza uma anestesia.

" Não existe no momento, no mundo inteiro, outra profissão mais visada pela lei que a medicina, chegando a ser uma das mais difíceis de se exercer sob o ponto de vista legal. Já se disse até que o exercício médico estaria seriamente ameaçado pelo risco dos pleitos demandados pelos pacientes" <sup>(10)</sup>.

## II — O RISCO NA TEORIA OBJETIVA DA RESPONSABILIDADE

Responsabilidade “é a obrigação de reparar o dano resultante de um fato de que se é autor direto ou indireto” (32) ou “é a obrigação imposta pela lei às pessoas no sentido de responder pelos seus atos, isto é, suportar, em certas condições, as conseqüências prejudiciais destes” (26).

Ela pode ser moral e legal e, esta, contratual e extra-contratual, civil e penal. A responsabilidade legal está fundamentada em duas teorias: uma subjetiva que caracteriza a responsabilidade aquiliana ou com culpa e outra objetiva que alicerça a responsabilidade sem culpa.

Nos primórdios da civilização, em regra, tivesse ou não culpa, um indivíduo respondia sempre pelos seus atos; posteriormente o direito romano introduziu o elemento culpa para caracterizar a responsabilidade.

A teoria objetiva é dividida por muitos dos seus adeptos (21) em duas modalidades: 1.<sup>a</sup> *teoria do risco criado* e 2.<sup>o</sup> *teoria do risco-proveito*. A primeira “compreende a reparação de todos os fatos prejudiciais decorrentes de uma atividade exercida em proveito (econômico) do causador do dano. Pelo próprio fato de agir, o homem flui todas as vantagens de sua atividade, criando riscos de prejuízos para os outros de que resulta o justo ônus dos encargos”. A segunda, “considera nada haver de mais justo do que aquele que obtém o proveito de uma empresa, o patrão, onerar-se com a obrigação de indenizar os que forem vítimas de acidentes durante o trabalho”.

A responsabilidade do anestesiológista é uma particularidade da responsabilidade médica que por sua vez é uma particularidade da responsabilidade civil e penal genérica.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, consagram a teoria subjetiva, na responsabilidade médica (1), muito embora a teoria do risco já tenha sido consubstanciada há quase 3/4 de século na legislação trabalhista e na responsabilidade civil contra terceiros nos acidentes aeroviários, ferroviários, marítimos, e recentemente automobilísticos e outros.

## III — OS RISCOS IMANENTES E CONTINGENTES NOS ATOS DOS ANESTESIOLOGISTAS

O risco na responsabilidade médica apresentou um aspecto imanente e outro contingente. O imanente está relacionado com a sua aparição nas estatísticas, apesar de todos os esforços feitos para eliminá-los.

O contingente depende de condições modificáveis por medidas acauteladoras (2).



A medicina em si, através de todas as suas modalidades, não deveria gerar danos a pessoa humana, mas fatores estranhos ou integrantes do ato médico agem normal ou anormalmente produzindo desvios de objetivos e o doente sabe, ou seu representante legal sabe, que, ao solicitar ou contratar os serviços de um médico, o resultado final poderá ser bom ou mau ou até não chegar a resultado algum, portanto conhece o risco e o aceita porque não tem outro jeito já que o contrato explícito do médico é um contrato de meios e não de resultados.

Todo ato anestésico tem seu risco, imanente ou contingente, maior ou menor, mas sempre tem, e são esses riscos que classificamos em:

1.º *Evitáveis e inevitáveis* — quanto a sua essência.

2.º *Inerentes ao paciente* (condições pessoais peculiares e perturbações da saúde), *inerentes ao médico* (relativos à falibilidade do médico, relativos ao tirocínio do profissional e relativos às condições peculiares do médico) e *inerentes à medicina* (relativos à falibilidade da medicina e relativos aos recursos disponíveis) — quanto aos fatores contribuintes.

3.º *Leves, graves, gravíssimos e letais* — quanto ao grau.

4.º *Baixa, média, alta e altíssima* — quanto a freqüência.

*Evitável* é o risco que pode ser suprimido, porque o ato pode ser substituído ou suprimido, como, por exemplo, uma anestesia geral para incisar um panaríço ou uma lesão nervosa durante um bloqueio (12) por falta de técnica.

*Inevitável*, quando, apesar do grande risco, o ato não pode ser substituído ou suprimido, posto que dele depende a sobrevivência do doente ou a cura de sua doença como é o caso de uma anestesia geral para uma craniotomia.

*Inerentes ao paciente*, são riscos relacionados com determinadas condições pessoais do paciente (idiossincrasia, deficiência de pseudo-colinesterase) ou com o seu estado de saúde (cardiopatia grave, choque, hepatopatia etc.).

*Inerentes ao anestesista*, quando o risco corre por conta da falibilidade do médico (o homem é de carne e osso, errar é humano, a fadiga, a desatenção, etc.), da falta de experiência em determinadas técnicas ou no uso de certas drogas (a melhor anestesia é aquela que o especialista está acostumado a aplicar) e de condições peculiares do profissional (inabilidade nata, deficiência de sentidos, emotividade incontrollada, complexos de inferioridade ou superioridade).

*Inerentes à medicina*, quando é a própria ciência médica no seu estágio atual de desenvolvimento que falha (a lei penal considera crime propalar a infalibilidade de qualquer método propedêutico ou terapêutico) ou a falta de recursos técnicos e científicos onde o ato está se desenvolvendo.

Toda e qualquer técnica anestésica pode produzir complicações, na dependência dos fatores acima relacionados. Essas complicações ou riscos, quanto ao grau do dano resultante, variam de leves a letais.

*Leves* (6,9) são os riscos passageiros, isto é, que não deixam sequelas como, por exemplo, o risco de aparecer uma cefaléia pós-raqueanestesia.

*Graves* os que produzem debilidade permanente de membro, sentido ou função, incapacidade para as ocupações habituais para mais de 30 dias, como por exemplo, uma parada cardíaca na indução da anestesia geral, mas que há ressuscitação sem qualquer sequela (5).

*Gravíssimos* quando produz: incapacidade permanentemente para o trabalho, enfermidade permanente ou aborto, como, por exemplo, uma paraplegia pós-raqueanestesia.

*Letais* (20) quando ocorre o êxito letal por conta exclusiva da anestesia. A respeito Collins (7) diz: Uma análise cuidadosa da 645 mortes no centro cirúrgico, feita por Campbell, revelou o seguinte:

Somente 5,1% a anestesia e o tratamento anestésico, isto é, os problemas anestésicos, constituem o fator principal único.

Em 5,6%, os fatores principais foram a anestesia e a cirurgia.

Em 25%, a anestesia foi um fator de menor importância.

Em 65% a anestesia foi um fator fortuito agregado à cirurgia e estas mortes foram causadas basicamente por problemas cirúrgicos.

Quanto à frequência, o risco de complicações, também varia com os fatores retro-referidos de baixa a altíssima. Felizmente, para o bem da medicina e o encorajamento do anesthesiologista, quanto mais graves as complicações menos frequentes elas são. A mais grave de todas — a morte — aparece em cada 3 a 5 mil anestésias nos hospitais de bom padrão (7).

Moore (23), procurando saber por que a raqueanestesia não é mais frequentemente usada, chegou a conclusão de que as razões principais são: 1) as complicações, principalmente cefaléia e paralisias que são conhecidas pelo público; 2) uma ação legal pode ser movida se ocorre uma complicação maior.

#### IV — DAS CONSEQUÊNCIAS DO RISCO

O anesthesiologista, responsável, vive repetindo que a sua especialidade é altamente estressante. Isto porque, ele tem idéia do risco que corre a integridade psicossomática e a vida do seu paciente, do começo ao fim de qualquer ato anestésico,

e, com isso, o risco que corre a tranquilidade de sua consciência além da possibilidade de responder a um processo judiciário.

Então toda anestesia traz no seu bojo a possibilidade de complicações (12,13,19,24,27,28,30,31) que por sua vez pode produzir danos que implicam na obrigação legal de responder por eles (17).

## V — LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

### A — DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (Lei n.º 3.071, de 01.01.1916)

*Art. 159* — Aquele 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 sobre a existência do fato ou de quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

*Art. 1545* — 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.

### B — DO CÓDIGO PENAL (NOVO) (Decreto-lei n.º 1.004, de 21.10.1969)

*Art. 17* — Diz-se o crime:

II — Culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

*Art. 120* — Matar alguém:

*Pena* — reclusão, de seis a vinte anos.

§ 3.º — 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 se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima.

*Art. 131* — Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

*Pena* — detenção, de três meses a um ano.

§ 3.º — Se os resultados previstos nos §§ 1.º e 2.º 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. 137* — Se a lesão é culposa:

*Pena* — Detenção, de dois meses a um ano.

§ *Único* — A pena é aumentada de um terço se ocorre qualquer das hipóteses do § 4.º do art. 120.

*Art. 135* — 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 do abandono, resulta lesão grave.

*Pena* — Reclusão, até cinco anos.

§ 2.º — Se resulta morte:

*Pena* — Reclusão, de quatro a doze anos.

*Art. 137* — Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a inválido ou ferido ao desamparo, ou a pessoa em grave e iminente perigo; ou 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.

§ 1.º — A pena é detenção, de seis a dois anos, se a natureza do socorro necessitado pela vítima corresponde às habilitações profissionais do omitente.

§ 2.º — A pena é aumentada de metade se da omissão resulta lesão grave, e triplicada, se resulta morte.

### C — DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, podemos relembrar <sup>(3)</sup>:

1.º — O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em 1965 frente à Apelação n.º 58.706, ouviu o voto do Desembargador Pedro Martinho com 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 pode adiantar a respeito do fato. A operação correu normalmente, depois sobreveio a morte por um colapso periférico em virtude dessa operação”.

2.º — O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 1958, indeferiu o pedido de revisão do anestesista O.O.B. 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 (diploma 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.

2.º — O juiz Diogo Del Bosco, da 15.ª Vara Cível de São Paulo, em 1968, julgando improcedente uma ação ordinária de indenização proposta por um paciente contra dois médicos (um cirurgião e um anestesiológico), não excluiu da lida o anestesista (muito embora o dano tivesse sido recidiva herniária) porque fôra este consultado primeiramente pelo paciente, ficando a seu cargo indicar o hospital e escolher o cirurgião.

Além disso o anestesiológico estaria na obrigação de examinar o paciente na hora oportuna, para verificar as possibilidades ou não de aplicação da anestesia.

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

#### D — DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA, podemos lembrar (3):

1.º — O Dr. Howard P. House (14), em 1969 concluiu que “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”.

2.º — O Presidente da Associação Médica de Nebraska Dr. Whitney Kelley, em 1969, disse que “muitos de nós estamos alarmados com o crescente número de ações de responsabilidade médica que estão sendo atendidas pela justiça através de toda a nação. Parece uma onda de ações de responsabilidade médica a varrer os Estados Unidos a partir da Califórnia”.

3.º — O Conselheiro Geral da Associação Médica Americana Bernard D. Hirsh (15), em 1969, informou que se estima que “um em cada seis médicos nos Estados Unidos tem sido envolvido numa ou noutra oportunidade em processo de responsabilidade profissional” e adiantou mais que “um dos fatores que, no passado recente, tem contribuído para aumentar o volume de reclamações judiciais contra o anestesiológico é ser este especialista, muitas das vezes, totalmente estranho



ao paciente. Alguns pacientes, não tinham a idéia de que um anesthesiologista participou do seu caso, até o momento que receberam a conta”.

4.º — Neil L. Chayet (3), em 1968, resumiu um caso julgado pela Suprema Corte Judicial de Massachusetts, modificando a “locality rule”:

“No curso do delivramento o anestesista administrou um anestésico raquidiano contendo 8 mg de tetracaína (Pontocaína 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, subsequentemente até o dia do julgamento queixou-se de entorpecimento e fraqueza em sua perna esquerda. Testemunho foi dado por vários médicos que afirmaram perante a corte “havia ampla evidência que sua condição resultou de uma dosagem excessiva de pontocaína” 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 juri a respeito da lei de Massachusetts antes deste caso: “O acusado deve estar à altura do padrão assistencial e técnico profissional ordinariamente demonstrado por seus confrades nesta comunidade, New Bedford, e suas adjacências... se, num dado caso, foi determinado pelo juri que a habilidade e a perícia do médico em New Bedford foi cinqüenta por cento inferior àquela que existe em Boston, o 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 Corte de 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 mais estaria tão heterogênea quanto ao uso de diferentes padrões geográficos em caso de responsabilidade médica, e que o clínico geral ou especialista deveria sustentar o padrão técnico de média geral dos clínicos ou dos especialistas”.

5.º — Carl E. Wasmuth (33) médico legista e anesthesiologista chegou a conclusão de que as causas determinantes das ações de responsabilidade contra anesthesiologista 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 anestesiolegista conduz a sua tarefa em qualquer de suas fases.

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

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

A *abrigação de assistência* ou cuidado pode ser rompida pelo anestesiolegista antes, durante e depois do ato anesthesiológico, 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.

6.º — Daniel C. Moore e Col (32) em 1966 relatou que "após um bloqueio raquiano prolongado, embora não pudesse ser demonstrado sequelas, o paciente (que era menor), foi indenizado com US\$ 22.000,00 aproximadamente, não por displicência, tratamento errado, *res ipsa loquitur*, etc., e sim porque na autorização para cirurgia não foi especificada a autorização para a anestesia".

"O paciente que foi submetido a um bloqueio epidural em 1961 e que teve e ainda tem debilidade motora bilateral dos músculos quadríceps aceitou uma solução da companhia de seguro, mas, agora, impetrou uma ação legal. Esse paciente submeteu-se a uma apendicectomia na posição supina e alegou que a sua paralisia permanente teria sido causada provavelmente pela posição ou pela cirurgia".

## E — DA JURISPRUDÊNCIA FRANCESA, podemos lembrar (3):

1.º — A jurisprudência e a doutrina, desde 1835 — quando foi apreciado o primeiro caso de responsabilidade médica, na França — vêm dirimindo dúvidas, ampliando conceitos e descobrindo as diversas maneiras como o binômio médico-doente gera constantes litígios.

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 sentenciam, unanimemente, os franceses.

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 esposada por Dupin tem-se, tam-

bém, estabelecido que “do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inexcusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade, de fato, recai sobre ele, 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 àquelas causas em que a culpa direta ou indireta do médico esteja presente, a falta ou erro profissional seja pesado, grave ou grosseiro.

2.º — “A jurisdição repressiva, diz M. Monnerot-Dumaine (22), toma conhecimento de todos os delitos, sejam os crimes cometidos pelos médicos, sejam os ilícitos civis no exercício de suas regalias. Aquele 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 oferecidos pelos médicos não o são numa intenção de prejudicar, mas de beneficiar, aquele 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 (Tuno), é o comportamento que não seria aquele de um homem prudente, diligente, cômico de seus deveres”.

“Os riscos do anestesiolegista — reanimador, disse Monnerot-Dumaine, em artigo anterior, em 1969, foram 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 vezes à administração hospitalar, a responsabilidade da assistência pós-operatória, na enfermaria”.

“O anestesiolegista — 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 anestesista tem certamente uma responsabilidade própria. Este deve reduzir, por outro lado, a do cirurgião”.

3.º — Numa equipe cirúrgica, afirma Luis Korprobst (16), a responsabilidade do operador será tomada:

1.º de maneira *completa*, para tudo que é distinto do ato operatório, seja por razões 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;

2.º — 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 09-11-1966.

## VI — CONCLUSÕES (2)

1 — Para que o médico desempenhe satisfatoriamente o seu papel, não basta que os seus conhecimentos científicos sejam amplos e incontestáveis, mister se faz que o seu comportamento ético seja louvável.

Ser responsável é antes de tudo ter um estado de consciência sintonizado com a moral.

2 — O princípio da responsabilidade civil do médico também é o da prevenção que visa antes de obrigar o agente a reparar os danos que por má ventura cause, pela ameaça de converter o lucro em perda ou pela advertência de descender em vez de ascender no conceito profissional, objetiva, repetimos, evitar o aparecimento do dano, em suma. É como se fosse uma imunização ativa, que leva o organismo a preparar a sua própria defesa contra outros organismos que lhe são nocivos.

A responsabilidade como que imuniza o médico contra os seus próprios erros, faltas, omissões, que possam causar danos aos seus clientes. Age portanto preventivamente.

3 — Encontrando, as leis, os seus fundamentos nos costumes e nas tendências sociais, é certo que a responsabilidade civil do médico, em última análise, encontraria o seu lastro fundamental nas regras da Moral.

4 — Presume-se que a freqüência de danos causados pelos médicos aos seus clientes seja muito alta. Mas, como a regra é o médico agir sempre fazendo um esforço extraordinário no sentido de acertar, de produzir um bem, de atender aos anseios do cliente, raramente os casos são levados aos tribunais. Outrossim, o cliente numa freqüência alta, subconscientemente, se sente culpado, parcialmente, pelo dano recebido, em virtude de ter agido aqui ou ali, com negligência, omissão e até deslealdade. A consciência do cliente e a consciência do médico são levadas a uma transação silenciosa, longe dos intérpretes das leis.

5 — Pela teoria subjetiva, não há responsabilidade sem culpa, e o médico, não tem obrigação de reparar danos resul-



tantes de erros ou falhas de sua arte, quando não provada a participação de sua vontade. O espectro da culpa não deve assombrar o médico, tornando-o um tímido, mas os seus atos devem ser avaliados, sempre, de modo a não se constituírem, jamais, em mínimas ameaças ao mais humilde cidadão.

6 — Os Códigos Civis e das Obrigações de quase todo o mundo, inclusive do Brasil, aceitam a culpa como fundamento da responsabilidade civil do médico.

7 — Leis especiais de quase todas as nações civilizadas, inclusive do Brasil, aceitam a teoria do risco no acidente do trabalho, nos transportes, etc.

8 — Pela teoria objetiva, seria suficiente a demonstração de nexos causal entre o ato médico e o dano, para que a obrigação de reparar surgisse. Os avançados conhecimentos propedêuticos e terapêuticos, de hoje, não permitiriam a confusão entre uma evolução prognóstica e uma ação farmacológica, com uma falha, um erro, uma idiosincrasia ou até eventos imprevistos. E isto é uma indicação segura de que sempre poderemos chegar à causa com muito mais justiça científica do que patentear uma culpa.

9 — A atividade médica permite que, o seu titular, aja criando riscos de prejuízos para outrem, muito embora o seu objetivo seja exatamente o contrário, e disso tira proveito. Sempre sob a ameaça de insucesso o médico vai, de risco em risco, lucrando com as suas atividades. Ao solicitar ou contratar os serviços de um médico sabe o cliente, ou seu responsável, que o resultado final poderá ser bom ou mau ou até não chegar a resultado algum, portanto, aceita o risco. O cliente também tira proveito do risco-criado, qual seja o de reencontrar a sua saúde, por isso que o ônus do reparo do dano deve ser dividido, tal como acontece no acidente do trabalho.

10 — O progresso introduziu a estrada de ferro, que presta relevantes serviços à sociedade, mas, porque, como um conjunto de peças pode falhar, põe em risco os patrimônios que vão dentro de seus vagões e os que ficam nas suas margens, aplicou-se a teoria do risco à sua responsabilidade, já que a culpa, sobre ser insuficiente, era injusta. Da mesma forma as ciências médicas prestam grandes serviços ao homem, mas como os seus instrumentos, as suas drogas, propriamente do médico, podem falhar, pondo em risco o patrimônio pessoal do paciente, é justo que se aplique a teoria do risco à responsabilidade médica.

11 — O aprimoramento tecnológico não aboliu os acidentes: do trabalho, ferroviário, aeroviário, etc., tal como o aperfeiçoamento científico não tem evitado os acidentes nas atividades médicas.

12 — A adoção da teoria do risco não deixaria sem reparo todo e qualquer dano, desde que houvesse um nexo de causa e efeito. O equilíbrio, entre os beneficiados pelos progressos das ciências e os prejudicados com as suas falhas, seria restabelecido, mediante a indenização dos últimos.

13 — A responsabilidade médica é hoje, considerada contratual, pela maioria dos autores. O objeto do contrato não é a cura (obrigação de resultado) mas, a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições das ciências. É um contrato de locação de serviços ou "sui generis".

14 — O médico, ao se preparar para o exercício profissional, aprende todas as normas de conduta moral, técnico-científica e legal, por isso, julga-se-o em condições de observá-las, a menos que se ache perturbado ou privado da razão.

15 — Na responsabilidade médica, ao lado do contrato feito entre o profissional e o paciente, há uma série de deveres que estão fora do contrato mas que fazem parte das normas éticas da profissão.

O médico e o cliente têm direitos e deveres nem sempre mutuamente respeitados e cumpridos.

16 — A jurisprudência brasileira e a estrangeira demonstram um número crescente de demandas entre pacientes e médicos, o que traduz um inconformismo dos clientes em sofrer danos, numa época de progresso e segurança crescentes.

17 — As ciências médicas são falíveis como falíveis também o são os executores dos seus conceitos e preceitos.

18 — A medicina de antanho, tímida e empírica, contava mais com a cooperação da natureza, para efetuar as suas curas. Era limitadíssimo o seu arsenal terapêutico, insignificantes as suas intervenções cirúrgicas com pouco risco porque evitava grandes efeitos e por isso devia ser pouco danosa. Hoje, quando ela introduz violentamente, substâncias estranhas no organismos visando um grande efeito, quando é incontável o número de produtos farmacêuticos, quando ela interfere sobre a fisiologia dos órgãos, sentidos, aparelhos e sistemas modificando-a radicalmente, ou quando altera a anatomia, extirpando, transplantando ou implantando órgãos vitais, é claro que a probabilidade de grandes e bons resultados é bem maior, mas também a possibilidade de provocar danos cresceu porque surgiram e cresceram novos e velhos riscos.

19 — A doutrina e a jurisprudência reconhecem a falibilidade da medicina e do médico. Em virtude disso é que somente a falta grave e o erro grosseiro interessam à responsabilidade médica, mas nem por isso é permitida a irresponsabilidade e, ainda por isso, muitos danos ficam sem reparação.

20 — A teoria do risco é perfeitamente aplicável à responsabilidade civil do médico já que a frequência e o grau do risco na causa do dano variam ao extremo, mas estão sempre presentes, juntamente com outros fatores determinantes, na produção do dano quando do exercício da medicina.

21 — Não é justo que alguém, buscando o bem encontre o mal e fique lesado, como não é justo que o médico pague pela falibilidade das ciências que a muitos beneficia, pelas condições personalíssimas de seus clientes, e nem pela falibilidade de suas faculdades mentais ou funções motoras quando dirigidas, voluntariamente, para o bem.

22 — Toda a comunidade se beneficia com os progressos das ciências médicas e toda a comunidade deve arcar com o ônus de suas falhas, prejudiciais a um limitado número de indivíduos.

23 — A socialização do risco do ato médico é o caminho justo que dará condições para o aprimoramento científico do médico, coragem e prudência nas suas ações e permitirá a fiscalização de todos os seus atos, dando-lhe segurança e garantia a todos os seus clientes.

24 — O seguro obrigatório contra a responsabilidade civil, feito por uma instituição estatal com a participação ativa da própria classe médica, não permitiria que a responsabilidade se deslocasse do médico e se diluísse na comunidade; não deixaria a maioria dos danos sem reparos, pelo contrário, propiciaria grandes recursos para a pesquisa científica, o aprimoramento e a fiscalização profissionais e sobretudo asseguraria a indenização de um maior número de danos.

### SUMMARY

#### THE RISK OF LIABILITY AND MALPRACTICE SUITS AND THE ANESTHESIOLOGIST

The anestesiologist is liable to be prosecuted and compensation may be awarded.

### REFERÊNCIAS

1. Aguiar Dias J — Da Responsabilidade Civil, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1960.
2. Alcântara H R — Responsabilidade Médica, José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1971.
3. Alcântara H R — Responsabilidade civil e penal do Anestesiologista. Rev Bras Anest 21:141, 1971.
4. Alcântara H R — Toxicologia Geral, Organização Andrei Editora, São Paulo, 1974.

5. Azeredo N de & Costa S da — A anestesia geral em doentes com cardiopatia grave. *Rev Bras. Anest* 21:765, 1971.
6. Aldrete J A — Sobre o tratamento das reações tóxicas aos agentes anestésicos locais. *Rev Bras Anest* 23:244, 1973.
7. Colins V J — *Anestesiologia*, Editora Interamericana S A, México, 1968.
8. Ferreira A B H — *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, Cia Editroa Nacional, São Paulo, 1972.
9. Finster M & Poppers P J — Accidental intoxication of the fetus with local anesthesia drug during caudal anesthesia. *Amer J Obstet Gynecol* 92:922, 1965.
10. França G V — *Direito Médico*, Fundo Editorial Byk-Procienz, São Paulo, 1975.
11. Frey R & Co-Workers — How strong is the influence of chronic exposure to inhalation anesthetics on personnel working in operating theatres. *WFWA News Letter* 10:12, 1974.
12. Gonçalves B, Drebes D & Vargas S M — Complicações neurológicas após bloqueio do plexo braquial. *Rev Bras Anest* 22:423, 1972.
13. Gonzales C E — Complicações e seqüelas da entubação traqueal. *Rev Bras Anest* 23:489, 1973.
14. House H P — The critical malpractice problem. *Arch Otolaring* 88:685, 1969.
15. Hirsh B D — *Anesth Analg (Clev)* 48:897, 1969.
16. Kornsporst L — Responsabilites au sein d'une equipe chirurgicale. *Presse Med* 75:71, 1967.
17. Lima A — *Culpa e Risco*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1963.
18. Magalhães H P — *Acidente do Trabalho*, Editora Borsoi, Rio de Janeiro, 1972.
19. Marx C F — Fetal arrhythmia during caudal block with prilocaine. *Anesthesiology* 28:222, 1967.
20. Marx G F, Mateo C V & Orkin L R — Computer analysis of postanesthetic deaths. *Anesthesiology* 39:54, 1973.
21. Melo da Silva W — *Responsabilidade sem Culpa e Socialização do Risco*. Editora Bernardo Alvares S A, Belo Horizonte, 1962.
22. Monnerot D M — Risque et nuisances de la profession medicale. *Presse Med* 77:1882, 1969.
23. Moore D, Bridenbaugh L D, Bagdi Ph A, Bridenbaugh Ph O & Stander M S H — Estado atual da raquianestesia e da anestesia peridural. *Rev Bras Anest* 23:249, 1973.
24. Mercada M S, Ukins E, Rivas J & Bertola R — Risco fetal por analgesia e anestesia peridural. *Rev Bras Anest* 24:15, 1974.
25. Nunes P — *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1966.
26. Pirson & de Villé — *Traité de la Responsabilité Civile Extra-Contractuelle*, Ed Émille Bruylant, Bruxelles, 1935.
27. Reis Jr A dos — Causas e prevenção da mortalidade e morbidade perinatais: aspectos anestesiológicos. In *Temas de Perinatologia*. Editores: Lisboa, A M J & Barbosa, L T, Serviço Gráfico do Senado Federal, Brasília, 1972.
28. Reis Jr A dos — Anestesia venosa regional: acidentes e complicações. *Rev Bras Anest* 24:289, 1974.
29. Spiegel P — Prevenção de acidentes. *Rev Bras Anest* 19:164, 1969.
30. Spiegel P — Radiculite como complicação de anestesia caudal com bupivacaína. *Rev Bras Anest* 22:511, 1972.
31. Steinhaus J E — Reações tóxicas aos anestésicos locais. *Rev Bras Anest* 23:233, 1973.
32. Sourdat — *Traité de la Responsabilité Civile*, 6.ª Edição, n.º 1.
33. Wasmuth C E — *Anesthesia and the law*, Charles C Thomas Publisher, Springfield, Ill, 1961.
34. Wasmuth C E — The causes of malpractice action. *Anesthesiology* 26:659, 1965.