

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA

Mariana Zocca Petroucic

Presidente Prudente/SP

Fevereiro/2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA

Mariana Zocca Petroucic

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a. Gimara Pesquero Fernandes Morhr Funes.

Presidente Prudente/SP

Fevereiro/2008

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes

Examinador (a)

Examinador (a)

Presidente Prudente/SP, ___ de ____ de 20__.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise da responsabilidade civil do médico anestesiológico. Para tanto, utiliza-se da argumentação dedutiva para, a partir de conceitos e princípios gerais da responsabilidade civil, desenvolver a análise da responsabilidade civil desses profissionais. O método histórico, para verificar a evolução da responsabilidade civil até os dias atuais, e o método comparativo, para analisar a responsabilidade na hipótese do profissional anestesiológico previamente contratado pelo paciente, a responsabilidade de quando este integrar o corpo clínico do hospital ou quando for indicado pelo médico cirurgião, também foram utilizados. Estudou-se, de maneira ampla, a teoria geral da responsabilidade civil no ordenamento jurídico civil brasileiro, bem como a responsabilidade civil dos médicos, verificando a abordagem do tema dentro do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, tratou-se, sucintamente, sobre a especialidade médica anestesiológica, destacando a formação, especialização e conduta dos anestesiológicos, técnicas anestésicas mais freqüentes, a importância da avaliação pré-anestésica, regulamentação da especialidade dentro do Conselho Federal de Medicina e Sociedade Brasileira de Anestesiologia, bem como as possíveis conseqüências do ato anestésico. Por fim, foi especificada a responsabilidade civil do anestesiológico, sendo abordada a relação contratual da relação entre esse profissional e seu paciente, a natureza jurídica desta (se de meios ou de resultados), a necessidade de comprovação da culpa e o ônus da prova, a responsabilização solidária entre o anestesiológico e os médicos cirurgiões, hospitais, planos de saúde e auxiliares, bem como a responsabilidade desse pelo fato da coisa, a necessidade do consentimento informado, a responsabilidade ética do anestesiológico e a ocorrência da prescrição da pretensão reparatória.

Palavras-Chave: Culpa. Responsabilidade Médica. Anestesia. Obrigação.

ABSTRACT

The present work has as its object the study of the civil liability of the anesthesiologist physician. For so, it was used the deductive argumentation, starting from general concepts and principles of civil liability to develop the analysis of the civil liability of the anesthesiologists. It was also used the historical argumentation to check the evolution of the civil liability until the present day and the comparative method, to analyze the liability of the anesthesiologist previously contracted by the patient, indicated by the surgeon doctor or that integrates the hospital board. It was studied, so wide, the general theory of civil liability in Brazilian legal civil system and the civil liability of doctors, discussing the subject forward the Code of Consumer Protection. Moreover, it was discussed, briefly, the medical specialty of anesthesia, highlighting the training, expertise and conduct of anesthesiologists, most frequently used anesthetic techniques, the importance of pre-anesthetic assessment, the regulation of expertise in Brazilian Federal Council of Medicine and Brazilian Society of Anesthesiology and the possible consequences of the anesthetic act. Finally, it was specified the civil liability of the anesthesiologist and analyzed the contractual characteristic of the relationship between anesthesiologist-patient; the legal nature of these (if it would be of means or results); the need to confirm the guilt and .the burden of it; the solidarity liability between the anesthesiologist and surgeons doctors, hospitals, health plans and auxiliary; the importance of informed consent; the ethical responsibility of the anesthesiologist and prescription.

Key-Words: Guilt. Medical Liability. Anesthesia. Obligation

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
2.1 Conceito	10
2.2 Antecedentes Históricos	11
2.3 Responsabilidade Civil no Direito Atual.....	13
2.4 Teorias da Responsabilidade Civil	14
2.4.1 Responsabilidade civil subjetiva.....	15
2.4.2 Responsabilidade civil objetiva.....	16
2.4.3 Código Civil de 2002	17
2.5 Pressupostos.....	18
2.5.1 Conduta (ação ou omissão)	19
2.5.2 Dano.....	19
2.5.3 Nexo causal (relação de causalidade)	20
2.5.4 Culpa ou Dolo.....	21
2.6 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal	23
2.7 Da Cláusula de Irresponsabilidade e de Não Indenizar	24
3- DA ANESTESIOLOGIA	26
3.1 Conceito	26
3.2 Anestesiologista: Conceito, Formação, Especialização e Conduta	27
3.3 Técnicas Anestésicas	28
3.3.1 Anestesia local	29
3.3.2 Anestesia regional.....	29
3.3.3 Anestesia geral.....	30
3.3.4 Anestesia peridural ou epidural	30
3.3.5 Sedação consciente	31
3.3.6 Raquianestesia.....	31
3.4 Avaliação pré-anestésica e orientações e cuidados no pós-operatório	32
3.5 Regulamentação.....	33
3.5.1 Resolução 1802/2006 do Conselho Federal de Medicina	33
3.5.2 Sociedade Brasileira de Anestesiologia	34
3.6 Erros em Anestesiologia	34
3.7 Possíveis conseqüências da anestesia.....	35
4- DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	37
4.1 Introdução e Conceito.....	37
4.2 Natureza Jurídica	38
4.3 Culpa Médica	39
4.3.1 Imprudência.....	40
4.3.2 Negligência.....	40
4.3.3 Imperícia.....	41

4.4 A Responsabilidade Civil Médica e o Código de Defesa do Consumidor....	41
4.5 Legislação Comparada	43
4.5.1 Legislação Portuguesa.....	43
4.5.2 Legislação Italiana.....	43
4.5.3 Legislação Francesa	44
4.5.4 Legislação Espanhola	44
4.5.5 Legislação Argentina.....	45
4.5.6 Legislação Inglesa e Anglo-Americana	45
4.5.7 Legislação Alemã	45
4.5.8 Legislação Suíça.....	46
4.5.8 Legislação Soviética.....	46
5- DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA.....	47
5.1 Relação de Natureza Contratual	47
5.2 Obrigação de Meio ou de Resultado?	48
5.3 Culpa	50
5.3.1 Comprovação da Culpa.....	52
5.3.2 Ônus da Prova	53
5.4 Responsabilização Solidária.....	55
5.4.1 Dos Médicos Cirurgiões	55
5.4.2 Do Hospital.....	57
5.4.3 Dos Planos de Saúde e Seguros-Saúde	59
5.4.4 Do Anestesiologista pelos seus Auxiliares e Enfermeiros.....	60
5.4.5 Direito de Regresso.....	60
5.5 Responsabilidade do Anestesiologista por Fato da Coisa.....	60
5.6 Consentimento Informado.....	62
5.7 Responsabilidade Ético-Legal do Anestesiologista.....	62
5.8 Prescrição	63
6 CONCLUSÃO	66
BIBLIOGRAFIA	69
ANEXO	71

1 INTRODUÇÃO

Em decorrência das inúmeras demandas indenizatórias, crescentes a cada dia, levadas à apreciação do Poder Judiciário, a responsabilidade civil do médico é tema atual e de extrema complexidade, enfrentado tanto pelos profissionais da área do Direito quanto os da Medicina.

Ao passo que a matéria é abordada em diversos países, entre eles a Espanha, França e Itália, em obras e tratados extensos, prevalece em nosso país o enfoque pelos mestres em Direito Civil apenas de maneira incidental, dentro das demais formas de responsabilidade civil ou em breves artigos, as dúvidas são freqüentes.

Numa perspectiva atual, dentro da abordagem genérica da responsabilidade médica, duas especialidades reclamam especial atenção: a cirurgia plástica e a anestesiologia.

A anestesia, que até a primeira metade da década de 50 não constituía modalidade autônoma de especialização médica, é hoje tão essencial quanto a cirúrgica, sendo, cada vez mais, caracterizada, pela enorme qualificação dos profissionais atuantes, conquistando posição de realce.

Por serem as conseqüências da atividade anestesiológica praticamente irreversíveis, com reações dramáticas, de suma importância é o estudo detalhado da responsabilidade civil do médico anestesiológico.

Buscou-se a solução, durante a realização da pesquisa, de questões tais como: seria a anestesia uma obrigação de meio ou de resultado? Na hipótese de dano, a culpa é exclusiva do anestesiológico? Existe responsabilidade solidária entre anestesiológico e cirurgião? E entre os hospitais e planos de saúde com estes profissionais? O anestesiológico responde pelos equipamentos que utiliza durante o ato anestésico?

A pesquisa teve como prováveis hipóteses que a responsabilidade civil médico-hospitalar pressupõe a indenização no caso de existência de dano, seja ele físico, material ou corporal; que sem a responsabilidade subjetiva, por mais grave que seja a conduta, não existira prejuízo ressarcível; que os médicos sempre

trabalham como uma margem de risco, inerente ao seu ofício, circunstância essa que deve ser levada em consideração; que embora esteja a responsabilidade civil dos médicos enquadrada dentre os atos ilícitos no Código Civil, não acende mais controvérsias de caracterizá-la como contratual.

O objetivo geral da pesquisa foi estudar o tema da responsabilidade civil do médico sob o ângulo do Direito Civil, abrangendo o Código de Defesa do Consumidor, pois não há como dissociar essa área no exame da matéria, enfocando a questão sob a ótica do profissional da medicina especializado em anestesiologia, explicando e verificando o seu tipo de responsabilidade frente à conduta por este praticada.

Como objeto de trabalho, a autora utilizou-se de todos os dispositivos referentes à responsabilidade civil do médico, entre eles os do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, além de investigação doutrinária e jurisprudencial, artigos de jornais, revistas, internet, pesquisas de campo e demais instrumentos competentes para atingir os objetivos propostos.

Foram utilizados, no desenvolver da pesquisa, os seguintes métodos: o método histórico para se verificar a evolução da responsabilidade civil até os dias atuais; o método dedutivo porque se utilizará uma norma genérica para analisar o tema diante uma de hipótese específica de responsabilidade civil; e o método comparativo para analisar a responsabilidade na hipótese do profissional previamente contratado pelo paciente e a responsabilidade de quando este integrar o corpo clínico do hospital.

O trabalho foi dividido em cinco capítulos. No primeiro capítulo foi estudada a teoria geral da responsabilidade civil, englobando seu conceito, evolução histórica, teorias, pressupostos, diferenciação entre a responsabilidade civil e penal e cláusula de irresponsabilidade e de não indenizar.

O segundo capítulo tratou da especialidade médica anestesiológica e do profissional que a exerce, destacando-se a formação, especialização e conduta do anestesiologista, as técnicas anestésicas, avaliação pré-anestésica e possíveis conseqüências da anestesia.

O terceiro capítulo, por sua vez, discutiu, de maneira geral, a responsabilidade civil do médico, cuidando de analisar a natureza jurídica desta, a

importância da culpa médica na discussão da matéria, sua previsão no Código de Defesa do Consumidor e a abordagem do assunto em outros países.

O quinto e último capítulo estudou, especificamente, sobre a responsabilidade civil do médico anestesiológico, constatando a natureza contratual da relação formada entre médico e paciente, se esta obrigação era de meios ou de resultados, a importância da comprovação da culpa para o surgimento do dever de indenizar, ônus da prova e a possibilidade de sua inversão, a existência de responsabilização solidária por parte de hospitais, médicos cirurgiões, planos de saúde e auxiliares e em quais situações, a responsabilidade do anestesiológico pelo fato da coisa e a responsabilidade ética dos anestesiológicos.

2 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito

O termo "responsabilidade" tem sua origem na raiz latina *respondere*, de *sponde*, que quer dizer responder a alguma coisa. No direito romano, a *stipulatio* vinculava solenemente o devedor nos contratos verbais, pelo pronunciamento da expressão *dare mihi spondes? Spondeo*, estabelecendo uma obrigação àquele que assim respondesse.

Na sociedade, há o dever de indenizar os danos causados a outrem, o que não deixa de ser uma responsabilidade.

A responsabilidade civil é tida como a obrigação de reparar, mediante indenização, geralmente pecuniária, o dano causado a outrem. É uma garantia, uma correspondência, uma equivalência de contraprestação, uma repercussão obrigacional da atividade humana danosa à outra pessoa.

A conceituação de responsabilidade civil é de inúmera dificuldade, havendo dissensões doutrinárias. Parte da doutrina, ao defini-la, baseia-se na idéia de culpa, como fazem Pirson e Villé (apud DINIZ, 2003, p. 35), enquanto outros, como Josserand (apud DINIZ, 2003, p.36), por analisá-la sob um aspecto mais amplo, não consideram somente a culpabilidade, mas a reparação de prejuízos causados, de equilíbrio de direitos e interesses.

Não basta, para a conceituação de responsabilidade, unicamente a idéia de culpa, devendo abranger também a idéia do risco, qual seja, a responsabilidade sem culpa. Assim estabelece Maria Helena Diniz (2003, p. 35): **“A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”**.

René Savatier, citado por Silvio Rodrigues (2002, p. 6) define

responsabilidade civil como sendo “**a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam**”.

Sabe-se que a responsabilidade gera o dever de indenizar, de reparação de dano, de restauração do equilíbrio, sempre que, em decorrência de uma violação de determinada norma, surgirem danos, sejam esses decorrentes de culpa ou de qualquer outra circunstância que obrigue o responsável a restaurar o *status quo ante*.

Cumpra-se ressaltar que são os conceitos apresentados etimológicos e doutrinários, posto que o Código Civil Brasileiro de 2002 não definiu o instituto.

2.2 Antecedentes Históricos

Segundo a teoria clássica, a responsabilidade civil é baseada em três pressupostos: dano, culpa e nexo de causalidade entre o fato culposo e o dano causado; entretanto, num primeiro momento, não se cogitava o fator culpa.

Historicamente, no início da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que era marcada pela reação conjunta de todo um grupo contra a ofensa causada a um de seus membros por um indivíduo agressor. A responsabilidade era, portanto, objetiva e coletiva, principalmente de índole penal.

O comportamento social aprimorou-se e a reação passou a ser individual, isto é, vingança privada, forma primitiva e selvagem de reparação de danos, pelas próprias mãos, sem quaisquer regras ou limitações, reparava-se o mal pelo mal.

Com a evolução social, mencionado sistema foi regulamentado pela Lei de Talião, e a reação à ofensa causada limitou-se a um mal idêntico ao praticado, "olho por olho, dente por dente". A pena de Talião teve aplicação em diversos monumentos legislativos, tais como o Código de Hamurabi, Êxodo e Lei das XII Tábuas. O Poder Público apenas intervinha no momento de declarar quando e como

o ofendido poderia ter o direito de retaliação.

No período seguinte, a *compositio* ou composição, também adotada no Código de Hamurabi, na Lei das XII Tábuas, no Código de Manu, no Código de Ur-Nammu, no Pentateuco e no Direito Germânico, substituiu a vingança pela compensação econômica. O autor da ofensa repararia seu dano mediante a prestação da *poena*, a critério da autoridade pública - na hipótese de delito público - ou do lesado - se se tratasse de delito privado.

O instituto da composição permaneceu no direito romano com caráter de pena privada, posto que ainda não havia qualquer divisão entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

Entretanto, a grande evolução em matéria de responsabilidade civil ocorreu em Roma, com o advento da *Lex Aquilia*, pela qual o elemento “culpa” passou a ser um requisito da responsabilidade pelo dano sofrido, ou seja, passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente, independentemente de relação contratual pré-existente, estabelecendo as bases da responsabilidade extracontratual ou responsabilidade aquiliana. É a forma pecuniária de indenizar o prejuízo, baseada no estabelecimento de seu valor.

A Lei Aquilia (*Lex Aquilia de damno*) é o divisor de águas da responsabilidade civil porque estabeleceu, pela primeira vez, a responsabilidade de o causador do dano ficar obrigado a pagar o equivalente pela morte de escravos ou destruição de coisas, estabelecendo, de forma inédita, a responsabilidade extracontratual. (VENOSA apud STOCO, 2007, p. 134).

Mais tarde, também aos danos causados por omissão ou aos verificados sem estragos físicos ou materiais a coisa, as sanções dessa lei foram aplicadas.

O Estado passou a intervir nos conflitos privados, obrigando o lesado a abrir mão da vingança privada, aceitando a composição. A composição, na Lei Aquiliana, tinha caráter pecuniário e de reparação, pois não havia, ainda, nítida distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

Na Idade Média, com a estruturação da idéia de dolo e de culpa em sentido estrito, seguida de uma elaboração dogmática de culpa, distinguiu-se a

responsabilidade civil da responsabilidade penal.

Todavia, a responsabilidade civil também evoluiu em relação a seu fundamento. A Revolução Industrial, trazendo um surto de progresso, desenvolvimento industrial e, conseqüentemente, multiplicação de danos, tornou insuficiente a culpa para responsabilizar o autor dos prejuízos que vinham sendo causados, levando a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização, dando origem a uma nova teoria, denominada de “teoria do risco”, sem substituir a teoria da culpa, mas conferindo maior proteção às vítimas. Assim fizeram a legislação civil italiana e o Código Civil Mexicano.

A responsabilidade civil expandiu-se, também, no que tange à sua área de incidência, uma vez que se aumentou o número de responsabilizados pelos danos, de fatores que a caracterizam e de indenizados, posto que a idéia de culpa foi ampliada.

Compreendeu-se, ainda, a existência de uma responsabilidade indireta por atos de terceiros, de animais e coisas sob a guarda ou domínio do indivíduo.

Quanto à indenização, estabeleceu-se o princípio da responsabilidade patrimonial, qual seja, o responsável arcaria com seu patrimônio para indenizar os prejuízos que causasse, não havendo limitação quanto ao valor de indenização do dano causado, exceto nos casos em que houvesse estipulação contratual a respeito.

2.3 Responsabilidade Civil no Direito Atual

O direito moderno segue o conceito de responsabilidade civil fundada na culpa.

O Código Civil Italiano diz, em seu artigo 2.043, que qualquer fato, seja delituoso ou culposo, desde que ocasione prejuízo a terceiros, obriga aquele que o realizou a ressarcir o dano, exceto se for caso de estado de necessidade e legítima defesa e, ainda assim, delega ao juiz o poder de fixação do valor de indenização equânime ao prejuízo suportado.

Foram os franceses que estabeleceram o princípio geral da responsabilidade civil, segundo o qual a obrigação de indenizar deveria ocorrer, qualquer que fosse a gravidade da culpa.

O Código de Napoleão (1804) ao definir que a responsabilidade civil se funda na culpa, influenciou a legislação de todo o mundo, que passou a inserir em suas codificações tal noção. Destacam-se os artigos 1.382 e 1.383, que estabeleceram a idéia de culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual, abrangendo todo o ato da pessoa que representasse uma culpa. Foi no direito francês que surgiram os primeiros pensamentos da teoria objetiva da responsabilidade.

No Brasil, as Ordenações do Reino confundiam a reparação do dano com pena e multa, aplicando subsidiariamente ao direito pátrio o direito romano.

O Código Criminal do Império, de 1830, impunha, em seus artigos 21 e 22, a satisfação dos danos causados pelo delito, sendo que esta deveria ser sempre a mais completa possível. A responsabilidade civil estava intimamente ligada à penal.

O Código Civil de 1916, notadamente influenciado pelo Código Civil Francês consagrou, em seu artigo 159, a teoria da culpa, embora tenha estabelecido os casos específicos de responsabilidade civil sem culpa. Separou-se, de vez, a responsabilidade civil da responsabilidade penal.

Já o atual Código Civil Brasileiro, manteve o princípio da responsabilidade civil baseada na culpa, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e a teoria da responsabilidade sem culpa, nos casos em que a lei especificar. Sua principal inovação foi a previsão de indenização por dano exclusivamente moral.

2.4 Teorias da Responsabilidade Civil

Nos primeiros tempos do direito romano, a responsabilidade era

objetiva, entretanto, não era fundada na idéia de risco. Posteriormente, passou-se a buscar pela culpa do autor do dano - responsabilidade subjetiva - e hoje, por ser a culpa insuficiente para regular todo e qualquer caso de responsabilidade, voltou-se a discutir a responsabilidade objetiva, tanto que a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, §6º, ressalvou a possibilidade de ser objetiva a responsabilidade quando danos forem causados por agentes do serviço público.

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

De acordo com o fundamento que se der à responsabilidade, a culpa será ou não, considerada elemento da obrigação de reparar o dano. Para Silvio Rodrigues (2002, p.11): "Realmente se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na idéia de culpa, e objetiva quando esteada na teoria do risco".

Essa discussão acerca da culpa deu origem a algumas teorias sobre a responsabilidade civil, que serão abordadas nos próximos subtópicos.

2.4.1 Responsabilidade civil subjetiva

Adotada como regra geral da responsabilidade civil desde o revogado Código Civil de 1916 e adotada pelo atual, a culpa é um dos requisitos fundamentais da responsabilidade civil, conforme se verifica no artigo 186 do mencionado diploma.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Também denominada de "teoria da culpa", a teoria da responsabilidade civil subjetiva coloca a culpa como fundamento da responsabilidade civil, de forma que se não houver culpa não haverá responsabilidade. Assim, para que o dano seja indenizável, deve-se comprovar a culpa do agente.

Entretanto, com o aumento das possibilidades e oportunidades de ocorrência de danos, a teoria subjetiva passou a ser insuficiente para cobrir todos os casos de obrigação de reparação, passando a lei a atribuir a certas pessoas e em determinados casos, o dever de reparação de um dano, embora cometido sem culpa, hipótese em que a responsabilidade é dita "objetiva", como se verá adiante.

2.4.2 Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil objetiva ou "teoria do risco" ou, ainda, "responsabilidade legal", pressupõe a reparação do dano, independentemente de culpa, sendo, em muitos casos, presumida pela lei.

Nos casos de responsabilidade civil objetiva, não há que se fazer prova de que houve culpa por parte do agente para que este seja obrigado à reparar o dano causado. Sendo descartada por completo a apuração da culpa do agente, se faz necessário, apenas, o nexos causal entre o ato do agente e o dano experimentado pela vítima.

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. (STOCO, 2004, p. 149).

A teoria do risco estabelece que todo aquele que exercer atividade que

crie risco de dano para terceiros será obrigado a repará-lo, caso o dano se efetive, ainda que esteja sua conduta isenta de culpa, encontrando respaldo no artigo 927 do Código Civil.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Como exemplo, tem-se o transporte de pessoas; independentemente de se provar ou não a culpa do transportador, a responsabilidade deste é objetiva, ou seja, presume-se a culpa.

Em tais hipóteses, a culpa é presumida pela lei ou esta simplesmente dispensa sua comprovação. Nos casos em que a lei presumir a culpa do agente, inverter-se-á o ônus da prova, cabendo à vítima provar que a ação ou omissão que causou o resultado danoso partiu do réu, uma vez que a culpa já se presumiu.

2.4.3 Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002, embora regule casos de responsabilidade objetiva, adota como regra a teoria subjetiva, conforme se verifica no artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Já a tese da teoria do risco foi adotada em vários dispositivos legais, destacando-se, entre eles, o Código de Defesa do Consumidor, o que não significa que a responsabilidade objetiva substitui a subjetiva, mas sim que esta fica circunscrita àquela.

Quanto a adoção da teoria objetiva ou subjetiva expressa Miguel Reale (apud GONÇALVES, Carlos Roberto, 2007, p. 33):

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é o ponto fundamental.

Conclui-se que ambas as teorias devem se conciliar, buscando maior número de soluções para litígios que possam advir.

2.5 Pressupostos

O artigo 186 do Código Civil estabelece a regra de que todo aquele que causar dano a outrem fica obrigado à reparação do mesmo.

Através da simples análise do artigo 186 do Código Civil, extrai-se que quatro são os pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão, dano, nexo causal (relação de causalidade) e culpa ou dolo, que serão descritos individualmente a diante.

No entanto, para que a responsabilidade civil fique caracterizada é necessário que todos os seus pressupostos estejam presentes, cumulativamente, da mesma forma em que há possibilidade de que todos estejam caracterizados e inexistente a obrigação de indenizar, hipótese em que se estará diante de uma excludente de responsabilidade. São excludentes da responsabilidade civil, por romperem com o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima, o estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito, estrito cumprimento de dever legal, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

2.5.1 Conduta (ação ou omissão)

Conduta significa forma de proceder. Só haverá responsabilidade civil se subsistir determinado comportamento humano que resulte em um resultado lesivo.

Sem uma conduta, seja ela positiva ou negativa, não há como se falar em obrigação de indenizar; sobre o assunto, se expressa Rui Stoco (2004, p.131): "não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica. Ação e omissão constituem, por isso mesmo, tal como no crime, o primeiro momento da responsabilidade civil".

A conduta positiva (ação), automaticamente, gera uma análise automática sobre a presença dos demais requisitos caracterizadores da responsabilidade civil. Já a conduta negativa (omissão) conduz a uma formulação menor, pois nem sempre toda conduta negativa de que um dano decorra pode gerar responsabilidade civil.

Em relação à conduta, esta pode ser própria (direta) ou por meio de ato de terceiro (indireta). A responsabilidade direta recai sobre aquele que, em razão de sua conduta, omissiva ou positiva, causou danos; já a responsabilidade indireta recai sobre a pessoa que não foi causadora do dano, mas que é responsável por ele, tal como a responsabilidade dos pais perante os menores, sendo as hipóteses elencadas pelo artigo 932 do Código Civil.

2.5.2 Dano

O dano é elemento fundamental da responsabilidade civil, pois é a partir dele que surge o dever de indenizar. Somente haverá possibilidade de indenização se a conduta do agente ocasionar um dano, embora se admita, de forma excepcional, a responsabilidade civil sem a efetiva ocorrência de dano,

geralmente restrito ao direito ambiental.

Dano é qualquer afetação na esfera de interesse da vítima, é o prejuízo decorrente da conduta do agente.

O dano pode ser, tanto material, quanto moral, não importando sua natureza; porém, sem a prova de que este ocorreu, ninguém poderá ser responsabilizado civilmente.

Acerca da compensação moral, explica Sergio Cavalieri Filho (2007, p. 78): "...o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização".

Originariamente, somente o dano material (patrimonial) era indenizável, posto que este possuía valoração econômica, além de expressa previsão legal, não havendo indenização aos prejuízos morais, principalmente devido à influência do direito canônico, que expressava que os valores extra-terrenos eram pertencentes somente a Deus, não cabendo ao homem seu questionamento e, muito menos, sua valoração.

A partir da metade do século XX o foco da indenização sofreu alterações, passando a jurisprudência a reconhecer, também, a indenização decorrente de danos morais, inclusive cumulando-a com o dano material. É o que expressa a Súmula 37 do colendo Superior Tribunal de Justiça: "São cumuláveis as indenizações por dano material e moral, oriundos do mesmo feito".

2.5.3 Nexo causal (relação de causalidade)

O nexos causal é um dos elementos essenciais da responsabilidade civil, também denominado de "relação de causalidade"; nada mais é do que a relação de causa e efeito, um vínculo, uma ligação existente entre a ação ou omissão do agente (conduta) e o dano causado (resultado), de forma que, estando ele ausente, não haverá o dever de indenizar. A responsabilidade objetiva, embora

dispense o elemento culpa, jamais dispensará o nexo causal.

É preciso haver um elo de ligação entre o fato e a produção do resultado, de forma que esse resultado seja diretamente produzido pelo fato originado pela conduta do agente. A relação de causalidade, no direito civil, busca a causa efetiva do dano provocado pelo agente, ou seja, se a causa puder levar, por si só, ao resultado final, haverá o nexo causal.

Não basta que o agente tenha tido uma conduta omissiva ou comissiva ou que a vítima tenha experimentado um dano, é necessário que haja uma relação de causalidade entre esses dois elementos, ou, na expressão de Demogue (apud STOCO, 2004, p. 146), "é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção o dano não ocorreria".

2.5.4 Culpa ou Dolo

Na responsabilidade objetiva, os elementos já estariam presentes (conduta, dano e nexo causal), entretanto, esta é exceção à regra adotada pelo Código Civil, qual seja, a responsabilidade subjetiva, que impõe a necessidade da presença do elemento culpa.

Não se pode confundir o instituto "culpa" do direito civil com a "culpa" do direito penal. A culpa penal é uma culpa mais rígida, de forma que as excludentes de culpabilidade do direito penal não se aplicam ao direito civil. Em direito civil, haverá culpa toda vez que a conduta de um indivíduo for contrária à conduta considerada normal, socialmente desejada para o homem médio, devendo sempre, para sua caracterização, haver a avaliação se aquela conduta era previsível e evitável.

A culpa, em sentido amplo, engloba tanto o dolo - consciência e intenção de provocar o dano - como a culpa em sentido estrito, nas modalidades grave, leve ou levíssima.

A culpa em sentido estrito traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*. (STOCO, 2004, p.132).

A culpa grave é aquela na qual o sujeito age em desconformidade com a conduta considerada normal para o homem mediano, ou seja, é a conduta que seria evitada pelo homem médio, sendo falta imprópria ao comum dos homens, tem-se como exemplo o motorista que, em via pública onde se encontram transitando inúmeros pedestres, faz “cavalo-de-pau”, vindo a atingi-los com seu veículo; a culpa leve é a infração do dever de diligência, que seria evitada pelo homem médio, se este soubesse a previsão do resultado, é o caso daquele que deixa um vaso, ainda que preso por amarras, no parapeito da janela de seu apartamento, que, ao ter a amarra rompida, atinge alguém; a culpa levíssima é aquela na qual embora o resultado tenha sido previsível, somente a pessoa acima dos padrões medianos poderia evitar, posto que exigiria habilidades e conhecimentos especiais, é o que se dá quando o dono de um cachorro que coloca mordaca em seu animal, mas esta, por defeito de fabricação, vem a romper-se, e o animal abocanha um indivíduo que passava pelo local naquele momento.

Para o Direito Civil, em razão da responsabilidade aquiliana consagrada pelo Código Civil, pouco importa o grau de culpa, o dever de indenizar é o mesmo e este é medido segundo a extensão do dano, conforme expressa o artigo 944, parágrafo único do Código Civil.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

É possível classificar a culpa, ainda, segundo sua natureza e conteúdo. Quanto a natureza do dever violado, a culpa pode ser dividida em culpa contratual – quando baseada em um contrato, sendo que a culpa surge de forma mais clara e definida, já que existe a descrição de uma obrigação preexistente em um negócio jurídico que foi descumprida – ou culpa aquiliana (extracontratual) – na qual há um dever geral de abstenção, sendo que a culpa ficará caracterizada quando houver

violação de preceito geral de direito.

Em relação ao seu conteúdo, a conduta culposa pode ser *in eligendo*, ou seja, quando decorrer da má escolha do representante; *in vigilando*, quando decorre da ausência de fiscalização; *in custodiendo*, quando decorre da ausência de cuidados na guarda de pessoas, animais ou objetos; *in commitendo*, quando decorre de uma ação e *in omittendo*, quando decorre de uma omissão.

Embora para a responsabilidade civil não haja muita relevância entre a distinção das formas de culpa, há casos em que a jurisprudência e o próprio legislador citam situações em que a distinção entre as formas e culpa interferem na responsabilidade civil, principalmente no valor da indenização, dessa forma existem duas formas de culpa relevantes: culpa conjunta e culpa concorrente. Na culpa conjunta, mais de um agente causador direto responderá pelo dano causado; na culpa concorrente, também há mais de um agente causador, só que um deles é a própria vítima. Havendo excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, o valor da indenização.

2.6 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal

No Brasil, as jurisdições civil e penal são independentes; entretanto, por ser a descrição da conduta penal uma tipificação restrita, a princípio, há o dever de indenizar, enquanto que o ilícito civil nem sempre configurará uma conduta descrita pela legislação penal como punível.

Quanto a responsabilidade penal, manifesta-se Rui Stoco (2004, p. 120): “A responsabilidade penal pressupõe uma turbação social, determinada pela violação da norma penal, sendo necessário que o pensamento exorbite do plano abstrato para o material, pelo menos em começo de execução”.

Para a caracterização da responsabilidade penal, o sujeito deve transgredir uma norma de direito público. Esse dano causado afeta a paz social, logo, o interesse que se lesa pertence a sociedade. A ação que repreende o ilícito

penal não se importa com os danos causados aos particulares, somente com dano social, de forma que busca restabelecer o equilíbrio, assim, a sanção penal imposta ao sujeito transgressor tem caráter preventivo, de punição e de ressocialização, no intuito de que este não volte a violar a legislação.

A responsabilidade penal é, portanto, modalidade de responsabilidade pessoal, intransferível, respondendo o condenado com a privação de sua liberdade, devendo estar cercada de todas as garantias e princípios assegurados pela Constituição Federal.

A responsabilidade civil, por sua vez, possui caráter quase que exclusivamente patrimonial, envolvendo toda e qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que viole direito ou cause prejuízo a outrem. Ao contrário da responsabilidade penal, a responsabilidade civil visa a compensação patrimonial; é o patrimônio do devedor que responde pelas obrigações deste, de forma que ninguém pode ser privado – exceto no caso de depositário infiel e dever de pensão originária do direito de família – de sua liberdade por dívida civil.

Embora distintas a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, existe influente relação entre ambas as disciplinas. A sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente do ato criminoso condenado, na forma da legislação penal vigente, isso porque é incabível a discussão no juízo cível sobre a existência da autoria do delito ou do fato criminoso se esta já se encontrar sentenciada no juízo penal. Entretanto, o mesmo não acontece com a sentença penal absolutória, posto que esta não predomina sobre a ação indenizatória, que poderá resolver toda a matéria dentro do juízo cível.

2.7 Da Cláusula de Irresponsabilidade e de Não Indenizar

A cláusula de irresponsabilidade e de não indenizar consiste numa cláusula pela qual se convencionam que uma das partes contratantes não será responsável pelos danos que, porventura, possam ocorrer em virtude do

inadimplemento total ou parcial do contrato. Através desta cláusula, altera-se o sistema de riscos no contrato. Não tem mencionada cláusula o objetivo de afastar a responsabilidade da parte inadimplente, mas apenas a obrigação desta de indenizar.

Para Aguiar Dias (apud GONÇALVES, 1995, p. 528), "...a cláusula ou convenção de irresponsabilidade consiste na estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum a o seu caso. Visa anular, modificar ou restringir as conseqüências normais de um fato da responsabilidade do beneficiário da estipulação".

Muito se questiona na doutrina a respeito da validade desse tipo de cláusula. Parte dos autores, baseando-se no princípio da autonomia da vontade, estabelece que as partes possuem liberdade de estipularem o que bem entenderem em seus contratos, desde, é claro, que o contrato seja lícito. Outros a consideram como cláusula imoral, contrária ao interesse social, não possuindo validade, portanto.

Assim, embora sejam muitas as leis que consideram nulas tal cláusula, tal como faz o Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo, sua validade depende da presença de pelos menos dois requisitos básicos: bilateralidade do consentimento e não colidência com preceito cogente de lei, ordem pública e bons costumes.

3- DA ANESTESIOLOGIA

Até cerca da primeira metade da década de 50, a anestesiologia não era considerada como especialidade autônoma da Medicina, de maneira que era o próprio cirurgião o encarregado da aplicação do medicamento anestésico.

Posteriormente, com a especialização dos profissionais dessa área, a anestesiologia passou a ocupar posição de destaque, sendo hoje tão essencial quanto a cirurgia.

3.1 Conceito

Popularmente denominada “anestesia”, a palavra “anestesiologia” tem origem no termo grego, *anaesthesia*, que significa insensibilidade.

Considerada como um dos procedimentos mais importantes e consagrados na Medicina, a anestesiologia é a especialidade médica dedicada à anestesia propriamente dita e às suas atividades complementares, que “estuda e proporciona ausência ou alívio da dor e de outras sensações ao paciente que necessita realizar procedimentos médicos” (WIKIPEDIA, 2007), tais como cirurgias ou exames diagnósticos, de forma que este não sinta dor e continue com os órgãos funcionando normalmente. É ela essencial e complementar aos procedimentos cirúrgicos, posto que viabiliza maior conforto e segurança aos pacientes.

Nas palavras de Guilherme Chaves Sant’Anna (apud ROMANELLO NETO, 1998, p. 130), anestesia é “a abolição da sensibilidade dolorosa, seguida da perda das sensibilidades térmicas e táctil, podendo ser ou não acompanhada de inconsciências. Diz-se que há “analgésia” quando ocorre apenas abolição da dor; e “anestesia geral” quando também existe inconsciência”.

Recentemente, essa especialidade vem expandindo sua gama de atuação, principalmente nas áreas de controle da dor, tanto crônica quanto aguda, e reanimação.

Por ser um ato médico, a administração da anestesia somente pode ser realizada por profissional que estiver registrado no Conselho Regional de Medicina (CRM).

3.2 Anestesiologista: Conceito, Formação, Especialização e Conduta

O médico anestesiologista é o profissional médico que pratica a especialidade médica Anestesiologia, reconhecida no Brasil pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

Cabe a esse profissional a realização ou aplicação da anestesia, que consiste na supressão ou redução da dor, da consciência, da memória, do tônus muscular e dos reflexos de proteção, durante procedimentos cirúrgicos, terapêuticos ou diagnósticos, não sendo obrigatória sua ação em todos eles ao mesmo tempo.

Também cabe ao anestesiologista o acompanhamento do paciente durante todo o procedimento cirúrgico a ser realizado, mantendo vigilância constante e individual sobre todas suas funções orgânicas do paciente, intervindo prontamente quando necessário.

A formação do médico anestesiologista inicia-se na Faculdade de Medicina, reconhecida e credenciada pelo Ministério da Educação, que tem duração de seis anos, sendo ministrados cursos específicos, além de aulas teóricas e práticas, e termina com sua especialização médica e/ou residência médica, realizada em um centro de ensino e treinamento supervisionado pela Sociedade Brasileira de Anestesiologia e pelo Ministério da Educação; tal especialização tem a duração de três anos.

O especialista em Anestesiologia é graduado pela Sociedade Brasileira de Anestesiologia, por meio da realização de programas e cursos de pós-graduação de dois anos intensivos.

O profissional médico anesthesiologista deve compromissar sua conduta com as posturas éticas exigidas pela profissão. Deve, também, possuir conhecimento científico amplo, habilidade, pontualidade, bom senso, além de ser disciplinado, principalmente no tocante ao respeito ao paciente. O respeito ao paciente inclui o dever de cumprir com as exigências e normas estabelecidas para a realização do ato anestésico, entre elas a permanente monitoração das funções vitais do paciente, de maneira que o anesthesiologista não pode se ausentar da sala de cirurgia, posto que, sendo ele o responsável pela técnica anestésica, é ele quem deve controlá-la, utilizando-se de monitores e instrumentos capazes de permitir a constante avaliação clínica do paciente.

3.3 Técnicas Anestésicas

A escolha da técnica anestésica que a ser aplicada ao paciente é atribuição do anesthesiologista, que, a partir de avaliações clínicas e médicas realizadas no paciente, indicará qual a técnica mais indicada para cada caso.

O paciente pode até sugerir determinada técnica e esta ser aceita pelo anesthesiologista, mas a decisão soberana cabe sempre ao profissional.

A seguir, a autora fará uma breve descrição das técnicas mais utilizadas na anestesiologia.

3.3.1 Anestesia local

A anestesia local consiste na aplicação de anestésicos locais nas proximidades das áreas a serem operadas, sendo a lidocaína o anestésico mais utilizado. Possui como efeito a supressão da dor local por bloqueio dos receptores nociceptivos, por curta duração de período e plena recuperação sensitiva posterior.

Essa técnica geralmente é utilizada em cirurgias de superfície de pequeno ou médio porte, como por exemplo, a excisão de pequenos tumores da derme (remoção de verrugas, corpos estranhos etc.).

Apesar de, popularmente, ser considerado o tipo de anestesia que menos riscos ocasiona ao paciente, a anestesia local não se pode dizer que a anestesia local seja totalmente isenta de riscos, pois, em determinados casos esses riscos existem e, inclusive, podem ser fatais.

3.3.2 Anestesia regional

Também denominada de “bloqueio regional”, como a própria terminologia exprime, a anestesia regional é realizada através do uso de anestésico local, em área de abrangência maior em relação à região do corpo onde será realizada a cirurgia, visando a anestesia de todo ou parte do membro superior ou inferior, ou até mesmo o bloqueio de troncos nervosos ao nível do cotovelo, do punho, e plexo cervical, ou ainda nas porções próximas aos dedos, visando a anestesia desses.

Tal técnica é utilizada em reduções incruentas de fratura de ossos de ante-braços, retiradas cirúrgicas de fratura na cabeça do rádio (fratura em cotovelo), tratamento cirúrgico da síndrome do túnel do carpo, tratamento cirúrgico de dedo em gatilho, entre outros.

3.3.3 Anestesia geral

A anestesia geral consiste na aplicação de anestésicos por via intramuscular, endovenosa ou inalatória, por meio da qual o paciente permanece em estado de inconsciência reversível, imobilidade, analgesia e bloqueio dos reflexos autômicos.

Esse tipo de anestesia é utilizada em casos de colecistectomia (retirada da vesícula), esplenectomia (retirada do baço), tumores infra-abdominais, transplantes cardíacos, transplante de fígados, dentre outras.

3.3.4 Anestesia peridural ou epidural

A anestesia peridural ou epidural baseia-se na aplicação de anestésico local no espaço virtual existente a nível medular (sistema nervoso periférico), que bloqueia os reflexos sensitivos e motores abaixo do local de aplicação.

Embora, à primeira vista, apresente semelhança com a técnica anestésica regional, a anestesia peridural ou epidural é uma modalidade distinta; porque a anestesia regional não proporciona o relaxamento muscular necessário a certas intervenções cirúrgicas, fato que ocorre na técnica peridural.

A anestesia epidural é utilizada em analgesia de parto, quando necessário o procedimento anestésico, cirurgias do abdômen inferior (caso de cisto de ovário, apendicectomia e histerectomia – retirada do útero), dentre outros casos cirúrgicos.

3.3.5 Sedação consciente

A técnica anestésica da sedação consiste na diminuição dos reflexos cognitivos sem perda da consciência. Esse tipo de anestesia é administrado através de substâncias químicas agindo no sistema nervoso central, reduzindo o “estado de vigília”. Tal técnica é utilizada nos transplantes capilares e facectomia (cirurgia de catarata), dentre outros atos cirúrgicos.

3.3.6 Raquianestesia

Denominada também de anestesia raquidiana, anestesia intra-tecal ou intra-dural, a raquianestesia consiste na administração de anestésico local diretamente no líquido, de início rápido de ação e boa intensidade de bloqueio sensitivo e motor, que é o relaxamento muscular.

A anestesia raquidiana difere da anestesia regional da mesma maneira pela qual a epidural também difere, ou seja, no relaxamento muscular e extensão do bloqueio, que na raquianestesia e epidural é muito maior.

Em relação à epidural, a raquianestesia tem como diferença o local de aplicação do anestésico, sendo que na epidural o anestésico é depositado no espaço virtual localizado antes da dura-máter e, na raquianestesia, a aplicação é feita diretamente no líquido céfalo-raquidiano; outra diferença diz respeito ao volume e concentração do anestésico local utilizado, que, na raquianestesia, possui volume sempre maior.

A raquianestesia pode ser utilizada nos procedimentos cirúrgicos relacionados à fraturas de membros inferiores, cirurgias abdominais, entre outros.

3.4 Avaliação pré-anestésica e orientações e cuidados no pós-operatório

Avaliação pré-anestésica é uma consulta médica de avaliação clínica e especializada que deve ser realizada anteriormente à prática de uma anestesia, na qual o anesthesiologista efetua uma espécie de entrevista com o paciente, com o intuito de obter informações quanto às condições patológicas e físicas do paciente, tais como a existência de doenças, alergias, uso de medicações e a dose utilizada, realização de cirurgia anterior em que foi necessária a aplicação de alguma técnica anestésica e a qual cirurgia estará sendo submetido.

Nessa avaliação pré-anestésica, deverá ser promovida, também, uma avaliação quanto ao estado físico geral e também do coração, pulmão e vias aéreas do paciente, devendo ser checados as radiografias e testes laboratoriais por ele realizados.

É nesta avaliação que o anesthesiologista deve informar ao paciente sobre quais cuidados serão necessários durante e após a realização do procedimento médico, sendo elas, basicamente: o período de jejum pré-operatório, que será de oito horas para sólidos e de quatro a seis horas para líquidos; o não consumo de bebidas alcoólicas e o uso de fumo previamente à intervenção cirúrgica; a retirada de peças dentárias móveis e lentes de contato; a não utilização de cosméticos e acessórios antes da cirurgia; as informações gerais sobre a técnica anestésica que será realizada naquele procedimento; a rotina dessa técnica e a prescrição das medicações pré-anestésicas que deverão ser tomadas na entrada do centro cirúrgico, de forma a tornar o procedimento menos estressante.

No que diz respeito ao pós-operatório, o anesthesiologista tem o dever de observar o paciente até que estejam terminados todos os efeitos relacionados com a anestesia aplicada, de forma que os pacientes devam permanecer em um setor especial, denominado de “sala de recuperação pós-anestésica”, onde serão observados, de forma contínua, após a realização da cirurgia.

3.5 Regulamentação

3.5.1 Resolução 1802/2006 do Conselho Federal de Medicina

No Brasil, a regulamentação da prática da anestesiologia, assim como a discriminação das condições mínimas exigidas para segurança dos pacientes e a divisão de responsabilidade entre os profissionais que a exercem e os hospitais, é especificada na resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) número 1802/2006.

O Conselho Federal de Medicina, criado em 1951, é o órgão responsável pela fiscalização e normatização da atividade médica no Brasil, sendo de sua responsabilidade o registro profissional do médico e aplicação de sanções do Código de Ética Médica. Preceitua a defesa da boa prática médica, o exercício profissional ético, a boa formação técnica e humanista dos médicos e a qualidade dos serviços prestados por esses à população.

A resolução do CFM número 1802/2006 revogou a resolução número 1363/1993 e dispõe, em seus sete artigos e quatro anexos, sobre o ato anestésico, norteando o exercício profissional do anestesiológico, indicando, entre outros, os recursos necessários para sua atuação, conferindo, assim, maior segurança ao paciente. Foi desenvolvida considerando que é dever do médico anestesiológico guardar absoluto respeito pela vida humana, não podendo, em qualquer circunstância, praticar atos que afetem ou concorram para prejudicá-la; que por ser a saúde do ser humano o objeto de toda a atenção do médico, em benefício desta deverele agir com o máximo de zelo e no melhor de sua capacidade profissional; que o médico anestesiológico deve atualizar e aprimorar continuamente seus conhecimentos, usando o progresso científico em benefício do paciente; a necessidade de atualização e modernização da prática do ato anestésico; da exigência da sala de recuperação pós-anestésica.

3.5.2 Sociedade Brasileira de Anestesiologia

A Sociedade Brasileira de Anestesiologia (SBA), criada em 1948, é responsável pela representação dos médicos anesthesiologistas, congregando mais de cinco mil profissionais no Brasil, sendo a segunda maior sociedade de anestesiologia no mundo.

Trata-se de uma associação civil, desprovida de finalidade econômica, destinada a reunir os médicos anesthesiologistas, promovendo o progresso, aperfeiçoamento e difusão da Anestesiologia, estabelecendo normas para o treinamento na especialidade médica.

É a Sociedade Brasileira de Anestesiologia a responsável pela defesa dos interesses profissionais de seus membros, bem como fazer cumprir o Código de Ética Médica, o Código Profissional e Econômico da Sociedade Brasileira de Anestesiologia, além de patrocinar congressos da especialidade, de âmbito nacional e internacional e publicar a Revista Brasileira de Anestesiologia e a Anestesiologia em Revista.

Através dessa associação confere-se ao profissional médico devidamente habilitado o Título Superior em Anestesiologia (TSA), o Título de Especialista em Anestesiologia (TEA) e o Certificado de Área de Atuação em Dor.

3.6 Erros em Anestesiologia

A especialidade da anestesiologia é considerada de alto risco profissional. São exemplos de erros e condutas reprováveis puníveis mais freqüentes na atividade do anesthesiologista a ausência de avaliação pré-anestésica, má escolha na técnica anestésica a ser utilizada, retirada da sala de cirurgia durante

a realização da anestesia, falta de revisão e controle dos equipamentos, máquinas e monitores utilizados, dentre outros.

Esses principais erros em anestesiologia podem ser catalogados em três principais grupos: erros de diagnóstico, erros de técnica e erros de terapêutica.

O erro de diagnóstico consiste nos equívocos de avaliação clínica e exames complementares que não levam ao diagnóstico preciso da enfermidade que atinge o paciente. Em anestesiologia, o uso de técnica anestésica incorreta mediante certas patologias pré-existentes configura erro de diagnóstico.

O erro de técnica, por sua vez, é a falta de conhecimento anatômicos e/ou fisiológicos em anestesia durante a realização do procedimento proposto. É o caso da ocorrência de lesão medular (que pode ser desde disfunções anatômicas de determinados segmentos corpóreos até para ou, excepcionalmente, tetraplegia) por punção intra ou extra dural além dos limites anatômicos estabelecidos como seguro.

Já o erro de terapêutica se dá quando, tendo sido dado um diagnóstico para determinada enfermidade, não se procedeu ao tratamento adequado. Esse tipo de erro não é muito comum em anestesiologia, posto que esta não é terapêutica, sendo mais comumente encontrado na especialidade de dor, derivada da anestesiologia.

3.7 Possíveis conseqüências da anestesia

O surgimento de novas drogas e equipamentos modernos vêm reduzindo consideravelmente os riscos de acidentes anestésicos.

As possíveis conseqüências da anestesia vão desde os resultados desejáveis, tais como a analgesia (ausência de dor e relaxamento muscular), até efeitos colaterais adversos, como o choque anafilático (reação auto-imune do organismo, intensa, rápida e violenta a qualquer substância), parada cardio-respiratória, podendo ocasionar desde danos leves até danos graves aos pacientes.

Juridicamente, as possíveis conseqüências indesejáveis do ato anestésico podem repercutir tanto no campo civil quanto no penal, gerando, respectivamente, a reparação civil por violação a um dos dispositivos do Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor, se presentes e caracterizados os elementos ensejadores, e a responsabilidade criminal, através da configuração dos crimes de lesão corporal leve, grave ou gravíssima ou, até mesmo, homicídio culposo.

4- DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

4.1 Introdução e Conceito

No exercício da Medicina qualquer falha pode ter conseqüências irreversíveis, já que a vida perdida não se pode recuperar.

As ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar na Justiça Brasileira crescem de forma alarmante a cada ano, de forma que em uma década, segundo dados do Conselho Federal de Medicina (CFM), o número de processos por imperícia ou negligência aumentou sete vezes. As causas desse aumento são inúmeras: qualidade insuficiente de ensino, serviços insatisfatoriamente prestados, maior procura pelo serviço e, até mesmo, maior consciência por parte da população sobre seus direitos e facilidade de acesso à Justiça.

Visando atenuar os riscos do exercício da atividade médica, e, conseqüentemente, o erro profissional, diversos requisitos legais são exigidos para o exercício laborativo desta, dentre os quais a diplomação em curso universitário devidamente reconhecido e até a inscrição em órgão especial, entretanto, ainda que devidamente cumpridos, não eximem tal categoria de responsabilização pelos danos que possam causar a outrem por violação do dever a que estava adstrito.

Para Genival Veloso França (1998, p. 389), a responsabilidade civil do médico é a *“obrigação, de ordem civil, penal ou administrativa, a que estão sujeitos os médicos, no exercício profissional, quando de um resulta lesivo ao paciente, por imprudência, imperícia ou negligência”*.

A responsabilidade civil do médico, portanto, é a obrigação que tais profissionais possuem de suportarem, na área cível, toda e qualquer conseqüência decorrente de sua atividade, no exercício de sua profissão, desde que devidamente preenchidos os ditames legais.

4.2 Natureza Jurídica

Embora ainda existam divergências, a doutrina, praticamente de forma unânime, estabelece a natureza da responsabilidade civil do médico como contratual, desde que haja convenção, ou seja, relação jurídica preexistente entre o médico e o paciente, ainda que verbal. Não haveria como ser de outra forma, em razão da forma como se constitui a relação médico-paciente. O paciente, de maneira geral, escolhe um profissional que seja de sua confiança, constituindo, assim, verdadeiro vínculo contratual.

Ainda que, de natureza contratual, o médico não assume a obrigação de curar o paciente ou salvá-lo, mas sim de prestar seus serviços de acordo com as regras e métodos da ciência da Medicina, entre os quais se incluem os devidos cuidados e aconselhamento.

É por isso que a obrigação que o profissional médico assume é dita de meio e não de resultado, de modo que uma vez não atingido o resultado esperado, não há como se falar em inadimplemento contratual.

Entretanto, inexistindo contrato, como nos casos de atendimento de emergência, nos quais o doente fica impedido de manifestar sua vontade devido à gravidade de sua situação (parada cardíaca, por exemplo) ou falta de tempo hábil para tanto, o profissional médico deve realizar o tratamento, independentemente de autorização, estando isento de qualquer responsabilidade por não tê-la obtido. Somente será possível falar em responsabilidade se a conduta realizada pelo médico causar dano ao paciente, desde que tenha este decorrido de imprudência, negligência ou imperícia.

Indenizatória – Reparação de danos – Testemunha de Jeová – Recebimento de transfusão de sangue quando de sua internação – Convicções religiosas que não podem prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida – Conduta dos médicos, por outro lado, que pautou-se dentro da lei e ética profissional, posto que somente efetuaram as transfusões sangüíneas após esgotados todos os tratamentos alternativos – Inexistência, ademais, de recusa expressa a receber transfusão por parte da autora – Ressarcimento, por outro lado, de

despesas efetuadas com exames médicos, entre outras, que não merece acolhido, posto não terem sido os valores despendidos pela apelante. Recurso Improvido. (AP. 123.430.4-4-00-Votorantim-Sorocaba, 3ª Cam.Dir.Privado, rel. Dês. Flávio Pinheiro).

Cumpra-se ressaltar que a responsabilidade é do Estado (Administração Pública), nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal, se a falha ou erro médico ocorrer em hospital ou qualquer outro estabelecimento público. É o princípio da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus agentes causem a terceiros, que estabelece que demonstrado o dano, independentemente de culpa ou não deste ente, cabe a indenização por este, a menos que seja hipótese de culpa exclusiva da vítima (paciente), caso fortuito ou força maior. Há, conseqüentemente, direito de regresso do ente público contra o médico (empregado), desde que haja dolo ou culpa por parte deste.

4.3 Culpa Médica

O Código Civil Brasileiro estabeleceu por meio de seus artigos 186 e 951 a adoção da teoria subjetiva para a configuração da responsabilidade do profissional da medicina, de forma que para que o autor (paciente) obtenha a reparação do possível dano experimentado deva provar o dolo ou a culpa em sentido estrito (*stricto sensu*) do agente (médico), além, é claro, dos demais elementos anteriormente analisados (dano, nexa causal e conduta omissiva ou comissiva).

Logo, a culpa é elemento imprescindível para que ocorra a responsabilização do médico. Aquele que causa prejuízo a outrem em virtude de sua imprudência, negligência e/ou imperícia age com culpa, sem importar qual o grau desta.

Culpa médica, portanto, constitui toda ação ou omissão do profissional médico imprudente, negligente ou imperito que cause qualquer dano, seja moral ou material, ao paciente.

4.3.1 Imprudência

Derivada do latim, *imprudentia*, a palavra imprudência remete à falta de atenção, imprevidência, descuido. Age com imprudência o profissional médico que não atua com cautela naquela determinada situação, cuja conduta é marcada pela audácia, intempestividade e precipitação. Trata-se de desatenção culpável, em decorrência da qual se deu um resultado indesejado que poderia ter sido previsto pelo imprudente, mas não o foi. É a culpa *in comittendo*.

Na imprudência há culpa comissiva, sendo o caso dos cirurgiões que aplicam, eles mesmos a anestesia, a realização de anestésias simultâneas pelo mesmo profissional médico anestesiológico ou, ainda, a submissão de paciente à determinada espécie de anestesia sem a solicitação de exames pré-anestésicos que sejam necessários.

4.3.2 Negligência

“Negligência”, do latim, *negligentia*, de *negligere*, que significa desprezar, não cuidar, desatender. É a falta de cuidado ou de precaução em determinados atos que geram maus resultados que poderiam não existir se tivessem sido executados com maior atenção e precaução.

Trata-se a negligência de ato omissivo. A negligência médica é caracterizada pela inação, inércia, passividade, indolência. São exemplos de negligência médica o esquecimento de objetos estranhos dentro do organismo de pacientes, prática ilegal da Medicina por estudantes, letra ilegível de médico etc.

4.3.3 Imperícia

Do latim, *imperitia*, de *imperitus* (ignorante, inexperiente, inábil). A imperícia constitui na falta de observação de normas, conhecimentos técnicos, despreparo prático para o exercício de uma determinada profissão. É a incapacidade de exercer determinado ofício por falta de conhecimentos necessários ou de habilidade.

A imperícia leva o médico à culpa, tornando este responsável civil e/ou penalmente pelos danos decorrentes de seus erros ou falhas. É exemplo de imperícia o médico obstetra que durante uma cesaria corta a bexiga da paciente.

4.4 A Responsabilidade Civil Médica e o Código de Defesa do Consumidor

A responsabilidade pelos danos causados aos consumidores pelos serviços prestados de forma defeituosa é regulada pelo artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), sendo consagrado o princípio da responsabilidade objetiva do sujeito prestador de serviços, de forma que, independentemente da presença da culpa, seja de meio ou de resultado a obrigação, responderá pelo dano causado, bastando a constatação do nexo de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva e o resultado.

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º - O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Contudo, o parágrafo 4º do mencionado artigo aponta para uma exceção à esta regra, estabelecendo que a responsabilidade pessoal em relação aos profissionais liberais será aferida mediante a verificação de culpa. Nesta exceção se encaixam os médicos, assim como os anestesiólogos, objeto da presente pesquisa.

Mesmo estando afastada a responsabilidade objetiva dos médicos pelo Código de Defesa do Consumidor, o artigo 6º deste diploma estabelece a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, incumbindo ao profissional a prova em juízo de que não agiu com imprudência, negligência ou imperícia no exercício de sua atividade.

É importante destacar nesta exceção somente se encaixam os profissionais liberais (prestador de serviço que usa de seu conhecimento como ferramenta de sobrevivência, exercendo atividade remunerada em favor de outrem, sem estabelecer com este qualquer vínculo) e nunca a pessoa jurídica que o profissional possa integrar ou para qual possa estar prestando serviços. Assim, enquanto que a responsabilidade do hospital é apurada objetivamente, a do médico que trabalha depende da culpa, subjetivamente, portanto.

Somente havendo vínculo empregatício entre o médico e o hospital é que a vítima poderá demandar em face deste, fazendo apenas a prova da efetiva ocorrência do dano, cabendo ao estabelecimento a prova de qualquer das excludentes do parágrafo 3º do artigo 14, como única forma de se esquivar da obrigação.

Aos médicos, ainda, dever-se-ão aplicar os demais ditames previstos pelo Código de Defesa do Consumidor, tais como os direitos básicos do consumidor (artigo 6º) e regras para a propositura de ação de responsabilidade civil (artigo 101).

4.5 Legislação Comparada

4.5.1 Legislação Portuguesa

O número de demandas envolvendo a responsabilidade civil ou, até mesmo, a penal do médico é extremamente reduzido nos tribunais portugueses.

A culpa é aferida por meio de um critério abstrato, seja quanto ao grau de cuidado e diligência, seja quanto a capacidade profissional do médico.

Quanto ao nexo causal, vige o princípio da causalidade adequada, incumbindo ao autor o encargo de demonstrá-lo. Sobre o lesado também recai o ônus de provar objetivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis, dos quais lhe sobrevieram o dano.

Destaca-se no Direito Português, quanto a responsabilidade civil dos médicos, que estes, na apreciação das provas, utiliza-se das “presunções judiciais simples ou de experiência”, que se inspiram nas “máximas de experiência, nos juízos correntes de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos princípios dados da intuição humana”. Entretanto, esta prova por presunção deve ser utilizada com extrema cautela, face a necessidade de prova autêntica e séria.

4.5.2 Legislação Italiana

O fundamento da responsabilidade civil no Direito Italiano é baseado na culpa, tanto que o Código Italiano contempla uma causa de atenuação da indenização proporcional ao grau da culpa na hipótese em que o lesado também tiver concorrido na causa do dano. Destaca-se no mesmo diploma legal a

responsabilização por ato dos auxiliares, exceto quando houver estipulação em sentido contrário, responsabilidade esta que abrange os atos culposos e dolosos daqueles.

Mais especificamente sobre a responsabilidade civil do médico, o modelo italiano se assemelha ao adotado pelo Brasil.

4.5.3 Legislação Francesa

Considerado padrão entre as legislações modernas, o Código Civil Francês é influenciado pela teoria clássica da responsabilidade extracontratual, sob o fundamento da culpa, base única da responsabilidade civil.

Na França aplica-se à responsabilidade civil médica o critério subjetivo de aferição de culpa.

4.5.4 Legislação Espanhola

“Em geral, a jurisprudência do Tribunal Supremo aplica à culpa médica a disciplina da responsabilidade contratual, também admitindo que a relação estabelecida entre o médico e paciente configura contrato” (KFOURI NETO, 2007, p. 60).

Na Espanha, desde que se estabeleça nexo de causalidade entre a ação culposa e o dano suportado, os médicos arcam com as conseqüências da execução prejudicial de seus atos profissionais. Ao responsável pelo dano é imposto o dever de indenizar, desde que, por óbvio, não existam elementos que possam excluir tal obrigação. No que diz respeito às provas, sendo a obrigação contratual, caberá ao paciente sua comprovação; se extracontratual, ao médico.

4.5.5 Legislação Argentina

Assim como nos demais atos ilícitos, na Argentina os danos provenientes da atividade médica geram a obrigação de ressarcimento civil e penal, se pertinente. A responsabilidade civil médica é tida como extracontratual e subjetiva, cabendo à vítima o ônus da prova. Em relação à solução de casos concretos, a Argentina oferece soluções semelhantes aos tribunais brasileiros.

4.5.6 Legislação Inglesa e Anglo-Americana

Por não possuírem princípios gerais de responsabilidade civil, a noção de reparação de dano foi desenvolvida nesses países por meio de *writs* (ações judiciais concedidas às vítimas do delito civil, destinadas ao ressarcimento de danos). Referidas demandas indenizatórias são informadas pelo senso prático característico da cultura inglesa e americana que, ao longo do tempo, construíram toda uma doutrina de reparação do dano médico – *medical malpractice*. Predominam nas cortes, por meio dessa formulação teórica de responsabilidade, o reconhecimento da negligência médica.

4.5.7 Legislação Alemã

Na Alemanha também vige a princípio da responsabilidade por culpa, havendo o dever de indenizar por parte daquele que, dolosa ou culposamente, de maneira antijurídica, causar danos a outrem.

4.5.8 Legislação Suíça

A responsabilidade civil médica na Suíça é regida pelos princípios fundamentais da responsabilidade civil, qual seja, fundada na culpa, podendo esta ser intencional (dolo) ou em sentido estrito (negligência, por exemplo), cuja gravidade influenciará o valor da indenização.

4.5.8 Legislação Soviética

No Código Civil Soviético, o princípio da culpa não possui significação e a obrigação de indenizar é imposta mesmo que não haja responsabilidade do causador do dano, derogando-se, conseqüentemente, pelo poder arbitral conferidos aos tribunais, os princípios gerais fundamentais encontrados nos ordenamentos jurídicos dos demais países.

5- DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA

A atividade do profissional médico anestesiológico, no passado, era atrelada, juridicamente, à do médico cirurgião. Hoje, a Anestesiologia se diferencia cada vez mais como especialidade médica, de forma que o anestesiológico deixou de ser um simples colaborador ou auxiliar subordinado ao cirurgião, transformando-se em um profissional independente e em posição de igualdade com o cirurgião chefe da equipe.

Essa atuação, cada vez mais especializada do médico anestesiológico, produziu uma dissociação de responsabilidade, que será deste ou do cirurgião, conforme as diversas atividades exercidas por eles dentro da equipe médico-cirúrgica.

5.1 Relação de Natureza Contratual

A relação entre o médico anestesiológico e o paciente constitui verdadeiro contrato de prestação de serviços, ainda que não tenha sido realizado de forma escrita (expresso), hipótese em que o contrato será tido como tácito.

Na área da anestesia, este contrato pode conter algumas características específicas, tais como ser personalíssimo ou *intuitu personae* (quando o contrato for celebrado com um determinado e específico profissional médico anestesiológico), bilateral (quando o contrato se der entre o médico anestesiológico e o paciente, sendo que cada um possuirá direitos e deveres estabelecidos pelo instrumento), gratuito ou oneroso (sem ônus financeiro ao paciente ou remunerado, preservando-se os mesmos deveres e direitos tanto para o médico anestesiológico quanto para o paciente, inclusive em termos de responsabilidade civil), cumulativo (dotado de obrigações acessórias além da

principal) e aleatório (sem um resultado determinado e específico, mas de forma que o médico anesthesiologista deva se utilizar dos recursos técnicos adequados da Medicina para se haver bem no cumprimento de sua obrigação contratual).

Frisa-se, novamente, que as obrigações criadas são de informação, abstenção de abuso ou uso de poder, cuidados etc., nunca de cura. O médico anesthesiologista se obriga a colocar à disposição de seu paciente todos os recursos e conhecimentos científicos no intuito de obter o melhor resultado possível.

Se o resultado esperado não for atingido, na ausência de imprudência, negligência e/ou imperícia, é incabível a alegação de descumprimento contratual e, por consequência, não se caracterizará a culpa do profissional.

5.2 Obrigação de Meio ou de Resultado?

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência quanto a natureza jurídica do contrato estabelecido entre anesthesiologista e paciente.

Alguns autores e julgados assinalam que a obrigação do anesthesiologista é de resultado. Na obrigação de resultados contrata-se a obtenção de um resultado específico que, se não cumprido, caracteriza a ruptura do contrato, cabendo a reparação do dano, independente de existir ou não a culpa. Por ser considerado o dano decorrente do ato anestésico mais que grave do que os de outras especialidades médicas, parte da doutrina entende existir entre o anesthesiologista e seu paciente uma obrigação de resultados. Uma vez adotado mencionado posicionamento, diante de um resultado indesejado, a vítima teria direito à indenização, não importando sua causa.

Considerar a responsabilidade do anesthesiologista como de resultado, simplesmente por taxarem o ato anestésico como pura e simplesmente “fazer o paciente dormir e depois reanimá-lo às condições normais” é um desrespeito a toda uma ciência por trás desta especialidade médica, intermediária sim, mas indispensável e essencial para a consagração e sucesso da cirurgia.

O anestesiológico, ainda com todas as cautelas pré-anestésicas e exames solicitados realizados, não tem como prever muitos dos resultados, já que estes são também decorrentes das condições multifárias do organismo humano. O ato de fazer o paciente “dormir” e depois “acordá-lo” vai além das técnicas usuais pré e pós-operatórias, envolvendo todo um domínio da função respiratória, cardiovascular e renal (manutenção dos sistemas vitais), além dos equipamentos (monitor cardíaco, ventilador mecânico, oxímetro de pulso, capnógrafo etc.).

Tal idéia se torna absurda, principalmente em decorrência das situações arriscadas, difíceis e delicadas enfrentadas por esses profissionais, em especial nos atendimentos de emergência e urgência, quando tudo é paradoxal, devido às condições excepcionais do momento e provável risco de morte. A exigência de que a obrigação dos anesiológicos seja de resultado é atentatória aos princípios mais básicos da especialidade em questão. Mesmo porque, até mesmo em especialidades consideradas como de resultado de forma absoluta, caso das cirurgias exclusivamente estéticas, referido conceito vem sendo aplicado com reservas, posto que o mais correto é analisar a circunstâncias específicas de cada caso.

Ressalta-se que não existe anestesia sem ou de menor risco. Então, para que a obrigação do anesiológico seja considerada como de resultado, este deve assumir, por sua própria vontade, a obrigação de atingir um resultado pré-determinado. Entretanto, nenhum médico, por maior que seja sua competência, pode assumir a obrigação de curar um paciente ou, no caso, de que o ato anestésico se dará sem qualquer risco, principalmente em se tratando de pessoa em estado grave ou terminal.

Logo, a obrigação do anesiológico é de meio e não de resultado, de forma que, se o procedimento realizado não atingir o resultado esperado, não se poderá falar, por si só, em inadimplemento contratual.

A obrigação do anesiológico é de meio porque a própria assistência que ele presta a seu paciente é o objeto de seu contrato. Este profissional assume o compromisso de se utilizar de todos os recursos disponíveis ao seu alcance, dentro do compatível com o “estado da arte” médica em anestesiologia, naquele momento e lugar, agindo com prudência, diligência e perícia na realização do ato anestésico. Só poderá ser responsabilizado se comprovado que atuou com descaso, sem os

devidos cuidados, descumprindo as regras técnicas existentes. Se os meios empregados eram indicados e de uso atual, inexistindo culpa, não haverá responsabilização, pois, se considerada como de resultado tal obrigação, a responsabilidade do anestesiológico pelo insucesso do procedimento não seria tão somente um absurdo, mas também uma injustiça.

Isso não quer dizer que o anestesiológico não cometa erros, existem, como já discutido, erros de diagnóstico, de terapêutica e de técnicas, ou que este profissional não atue com imprudência ao realizar anestésias simultâneas ou com negligência, quando se ausenta da sala de cirurgia, mas sim que a anestesia deva constituir uma obrigação de meio e não de resultado.

Seja qual for a natureza da obrigação, a apuração da responsabilidade do anestesiológico deve sempre levar em conta, além do nexo causal e do dano, o grau de previsibilidade do profissional em produzir o evento danoso e a culpa suficientemente comprovada – nas modalidades de imprudência, negligência e/ou imperícia, jamais prendendo-se de forma absoluta ao posicionamento equivocado de ser o contrato entre anestesiológico e paciente uma obrigação de resultado, incompatível com a assistência médica.

5.3 Culpa

O médico anestesiológico, em termos de responsabilidade civil, se sujeita às mesmas normas dirigidas aos profissionais da Medicina, ou seja, mediante verificação de culpa em sentido lato (dolo ou culpa em sentido estrito – imprudência, negligência e imperícia), nos termos do que dispõe o artigo 951 do Código Civil e artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (2000, p. 79) expressa que:

o que hoje se admite, pacificamente, é que o insucesso e os acidentes da anestesia se submetem ao regime comum da responsabilidade médica. Vale dizer: a indenização in casu depende de prova, a cargo da vítima, de culpa do anestesista pelo evento danoso, segundo o princípio próprio das obrigações de meio. O anestesista não tem responsabilidade maior nem menor que o médico em geral. Responde, portanto, por erro culposo ou doloso, mas o resultado adverso não se presume provocado por culpa, razão pela qual incumbe a vítima demonstrar concretamente a imperícia, imprudência ou negligência da anestesia.

A imprudência na anestesiologia é marcada pela prática de atos de risco injustificados; a negligência pela falta de observância em regra profissional estabelecida e edificada pela especialidade médica anestesiológica; a imperícia pela ausência de conhecimento técnico-científico necessário para a realização da anestesia.

É importante ressaltar que, segundo parte expressiva da doutrina, não importa na responsabilização civil do anestesiolegista a gradação de culpa (levíssima, leve ou grave), de forma que, constatada esta, surge o dever de indenizar.

A aferição de responsabilidade civil indenizatória do anestesiolegista exige a ação ou omissão culposa, o dano e o nexo de causalidade.

Inicialmente, para se falar em responsabilidade civil do médico anestesiolegista deve haver a efetiva ocorrência de um dano (patrimonial ou moral, cumuláveis ou não). Constatado o dano, este deve ter sido causado pela ação ou omissão do médico (nexo de causalidade) e por sua culpa. Exemplificando: se durante o procedimento da anestesia o paciente sofrer uma anóxia (falta de oxigênio), com lesão cerebral, comprovado que este dano ocorreu por descuido do anestesiolegista, o dano estará configurado, assim como o nexo de causalidade e a culpa, assim a indenização será devida.

Indenização. Responsabilidade civil. Falecimento em razão de choque anafilático decorrente do medicamento "Alfatesin". Alegação de fenômeno imprevisível na anestesia geral. Inadmissibilidade. Choque resultante do uso de anestésico de alto risco, com diluente impróprio no paciente que se mostrou intolerante ao mesmo. Culpa demonstrada. Ação procedente. (TJSP – 1ª C. – Ap. 137.706-1 – Rel. Renan Lotufo – j. 25.02.92).

Age com culpa o médico anestesiolegista que, após misturar droga, afasta-se, mesmo que momentaneamente, da sala cirúrgica, quando, então, a

vítima vai a óbito por parada cardiorespiratória. (TJRS – 3ª C. – Ap. 70.000317.016 – Rel. Saulo Brum Leal – j. 16.03.2000 – RT 779/656).

Entretanto, se diante das circunstâncias do caso não era possível a previsão do dano, fala-se em excludentes de culpabilidade, sendo elas a força maior, o caso fortuito e a culpa exclusiva da vítima.

Se a morte da vítima durante a cirurgia a que se submeteu escapava à previsibilidade, não se podendo exigir do médico anestesista comportamento diverso nas circunstâncias em que atuou, sem a mínima notícia de que o paciente era predisposto a hipertermina maligna, causa do evento letal, inexistente justa causa para seu processamento por homicídio culposo. (TACRIM-SP – 4ª C. – HC – Rel. Godofredo Mauro – j. 28.05.81 – RT 557/350).

De forma sucinta, caso fortuito é toda aquela situação inevitável, imprevisível, alheios à vontade humana e das partes, são exemplos as guerras, motins, greves, em anesthesiologia, a ocorrência de choque anafilactóide (reação anterior ao choque anafilático – reação alérgica aguda – e de menor intensidade que este) em indivíduo sem antecedentes. Força maior é toda situação que deriva de acontecimentos naturais, tais como os terremotos, furacões, raios e, em anesthesiologia, a histerectomia (retirada do útero) de urgência em hemorragia pós-parto.

5.3.1 Comprovação da Culpa

A comprovação da culpa, especialmente em Anesthesiologia, não é fácil de ser produzida, visto que a matéria é essencialmente técnica

São admitidos, para a comprovação de erro do médico anesthesiologista, todas as provas em direito admitidas, entre as quais, os prontuários médicos, fichas de anotações clínicas e, principalmente, prova pericial.

A prova pericial é praticamente indispensável, uma vez que o juiz não possui o conhecimento científico necessário para apreciar questões técnicas referentes à medicina. É claro que o juiz não se vincula ao laudo pericial, porém é certo que neste encontrará provas suficientes ou não para responsabilizar o profissional.

Na constatação da culpa do anestesologista, algumas circunstâncias especiais precisam ser levadas em consideração, tais como a vigilância constante durante todo o procedimento cirúrgico e cuidados pós-operatórios.

A precipitada extubação do paciente em sala de cirurgia e a falta de acompanhamento do mesmo à sala de recuperação caracterizam omissão culposa do anestesista, mormente com o aparecimento de problemas mórbidos que acarretaram paralisia cerebral do paciente, inicialmente atendido pela enfermagem. Configurados os requisitos do ilícito omissivo contra o paciente, incumbem ao anestesista indenizá-lo. (TJSC – 2ª C. – Ap. 02.015700-2 – Rel. Monteiro Rocha – j. 29.04.2004 – Rev. Jur. 322/142).

O erro inescusável na falta de entubação e monitoramento, a ponto de não observar a tempo mudança de estado da paciente, representam condutas culposas dos médicos, que provocaram dor moral à família (TAPR – Ap. 117324800 – Rel. Lídio J. R. de Macedo – j. 06.10.98 – DJ 16.10.98 – Informativo Incijur, Joinville-SC, 13, ago./2000, p. 10).

Logo, conclui-se que a ausência de monitoramento e falta de acompanhamento do paciente a sala de operação, entre outros, são exemplos de condutas culposas dos anestesilogitas e, como tais, necessitam de comprovação.

5.3.2 Ônus da Prova

Atribui-se ao paciente a obrigação de fazer prova em juízo de que o médico anestesologista agiu com culpa ao causar-lhe dano. As provas apresentadas em juízo possuem o objetivo de demonstrar o nexo de causalidade entre o ato anestésico provocador do dano e prejuízo sofrido pelo paciente, de forma

que deva existir uma relação de efeito e causa entre a atitude do anestesiológista e o dano constatado.

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (*Vetado.*)

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Expressa o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor que o juiz, ante a hipossuficiência técnica do consumidor (paciente), pode determinar a inversão do ônus da prova a seu favor, de forma que caberá ao anestesiológista fazer prova de que não agiu com culpa.

5.4 Responsabilização Solidária

O Código Civil, através de seu artigo 942, responsabiliza todos aqueles que tiverem participação efetiva no dano sofrido pelo paciente.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

A responsabilidade civil do médico anesthesiologista pode ser solidária tanto em relação ao hospital onde executa sua atividade anestésica, aos profissionais médicos com os quais executa conjuntamente seu ato médico, aos planos de saúde que ofereçam serviços de Anestesiologia e aos seus auxiliares, em todas as etapas do ato anestésico.

Responsabilidade Civil – Médico – Anestesia. Responsabilidade Solidária de todos os que culposamente concorreram para que a anestesia fosse efetuada com o emprego de gás carbônico, ao invés de oxigênio. Condenação da empresa que efetuou o transporte dos tubos, do hospital e do médico (TJRS – Rel. Dês. Ruy Rosado de Aguiar Júnior – RJTJRS 138/201).

Serão responsabilizados solidariamente todos aqueles que, ainda que indiretamente, tiverem contribuído para a ocorrência do evento danoso.

5.4.1 Dos Médicos Cirurgiões

Devido a imensa diferenciação técnica atingida pela Anestesiologia nos dias atuais e a marcante autonomia atingida na atividade do anesthesiologista, não é comum a responsabilidade solidária do cirurgião pelos atos daquele.

Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 248) é enfático ao afirmar: “fora de dúvida é a existência de responsabilidade autônoma do anestesista no pré e pós-operatório”. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior:

A propósito está assentado na doutrina que: a) a responsabilidade do anestesista é individual nos períodos pré e pós-operatório; b) durante a intervenção cirúrgica, a concorrência de culpa pode acontecer, entre o cirurgião e o anestesista, mas dependerá das circunstâncias do caso concreto; c) em princípio, cada um responde por seus próprios atos, se sorte que não se pode imputar falha do anestesista à responsabilidade do cirurgião, posto que o anestesista é autônomo e seu campo de atuação é distinto. (2000, p. 79).

Será preciso apurar que tipo de relação jurídica há entre todos os que a integram. Se atuam como profissionais autônomos, cada qual em sua especialidade, a responsabilidade será individualizada, cada um respondendo pelos seus próprios atos, de acordo com as regras que disciplinam o nexo de causalidade, exaustivamente examinado no Capítulo III. A responsabilidade será daquele membro da equipe que deu causa ao evento. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 364).

Com a evolução e o aprimoramento das técnicas cirúrgicas operou-se a divisão do trabalho por equipes especializadas. A concepção unitária da operação cirúrgica é conceito ultrapassado. A noção de ato de ato destacável, própria do Direito administrativo, encontra plena receptividade em tema de responsabilidade dos médicos. Tudo o que for destacável do ato operatório engaja responsabilidade de quem o praticou e não necessariamente a do cirurgião. Impede, pois, isolar a atuação do anestesista frente ao caso concreto. Embora a escolha do médico ou tipo de anestesia tenha sido feita de comum acordo, o ato cirúrgico propriamente dito transcorreu normalmente, o que afasta a responsabilidade do cirurgião pela lesão e dano que veio a sofrer o paciente. Essa lesão resultou da injeção de um medicamento antiemético na preparação do paciente para a anestesia. O antiemético era vasoconstritor e, por acidente, foi injetado na artéria umeral do paciente, eis que havia implantação anômala dessa artéria em local – a dobra do cotovelo – onde geralmente há uma veia. Essa aberração, constada pela perícia, insuspeitada e inverificável sem exame com destinação específica. Observadas que foram todas as regras da ciência médica e atendidos os cuidados habituais, não há como responsabilizar o anestesista, nem por imprudência, nem por imperícia, nem por negligência; nenhuma falta grave lhe pode ser imputada. (TJRS – 2ª C. – Ap. – j. 29.07.65 – RJRJRS e AJURIS 17/75).

Isso quer dizer que haverá responsabilização isolada de cada um, na hipótese de dano ao paciente, exceto que tenha sido o anesthesiologista contratado ou indicado pelo cirurgião (situação que configurará forte grau de preposição entre eles - preponente/cirurgião e preposto/anesthesiologista - no relacionamento

profissional por ele indicado). Em ocorrendo tal hipótese, havendo erro anestésico que cause lesão ao paciente, o médico cirurgião responde solidariamente.

Ação de Indenização – Erro Médico – Responsabilidade Solidária do cirurgião (culpa in eligendo) e do anestesista reconhecida pelo acórdão recorrido – Matéria de prova. I – O médico-chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos em cirurgia, pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção. II – Da avaliação fática resultou comprovada a responsabilidade solidária do cirurgião (quanto ao aspecto in eligendo) e do anestesista pelo dano causado. (REsp 53.104-7-RJ, RSTJ 97/179).

Não sendo o anesthesiologista indicado, contratado pelo cirurgião ou participante de uma equipe médica, responde ele judicialmente, sozinho, por qualquer problema anestésico que lesionar o paciente.

5.4.2 Do Hospital

É possível a configuração de responsabilidade solidária entre uma entidade hospital e o anesthesiologista, isto porque alguns hospitais mantêm serviços próprios de Anesthesiologia, disponibilizando-os para as equipes médicas que nele trabalham.

O hospital, como pessoa jurídica que é, não realiza atos médicos. Entretanto, por força do artigo 932 do Código Civil, o hospital responde solidariamente com os médicos contratados quando estes, durante a realização de sua atividade médica na instituição, causarem danos a outrem.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Então, para haver a responsabilização solidária do hospital, deve haver algum vínculo jurídico entre esta instituição e o anestesiológico. Se o anestesiológico integra a equipe médica do estabelecimento hospitalar, se é empregado deste ou possui qualquer grau de subordinação à direção dele, a responsabilidade do profissional não é pessoal conforme estabelece o artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

Mas e se o anestesiológico integrar o quadro clínico do estabelecimento hospitalar sem ser empregado? Duas são as situações que podem ocorrer.

Se o anestesiológico integra a equipe exclusiva de um determinado hospital e um paciente é atendido por ele, embora não seja o profissional empregado, ele é parte do corpo clínico, logo, hospital e médico anestesiológico respondem solidariamente.

Entretanto, se o paciente consulta um anestesiológico e este o encaminha a um determinado hospital para tratamento, o hospital não responde pelos atos dele, já que o contrato se estabeleceu somente entre médico e paciente. “Se o profissional apenas utiliza o hospital para internar seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelo seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento” (GONÇALVES, Carlos Roberto. 2007, p. 249).

Importante ressaltar que o médico não responde pelos danos causados aos pacientes por culpa exclusiva da entidade hospitalar. A responsabilidade do hospital em tal hipótese é objetiva, nos termos do *caput* do mencionado artigo.

Não respondem por indenização decorrente de ato ilícito pela morte de paciente por infecção hospitalar os médicos que cuidaram da vítima, e sim o hospital onde permaneceu internada. A entidade hospitalar, como fornecedora de serviços, responde, independentemente de culpa, pela

reparação de danos causados à família de paciente internado que veio a falecer em decorrência de infecção hospitalar, eximindo-se desta responsabilidade somente se conseguir provar a inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do art. 14, caput e §3º, I e II, da Lei 8.078/90" (RT, 755/269).

O hospital responde, objetivamente, pelo dano causado ao paciente, não havendo qualquer possibilidade de responsabilização solidária do anestesiolegista, quando essa entidade tiver dado, exclusivamente, causa ao evento danoso.

5.4.3 Dos Planos de Saúde e Seguros-Saúde

Em relação aos planos de saúde, o raciocínio quanto à responsabilização solidária é semelhante ao dos hospitais. Os planos e as entidades de saúde respondem solidariamente pelos erros causados pelos médicos anestesiolegistas por eles credenciados. Há vínculo de responsabilidade entre a companhia de saúde e o anestesiolegista dela credenciado.

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido. (STJ REsp 138.059-MG, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 13/03/2001).

Situação diversa se dá com os seguros-saúde, posto que nestes o próprio segurado escolhe os médicos e hospitais que serão utilizados, sendo que a empresa não poderá ser responsabilizada pelos danos eventualmente causados pelo anestesiolegista escolhido, cabendo a ela apenas o reembolso das despesas, sendo a responsabilidade indenizatória apenas do profissional.

5.4.4 Do Anestesiologista pelos seus Auxiliares e Enfermeiros

Na responsabilidade solidária pelos atos dos auxiliares e enfermeiros, se faz necessária uma distinção entre os danos causados entre os profissionais que estão diretamente sob as ordens do anestesiologista ou escalados especialmente para servi-los daqueles cometidos por funcionários do hospital.

O anestesiologista responderá solidariamente pelos danos causados pelos auxiliares e enfermeiros que estejam sob suas ordens ou a seu serviço. Do contrário, a culpa será imputada a entidade hospitalar.

5.4.5 Direito de Regresso

A vítima, na hipótese de solidariedade, poderá demandar qualquer um dos responsáveis, pelo todo. O responsável demandado, por sua vez, dispõe de direito de regresso contra os demais, no intuito de restabelecer o equilíbrio da reparação definitiva.

O direito de regresso é exercido por ação autônoma, quando somente um dos responsáveis integra o pólo passivo da causa em que for condenado.

5.5 Responsabilidade do Anestesiologista por Fato da Coisa

Com a imensa evolução tecnológica, nas últimas décadas, os equipamentos de anestesia tornaram-se os mais importantes objetos dentro da sala de cirurgia, proporcionando a monitoração detalhada do paciente e a mais célere recuperação da anestesia.

Entre os equipamentos destacam-se o monitor cardíaco, o ventilador mecânico, o oxímetro de pulso, capnógrafo etc.

Dessa forma, na atividade do anestesiológico também está presente a responsabilidade civil pelo fato da coisa, haja vista os inúmeros equipamentos e substâncias utilizadas pelo mesmo na realização do ato anestésico.

Na falta de dispositivo específico, os tribunais tem utilizado como regramento aplicável aos erros decorrentes destes equipamentos o artigo 938 do Código Civil.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

O anestesiológico deve revisar, previamente, o correto e adequado funcionamento dos equipamentos que serão utilizados durante a anestesia, de maneira que a utilização desses objetos se confunde com a tarefa executada por ele no exercício de sua atividade.

Em relação às substâncias farmacêuticas, cabe ao médico anestesiológico observar as recomendações do fabricante, ajustando-as ao paciente.

Conclui-se que o anestesiológico para bem desempenhar o ato anestésico utiliza-se de um aparato tecnológico específico e farmacêutico, sendo de sua total responsabilidade o correto funcionamento destes, bem como as complicações anestésicas que possam surgir em decorrência do mau funcionamento, funcionamento incorreto ou inadequado daqueles, não importando a perquirição de culpa.

5.6 Consentimento Informado

O anestesiológico, assim como todos os médicos, possui o dever de instruir e informar o paciente sobre o ato anestésico a ser realizado, obtendo seu consentimento para tanto.

O consentimento informado é, portanto, uma obrigação imposta ao anestesiológico, de transmitir ao paciente previamente a informação da possibilidade de ocorrência de riscos durante a realização da anestesia. Sua inobservância constitui conduta culposa, de forma que poderá ocorrer a responsabilização civil deste profissional pelos danos que eventualmente venham a ocorrer durante o ato anestésico, ainda que sem culpa desse, quando ausente o ato anestesiológico do consentimento informado.

É claro que em situações emergenciais o anestesiológico não pode ser responsabilizado por não ter obtido o consentimento informado de seu paciente.

5.7 Responsabilidade Ético-Legal do Anestesiológico

A responsabilização do anestesiológico pode se dar tanto pela via legal (civil e penal) quanto pela ética.

A responsabilidade ética do médico anestesiológico se dá nos Conselhos Regionais de Medicina, através de processos éticos-disciplinares, instaurados na forma de autos judiciais. Podem ser iniciados por queixa, denúncia de terceiros ou instaurado *ex officio*, por meio de deliberação do próprio Conselho, sempre que este tomar ciência de fatos que caracterizem infração ético-profissional.

Os atos processuais são regidos pelo Código de Processo Ético-Profissional, sendo garantido amplo direito à defesa do profissional. Na hipótese de condenação, a punição é efetivada através de cinco níveis de penas disciplinares: advertência confidencial em aviso reservado; censura confidencial em aviso

reservado; censura pública em publicação oficial; suspensão do exercício profissional por até 30 dias e cassação do exercício profissional.

A responsabilidade do anestesiológico é normatizada de maneira direta e pessoal pela Resolução do Conselho Federal de Medicina de n.º 1.802/2006, que também estabelece as condições mínimas de segurança para a prática da anestesia, de forma que ele deva exigir da direção do hospital ou da clínica médica em que atua o cumprimento de tal norma.

5.8 Prescrição

Uma vez prescrita a pretensão à reparação de danos, a responsabilidade do anestesiológico causador do dano é extinta, afastando-se qualquer possibilidade pelo paciente de recebimento de indenização.

É o artigo 205 do Código Civil que estipula as regras gerais de prazo prescricional, sendo ele aplicável quando o Código não estabelecer prazos especiais.

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Porém, o artigo 206 estipula prazo prescricional especial para a pretensão de indenização nos casos de responsabilidade civil, que será de três anos.

Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo;

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º Em três anos:

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

Logo, prescreve em três anos a pretensão do paciente de exigir, judicialmente, a reparação dos danos decorrentes de erro anestésico.

6 CONCLUSÃO

Foi com o advento *Lex Aquilia* que se estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual ou responsabilidade aquiliana, pois por meio dela é que elemento culpa passou a ser um requisito da responsabilidade pelo dano sofrido, independentemente de relação contratual pré-existente.

O Código Civil de 1916 foi influenciado pelo Código Civil Francês e consagrou a teoria da culpa, ao passo que o Código Civil de 2002 manteve tal influência, acolhendo, também, a teoria do exercício de atividade perigosa e a teoria da responsabilidade sem culpa, nos casos em que a lei especificar, além de inovar, ao prever a indenização pelo dano exclusivamente moral.

A responsabilidade subjetiva é inspirada na idéia de culpa e adotada como regra pela legislação civil brasileira. A responsabilidade objetiva, por sua vez, somente pode ser aplicada nas hipóteses em que a lei expressamente autorizar, de forma que presume a culpa em face da potencialidade de determinada atividade ou conduta do agente de ocasionar danos.

São pressupostos da responsabilidade civil a conduta (ação ou omissão), a existência de dano, nexo causal e culpa ou dolo. Sem uma conduta, seja ela positiva ou negativa, não há como se falar em obrigação de indenizar, só haverá responsabilidade civil se subsistir determinado comportamento humano que resulte em um resultado lesivo. O dano é qualquer afetação na esfera de interesse da vítima, é o prejuízo decorrente da conduta do agente, podendo ser, tanto material, quanto moral, não importa sua natureza. O nexo causal é a ligação, o vínculo de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano, no entanto, existem situações que quebram o nexo causal, desobrigando o agente a reparar o dano. A culpa, na hipótese de responsabilidade subjetiva, tal como é a do médico, deve ser sempre demonstrada, seja na modalidade de imprudência, negligência e/ou imperícia, pouco importando o grau de culpa, logo é elemento imprescindível para que ocorre a responsabilização do médico.

A relação médico-paciente, em função da forma como se constitui, é, geralmente, contratual, cuja obrigação não é a cura, mas sim de prestar seus

serviços de acordo com as regras e métodos da ciência da Medicina.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, como regra, em seu artigo 14, §4º a responsabilidade dos profissionais prestadores de serviços mediante a comprovação de culpa, logo, também adotou a responsabilidade subjetiva para os médicos. A responsabilização se dá mediante a análise da culpa individual do médico e o ônus da prova está a cargo do ofendido, com possibilidade de inversão pelo juiz.

O anestesiológista tem como principal obrigação proporcionar a ausência ou alívio da dor e de outras sensações ao paciente durante a realização de procedimento médico, por meio da aplicação de medicamentos específicos para cada tipo de técnica anestésica.

A obrigação assumida pelo médico anestesiológista possui natureza contratual e é tida como de meios, e não de resultados, posto que o médico assume a obrigação de utilizar-se de todos os recursos disponíveis ao seu alcance, dentro do compatível com o “estado da arte” médica em anestesiologia, naquele momento e lugar, agindo com prudência, diligência e perícia na realização do ato anestésico, de forma que se o procedimento realizado não atingir o resultado esperado, não se poderá falar, por si só, em inadimplemento contratual.

Em termos de responsabilidade civil, o médico anestesiológista se sujeita as mesmas normas dirigidas aos profissionais da Medicina, ou seja, mediante verificação de culpa em sentido lato (dolo ou culpa em sentido estrito, nas modalidades de imprudência, negligência e/ou imperícia). Destaca-se que não há importância na gradação da culpa. A aferição de responsabilidade civil indenizatória ao anestesiológista exige a ação ou omissão culposa, o dano e o nexo de causalidade.

Atribui-se ao paciente a obrigação de fazer prova em juízo de que o médico anestesiológista agiu com culpa ao causar-lhe dano, mas nos termos do Código de Defesa do Consumidor, o juiz, ante a hipossuficiência técnica do paciente, pode determinar a inversão do ônus da prova.

A responsabilidade civil do médico anestesiológista pode ser solidária tanto em relação ao hospital onde executa sua atividade anestésica, aos profissionais médicos com os quais executa conjuntamente seu ato médico, aos

planos de saúde que ofereçam serviços de Anestesiologia e aos seus auxiliares, em todas as etapas do ato anestésico, devendo cada caso ser estudado com cautela para sua configuração ou não.

Na atividade do anestesiológico também está presente a responsabilidade civil pelo fato da coisa, haja vista os inúmeros equipamentos e substâncias utilizadas pelo mesmo na realização do ato anestésico.

Assim como todos os médicos, o anestesiológico possui o dever de instruir e informar o paciente sobre o ato anestésico a ser realizado, obtendo seu consentimento para tanto, exceto, por óbvio, em situações emergenciais.

A responsabilidade ética do médico anestesiológico se dá nos Conselhos Regionais de Medicina, tendo este sua responsabilidade normatizada pela Resolução n.º 1.802/2006 do Conselho Federal de Medicina.

Prescrita a pretensão à reparação de danos, a responsabilidade do anestesiológico causador do dano é extinta. A prescrição ocorre em três anos.

BIBLIOGRAFIA

ANESTESIOLOGIA. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. 2007. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Anestesiologia>>. Acesso em: 11 nov. 2007.

ANESTESIOLOGISTA. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. 2007. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Anestesiologista>>. Acesso em: 11 nov. 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

FRANÇA, Genival Veloso. **Anestesia**: obrigação de meio ou de resultado. Disponível em: <<http://www.anestesiologia.com.br/artigos.php?itm=30>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara koogan, 1998.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANUAL de Orientação ao Anestesiologista. 4. ed. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: Sociedade de Anestesiologia do Estado de São Paulo, 2005.

ORTENZI, Antonio Vanderlei. **Avaliação pré-anestésica**. Disponível em: <<http://www.anestesiologia.com.br/artigos.php?itm=54>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 19 ed.; v. 4; São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade Civil: Teoria e Prática das Ações**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. Erro médico e anestesia. **Intelligentia Jurídica**, ano 4, n. 64, out. 2006. Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=963>. Acesso em: 20 nov. 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Fábio. **Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2005. v.2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

UDEISMANN, Artur. **Responsabilidade civil dos anestesiológicos**. Disponível em: <<http://www.anestesiologia.com.br/artigos.php?itm=45>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil médica e seguro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ANEXO

RESOLUÇÃO CFM N° 1.802/2006

(Publicado no D.O.U. de 01 novembro 2006, Seção I, pg. 102)

Dispõe sobre a prática do ato anestésico.

Revoga a Resolução CFM n. 1363/1993.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e

CONSIDERANDO que é dever do médico guardar absoluto respeito pela vida humana, não podendo, em nenhuma circunstância, praticar atos que a afetem ou concorram para prejudicá-la;

CONSIDERANDO que o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional;

CONSIDERANDO que o médico deve aprimorar e atualizar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente;

CONSIDERANDO que não é permitido ao médico deixar de ministrar tratamento ou assistência ao paciente, salvo nas condições previstas pelo Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO que a Portaria nº 400, de 6 de dezembro de 1977, do Ministério da Saúde, prevê sala de recuperação pós-anestésica para a unidade do centro cirúrgico;

CONSIDERANDO o proposto pela Câmara Técnica Conjunta do Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira e Sociedade Brasileira de Anestesiologia, nomeada pela Portaria CFM nº 62/05;

CONSIDERANDO a necessidade de atualização e modernização da prática do ato anestésico;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em sessão plenária de 04 de outubro de 2006;

RESOLVE:

Art. 1º Determinar aos médicos anesthesiologistas que:

I – Antes da realização de qualquer anestesia, exceto nas situações de urgência, é indispensável conhecer, com a devida antecedência, as condições clínicas do

paciente, cabendo ao médico anesthesiologista decidir da conveniência ou não da prática do ato anestésico, de modo soberano e intransferível.

- a) Para os procedimentos eletivos, recomenda-se que a avaliação pré-anestésica seja realizada em consulta médica antes da admissão na unidade hospitalar;
- b) na avaliação pré-anestésica, baseado na condição clínica do paciente e procedimento proposto, o médico anesthesiologista solicitará ou não exames complementares e/ou avaliação por outros especialistas;
- c) o médico anesthesiologista que realizar a avaliação pré-anestésica poderá não ser o mesmo que administrará a anestesia.

II – Para conduzir as anestésias gerais ou regionais com segurança, deve o médico anesthesiologista manter vigilância permanente a seu paciente.

III – A documentação mínima dos procedimentos anestésicos deverá incluir obrigatoriamente informações relativas à avaliação e prescrição pré-anestésicas, evolução clínica e tratamento intra e pós-anestésico (ANEXO I).

IV – É ato atentatório à ética médica a realização simultânea de anestésias em pacientes distintos, pelo mesmo profissional.

V - Para a prática da anestesia, deve o médico anesthesiologista avaliar previamente as condições de segurança do ambiente, somente praticando o ato anestésico quando asseguradas as condições mínimas para a sua realização.

Art. 2º É responsabilidade do diretor técnico da instituição assegurar as condições mínimas para a realização da anestesia com segurança.

Art. 3º Entende-se por condições mínimas de segurança para a prática da anestesia a disponibilidade de:

I – Monitoração da circulação, incluindo a determinação da pressão arterial e dos batimentos cardíacos, e determinação contínua do ritmo cardíaco, incluindo cardioscopia;

II - Monitoração contínua da oxigenação do sangue arterial, incluindo a oximetria de pulso;

III - Monitoração contínua da ventilação, incluindo os teores de gás carbônico exalados nas seguintes situações: anestesia sob via aérea artificial (como intubação traqueal, brônquica ou máscara laríngea) e/ou ventilação artificial e/ou exposição a agentes capazes de desencadear hipertermia maligna.

IV – Equipamentos (ANEXO II), instrumental e materiais (ANEXO III) e fármacos (ANEXO IV) que permitam a realização de qualquer ato anestésico com segurança, bem como a realização de procedimentos de recuperação cardiorrespiratória.

Art. 4º Após a anestesia, o paciente deve ser removido para a sala de recuperação pós-anestésica (SRPA) ou para o/a centro (unidade) de terapia intensiva (CTI), conforme o caso.

§ 1º Enquanto aguarda a remoção, o paciente deverá permanecer no local onde foi realizado o procedimento anestésico, sob a atenção do médico anesthesiologista;

§ 2º O médico anesthesiologista que realizou o procedimento anestésico deverá acompanhar o transporte do paciente para a SRPA e/ou CTI;

§ 3º A alta da SRPA é de responsabilidade exclusiva do médico anesthesiologista;

§ 4º Na SRPA, desde a admissão até o momento da alta, os pacientes permanecerão monitorados quanto:

- a) à circulação, incluindo aferição da pressão arterial e dos batimentos cardíacos e determinação contínua do ritmo cardíaco, por meio da cardioscopia;
- b) à respiração, incluindo determinação contínua da oxigenação do sangue arterial e oximetria de pulso;
- c) ao estado de consciência;
- d) à intensidade da dor.

Art. 5º Os anexos e as listas de equipamentos, instrumental, materiais e fármacos que obrigatoriamente devem estar disponíveis no ambiente onde se realiza qualquer anestesia, e que integram esta resolução, serão periodicamente revisados.

Parágrafo único - Itens adicionais estão indicados em situações específicas.

Art. 6º Revogam-se todas as disposições em contrário, em especial a Resolução CFM nº 1.363, publicada em 22 de março de 1993.

Art. 7º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília/DF, 04 de outubro de 2006.

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE

Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO

Secretária-Geral

ANEXOS

ANEXO I

As seguintes fichas fazem parte obrigatória da documentação da anestesia

1. Ficha de avaliação pré-anestésica, incluindo:

- a. Identificação do anesthesiologista
- b. Identificação do paciente

- c. Dados antropométricos
- d. Antecedentes pessoais e familiares
- e. Exame físico, incluindo avaliação das vias aéreas
- f. Diagnóstico cirúrgico e doenças associadas
- g. Tratamento (incluindo fármacos de uso atual ou recente)
- h. Jejum pré-operatório
- i. Resultados dos exames complementares eventualmente solicitados e opinião de outros especialistas, se for o caso
- j. Estado físico
- k. Prescrição pré-anestésica
- l. Consentimento informado específico para a anestesia

2. Ficha de anestesia, incluindo:

- a. Identificação do(s) anesthesiologista(s) responsável(is) e, se for o caso, registro do momento de transferência de responsabilidade durante o procedimento
- b. Identificação do paciente
- c. Início e término do procedimento
- d. Técnica de anestesia empregada
- e. Recursos de monitoração adotados
- f. Registro da oxigenação, gás carbônico expirado final (nas situações onde foi utilizado), pressão arterial e frequência cardíaca a intervalos não superiores a dez minutos
- g. Soluções e fármacos administrados (momento de administração, via e dose)
- h. Intercorrências e eventos adversos associados ou não à anestesia

3. Ficha de recuperação pós-anestésica, incluindo:

- a. Identificação do(s) anesthesiologista(s) responsável(is) e, se for o caso, registro do momento de transferência de responsabilidade durante o internamento na sala de recuperação pós-anestésica

- b. Identificação do paciente
- c. Momentos da admissão e da alta
- d. Recursos de monitoração adotados
- e. Registro da consciência, pressão arterial, frequência cardíaca, oxigenação, atividade motora e intensidade da dor a intervalos não superiores a quinze minutos.
- f. Soluções e fármacos administrados (momento de administração, via e dose)
- g. Intercorrências e eventos adversos associados ou não à anestesia

ANEXO II

Equipamentos básicos para a administração da anestesia e suporte cardiorrespiratório:

1. Em cada sala onde se administra anestesia: secção de fluxo contínuo de gases, sistema respiratório e ventilatório completo e sistema de aspiração.
2. Na unidade onde se administra anestesia: desfibrilador, marca-passo transcutâneo (incluindo gerador e cabo).
3. Recomenda-se a monitoração da temperatura e sistemas para aquecimento de pacientes em anestesia pediátrica e geriátrica, bem como em procedimentos com duração superior a duas horas, nas demais situações.
4. Recomenda-se a adoção de sistemas automáticos de infusão para administração contínua de fármacos vasoativos e anestesia intravenosa contínua.

ANEXO III

Instrumental e materiais

1. Máscaras faciais
2. Cânulas oronasofaríngeas
3. Máscaras laríngeas
4. Tubos traqueais e conectores
5. Seringas, agulhas e cateteres venosos descartáveis
6. Laringoscópio (cabos e lâminas)

7. Guia para tubo traqueal e pinça condutora
8. Dispositivo para cricotireostomia
9. Seringas, agulhas e cateteres descartáveis específicos para os diversos bloqueios anestésicos neuroaxiais e periféricos

ANEXO IV

Fármacos

1. Agentes usados em anestesia, incluindo anestésicos locais, hipnoindutores, bloqueadores neuromusculares e seus antagonistas, anestésicos inalatórios e dantroleno sódico, opióides e seus antagonistas, antieméticos, analgésicos não-opióides, corticosteróides, inibidores H₂, efedrina/etil-efrina, broncodilatadores, gluconato/cloreto de cálcio.
2. Agentes destinados à ressuscitação cardiopulmonar, incluindo adrenalina, atropina, amiodarona, sulfato de magnésio, dopamina, dobutamina, noradrenalina, bicarbonato de sódio, soluções para hidratação e expansores plasmáticos.