

**Da Responsabilidade dos Médicos Anestesiologistas
– Dos diversos tipos de responsabilidade, formas de
apuramento e instâncias decisórias. Consentimento
informado.**

J. Martins Nunes, Dr.

Director do Serviço de Anestesiologia
Hospitais da Universidade de Coimbra

Da Responsabilidade dos Médicos Anestesiologistas

– Dos diversos tipos de responsabilidade, formas de apuramento e instâncias decisórias¹.

Consentimento informado.

J. Martins Nunes, Dr.

Director do Serviço de Anestesiologia

Hospitais da Universidade de Coimbra

Preâmbulo:

Desde há muitos anos que os aspectos referentes à responsabilidade médica no quadro do exercício da Anestesiologia têm criado em nós uma certa curiosidade e interesse, tendo em consideração o desenvolvimento de novas relações entre médicos e doentes.

Confesso que acedi com entusiasmo ao convite do Dr. Lucindo Ormonde para participar na Reunião de Évora 2006, da Sociedade Portuguesa de Anestesiologia e tratar aí o tema em referência. Os quadros actuais do conceito de cidadania, por um lado, e a necessidade de alargamento do conhecimento, por outro, obrigam a que os médicos - neste caso os Anestesiologistas - se tenham de dispor a obter conhecimentos em áreas mais vastas que a da própria especialidade, sem que isso queira significar que por si só se tornem peritos, por exemplo, em direito ou em gestão. O que está em causa é a compreensão pelos Anestesiologistas dos mecanismos de controlo ético-jurídico que estão na base do próprio conceito de cidadania nas sociedades modernas. Os doentes, ao questionarem ou ao pretenderem censurar um médico por uma responsabilidade no exercício profissional, estão no fundo a exercer um direito de cidadania, e o médico ao auferir de um sistema judiciário que pode investigar e julgar, também ele beneficia dos valores da cidadania.

Contudo, para a concretização de um texto que fosse simultaneamente rigoroso e acessível, haveria que encontrar um equilíbrio entre a linguagem jurídica e a médica e entre os conceitos do direito comum e os valores defendidos no exercício profissional, milenarmente aplicados.

Foi aqui que tivemos o apoio de juristas que durante dias debateram connosco conceitos, particularidades e excepcionalidades, numa perspectiva médico-jurídica das várias, múltiplas e complexas situações decorrentes do exercício da especialidade.

O texto, a publicar, é assim uma opinião ou interpretação – e tão só isso – ancorada no conhecimento de conceitos básicos da responsabilidade civil e penal e da reparação do dano. De realçar 3 aspectos relevantes: a anestesia como acto destacável, o consentimento informado como exigência ético-jurídica e as soluções para reparação do dano, tais como o seguro profissional e o recurso a tribunais arbitrais.

¹ O presente texto foi elaborado com a colaboração de vários juristas a quem agradeço o estímulo, a paciência e o tempo dispendido no aperfeiçoamento de texto e na cedência de vasta bibliografia, imprescindível para o mesmo.

Tentámos ser precisos e concisos para que o resultado fosse um texto “enxuto” de fácil leitura e com aplicação prática. É apenas uma opinião entre muitas que são formuladas e como é óbvio, uma opinião não é Lei, nem o Médico é Jurista, sendo que a profundidade processual e judicial ultrapassa em muito o nosso conhecimento e a nossa competência.

I - Introdução:

A responsabilidade médica é um tema de crescente interesse, quer para a classe médica quer para os cidadãos, no quadro das sociedades desenvolvidas. Portugal acompanha a tendência das sociedades modernas, onde os cidadãos tomam consciência dos direitos de cidadania, nomeadamente na sua relação com a actividade da prática Clínica.

Durante séculos, o médico detinha um lugar privilegiado nas sociedades – exercendo uma actividade revestida de um carácter quase religioso e mítico – onde Deus determinava a sorte de uma cura e onde se deixava ao médico a possibilidade de ser intermediário entre a determinação divina e o acaso, podendo aqui e ali interpretar e decidir sobre a oportunidade dessa determinação. Ao médico cabia, exclusivamente, de acordo com a sua consciência e os seus conhecimentos a tomada de decisão, quase sempre na perspectiva daquilo que em seu entender “*seria melhor para o doente*”. Interpretava simultaneamente a vontade de Deus e a vontade do doente.

No final da revolução industrial, o médico foi integrado em organizações de saúde, onde o título de médico lhe garantia a imunidade na sua prática clínica. A sociedade reconhecia-lhe esta dignidade e o acto médico assentava no seguinte binómio: confiança (do doente) e consciência (do médico)². Com o aprofundamento, ao longo da segunda metade do Século XX, dos valores do conhecimento, enquanto factor de reconhecimento social, *maxime* a superioridade do saber do médico, aumentou a confiança do doente nas decisões dos profissionais de saúde.

Tal relação médico/doente, porque assente nos princípios e valores da ética médica, dificultava qualquer litigância entre doentes e médicos. Tratava-se de uma relação impenetrável, não havendo por norma qualquer desconfiança em relação à prática clínica. Até à década de 70 do século passado, a relação do médico com o doente e com a sua família era tão estreita que não admitia qualquer dúvida sobre a capacidade de intervenção, competência e dedicação, não havendo lugar a juízos de valor sobre o erro médico ou a negligência médica.

Os casos de sucesso eram atribuídos à capacidade do bom médico. Os casos de insucesso eram remetidos para os segredos ou para a “escuridão” da ciência e a incapacidade do homem para penetrar no conhecimento científico.³

Nas últimas duas décadas e meia do Século XX, assistiu-se a uma mudança nos valores e nas regras de tal relacionamento. A Lei de Bases da Saúde⁴ (Conhecida por Lei Arnaut) e o Estatuto do

² Reale, Miguel; código de Ética Médica. RT v. 503, p. 47.

³ Lesseps Lourenço dos Reys – “Responsabilidade civil do medico”, Revista da Faculdade Medicina Lisboa.

⁴ Lei de Bases da Saúde - Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto - **Base I - Princípios gerais** - 1 - A protecção da saúde constitui um direito dos indivíduos e da comunidade que se efectiva pela responsabilidade conjunta dos

Serviço Nacional de Saúde - ao mesmo tempo que disponibilizavam a prestação de cuidados de saúde tendencialmente gratuitos⁵, colocavam ao serviço dos médicos mais e melhores equipamentos e mais e melhores recursos. Desenvolveu-se o conhecimento médico de uma maneira espantosa. Simultaneamente, rompeu-se o tecido com que se entretecia a tradicional relação médico/doente. Os doentes passaram a “utentes” do Serviço Nacional de Saúde e os médicos a “prestadores” de cuidados de saúde, dando espaço a uma relação de “contratualização” entre eles.

Os “utentes” verteram e, de alguma forma, esculpíram nessa relação, de uma forma consciente, os seus direitos, assumindo uma maior exigência quanto aos meios disponíveis e quanto aos “resultados” expectáveis. Os “utentes”, ao suportarem através dos impostos um Serviço de Saúde organizado e colectivo, estabeleceram com os profissionais singularmente considerados ou com as entidades prestadoras (hospitais, centros de saúde) uma relação de contrato ou quase-contrato, em que de um lado se pagava e de outro se prestava um serviço, tendo como desígnio a obtenção de resultados satisfatórios para ambos.

Simultaneamente, um novo facto acompanhou esta nova compreensão das coisas, que foi a consequência lógica da eficácia da medicina moderna: cresceram as oportunidades de tratamento e de actuação, e, conseqüentemente, os riscos. No limite, a medicina moderna modificou os próprios conceitos de “vida”, que eram até ali definidos pelo espaço de tempo que mediava entre um nascimento natural e uma morte natural. O conceito de “vida” passou a ser definido como o espaço de tempo entre um nascimento, que poderia ser conseguido através de métodos artificiais – reprodução medicamente assistida – e um fim de vida que poderia ser prolongado através da

cidadãos, da sociedade e do Estado, em liberdade de procura e de prestação de cuidados, nos termos da Constituição e da lei. 2 - O Estado promove e garante o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de saúde nos limites dos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis. 3 - A promoção e a defesa da saúde pública são efectuadas através da actividade do Estado e de outros entes públicos, podendo as organizações da sociedade civil ser associadas àquela actividade. 4 - Os cuidados de saúde são prestados por serviços e estabelecimentos do Estado ou, sob fiscalização deste, por outros entes públicos ou por entidades privadas, sem ou com fins lucrativos.

⁵ SNS - **Artigo 64.º (Saúde) 1.** Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover. **2.** O direito à protecção da saúde é realizado: **a)** Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; **b)** Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável. **3.** Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: **a)** Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; **b)** Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; **c)** Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; **d)** Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; **e)** Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; **f)** Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência

substituição de órgãos e de processos de vida artificial – onde os transplantes, pela sua importância, são o expoente máximo.

A ética, influenciada pelas exigências de sociedades justas e equitativas, passou a exigir dos legisladores que “balizassem”, através de normas jurídicas, o espaço da nova legalidade – sem *lei, nada está fora da lei* – e que aplicassem estas normas ao conhecimento emergente.

Contudo, a par desta enorme evolução cultural, social e jurídica, cresceu do lado dos médicos a possibilidade da aplicação de modernos meios de diagnóstico e terapêutica, com novos elementos, a ponderar na complexa equação da administração dos cuidados de saúde, a saber: agressividade, perigosidade e complexidade.⁶

Esta nova realidade foi assimilada e compreendida pelos utentes, pois as suas expectativas também se ampliaram: numa primeira fase, através dos relatos mais ou menos episódicos e remotos da comunicação social; mais tarde, através da globalização do conhecimento e da “notícia”.

Cultivando laboriosamente o seu múnus profissional - e alheios, não raro, às mais significativas alterações sócio-jurídicas envolventes - os médicos encaram geralmente como uma injustiça a aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil à sua actividade. Por norma, entendem exercer a sua profissão em conformidade com um desígnio altruísta, comumente baseado em estritas preocupações éticas e deontológicas, reservando para si a decisão de actuar pela forma que, em consciência, melhor servirá a integridade física ou a preservação da vida do doente. É, por isso mesmo, com muita relutância que aceitam submeter-se às regras de direito aplicáveis às situações comuns de responsabilidade civil e criminal.

Os utentes, por seu turno, passaram a confundir o direito ao acesso ao Serviço Nacional de Saúde com a certeza da cura. Ou seja, ao terem acesso a um sistema de saúde organizado, com novos meios de tratamento, tal passou a significar, na sua óptica de “clientes”, o direito ao sucesso do tratamento com um resultado final, da intervenção médica, coincidente com a sua expectativa.

É sobre esta bivalência – direito ao acesso ao Serviço Nacional de Saúde e resultado final – que surgem os primeiros quadros legais que propugnam a aplicação dos quadros jurídicos comuns ao designado “contrato” entre médico e doente. Introduziu-se a distinção entre o conceito de obrigação de meios e obrigação de resultado, por um lado, e a separação entre a responsabilidade civil e penal, por outro.

No caso específico da especialidade que é a nossa, a impreparação dos Anestesiologistas no conhecimento e na interpretação da Lei, por um lado, e a genérica falta de sensibilidade e de conhecimento da realidade e do contexto dos Serviços de Saúde, por parte dos juristas, por outro, têm como resultado que não consigam, uns e outros, melhorar a relação médico/doente, na desejada equação do direito à saúde, com o equilíbrio entre a responsabilização dos prestadores e os direitos e deveres dos cidadãos. Tal situação, própria de países com elevados *déficits* de cidadania, reflecte a ignorância e a conseqüente necessidade de uma maior exigência no ensino de disciplinas

⁶ Penneau, Jean. La réforme de la Responsabilité Médical “Revue Internationale de Droit Comparé, n.º 2, p. 525.

que cultivem o estudo de direitos e deveres no quadro da cidadania em geral e das relações médico/doente em particular. As Faculdades de Medicina e as Faculdades de Direito não têm, em geral, conseguido ou sabido prosseguir e atingir este importante objectivo. Como resultado desta genérica impreparação de base, assistimos ao carácter inconclusivo de muitas provas, exames periciais facilmente contestáveis, falta de consistência na argumentação e nos pareceres, erros grosseiros nos depoimentos de médicos e testemunhas, para além da não rara falta de sensibilidade dos decisores. Não conhecendo o ambiente em que se desenvolve o acto médico, as circunstâncias em que se “rompeu” um qualquer elo da relação médico/doente ou os constrangimentos das instituições de saúde, nomeadamente na sua incapacidade para garantir os “meios” materiais e humanos idealmente necessários, sobrepõem muitas vezes o desejável ao possível, a utopia à realidade, condenando profissionais dedicados e probos, com consequências nefastas indizíveis em termos sociais, profissionais e humanos.

II – Da Responsabilidade Disciplinar, Civil e Penal dos Médicos Anestesiologistas

Sinteticamente, podem os Anestesiologistas incorrer, por força do exercício da sua profissão, num (ou vários) de três tipos de responsabilidade.

1- Responsabilidade Disciplinar

A responsabilidade médica põe em evidência deveres e obrigações que o médico assume, como matriz do exercício profissional. A prévia inscrição na Ordem dos Médicos – obrigatória – vincula-o à disciplina da Ordem, assim como “baliza” a sua actividade, na observância de valores éticos e deontológicos, no quadro de princípios solidamente sedimentados, milenarmente transmitidos e aceites como condição “*sine qua non*” ao início da sua actividade assistencial.⁷

Quando o médico viola tais deveres incorre naturalmente em responsabilidade profissional⁸ e disciplinar, avaliada pelos órgãos e colégios da Especialidade da Ordem dos Médicos, por competência delegada do poder executivo.

Sendo o médico um agente da Administração Pública, fica também sujeito ao Estatuto Disciplinar da Função Pública, podendo incorrer em Responsabilidade Disciplinar Administrativa.

O Juramento de Hipócrates referencia um conjunto de valores que, sem constituir um documento com eficácia jurídica, constitui matéria de interesse moral e ético.⁹

⁷ Lesseps dos Reys, Responsabilidade Civil dos Médicos; Ética Médica; Revista da FMUL, n.º III (Vol. 5); pp. 305-312 .

⁸ CAPÍTULO I – **Artigo 139.º** - (Responsabilidade disciplinar) - A infracção dos deveres constantes do Estatuto da Ordem dos Médicos ou das normas do presente Código Deontológico constitui o infractor em responsabilidade disciplinar, a conhecer pelos órgãos competentes da Ordem dos Médicos, nos termos do estatuto respectivo. O exercício da jurisdição disciplinar da Ordem dos Médicos, as informações, o procedimento, e as sanções disciplinares, bem como os respectivos efeitos, regem-se pelo Regulamento Disciplinar previsto no Estatuto da Ordem dos Médicos.

2 - Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil consubstancia-se na obrigação de reparação de um dano, causalmente resultante da intervenção do profissional médico.

Para existir responsabilidade civil terão que verificar-se simultaneamente alguns pressupostos:

1. Existência de uma conduta (acção ou omissão) voluntária de que resulte ilicitamente um dano sofrido pelo doente.
2. Existência de relação de causalidade adequada entre o dano sofrido e a acção ou omissão do agente.
3. Atribuição da responsabilidade pelo dano ao agente, responsabilidade que pode ser de natureza subjectiva (culpa ou dolo) ou objectiva (responsabilidade pelo risco).

No caso dos Anestesiologistas, o agente tem uma formação específica, uma habilitação competente, e é razoável pensar, como posição de princípio, que não praticará o acto com violação de um qualquer dever médico, de entre os muitos a que legal e contratualmente está obrigado. Mas nem sempre, por razões várias, a conduta (acção ou omissão) do profissional é isenta de censura.

O médico poderá assim ter que responder por um acto que ele próprio praticou (próprio) ou por um acto praticado por outrem que esteja ao seu serviço.

Nos termos do artigo 800.º n.º 1,¹⁰ do Código Civil, o médico é contratualmente responsável pelos actos das pessoas que utilizou no cumprimento das suas obrigações como se fossem praticados por si próprio. Daí que se um doente contratar um determinado cirurgião para realizar uma determinada intervenção, este é contratualmente responsável pelos actos de todos os elementos da sua equipe ou por si escolhidos. Especial melindre reveste a questão de saber se tal responsabilidade será ou não extensiva aos actos praticados pelo Anestesista. Se é verdade que por vezes o Anestesista não tem qualquer relação com o doente antes da intervenção, na maioria dos casos vai visitá-lo, examiná-lo, recomendar-lhe certos exames. Forma-se desta maneira entre o médico

⁹ **Juramento de Hipócrates:** Ao ser admitido como membro da profissão médica, juro solenemente consagrar a minha vida ao serviço da Humanidade. Guardarei o respeito e o reconhecimento que são devidos aos meus mestres. Considerarei a saúde do meu doente como meu primeiro cuidado. Respeitarei o segredo que me for confiado. Manterei por todos os meios ao meu alcance, a honra e as nobres tradições da profissão médica. Os meus colegas serão meus irmãos. Não permitirei que considerações de religião, nacionalidade, raça, política ou condição social se entremeschem entre o meu dever e o meu doente. Guardarei respeito absoluto pela vida humana desde o início, mesmo sob ameaça. Não farei uso dos meus conhecimentos contra as leis da humanidade. Faço este juramento solenemente, livremente e pela minha honra.

¹⁰ Código Civil – **Artigo 800.º** - 1. O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor.

anestesista e o doente um contrato, por força da qual este último aceita submeter-se aos cuidados que o primeiro se propõe prestar-lhe. De resto, deverá considerar-se que, se acaso, o médico anestesista, ressalvando circunstâncias excepcionais, tomasse a seu cargo o doente em plena sala de operações, sem previamente ter tido qualquer contacto com ele, estaria só por isso a praticar um acto ilícito e culposo, susceptível de o fazer incorrer em responsabilidade por qualquer dano que daí pudesse advir.

Como, há mais de uma década, escreveu o Professor Álvaro Dias¹¹, “*não sendo de excluir liminarmente a possibilidade de um médico poder actuar como auxiliar de outro médico*”¹², *de molde a responsabilizá-lo pelos actos que o primeiro pratique, a verdade é que não se vê bem que a qualificação quadre em absoluto à relação cirurgião/anestesista.*” “*Aliás, se é pouco usual que um doente escolha, além do cirurgião, os restantes membros da equipa, já em relação aos anestesistas – porque são conhecidos e/ou receados os riscos e perigos que tal actividade comporta – pode acontecer que o doente faça menção de ser assistido por determinado profissional, em vez de um outro que faça parte da equipa habitual do cirurgião. Pelo menos em tais casos, dificilmente, se poderá dizer que os anestesistas são meros auxiliares dos cirurgiões*”. Ao contrário, deverá considerar-se que é o próprio anestesista que responde directa e pessoalmente pelos danos causados por força de qualquer actuação negligente. Segundo o mesmo autor, cirurgiões e anestesistas têm áreas bem delimitadas de responsabilidade perante o doente e, por via de regra, nenhum deles controla ou dirige a actividade dos demais. Por se reconhecer que os anestesistas são autónomos, científica e profissionalmente, não podem os cirurgiões ser responsabilizados pelos actos que aqueles pratiquem.¹³

Tal individualização de responsabilidades – que passa afinal de contas, pela autonomização do procedimento anestésico dentro do âmbito do procedimento médico-cirúrgico - tem como contrapartida uma salutar individualização de responsabilidades para que, em ultima instância, não pague o “justo pelo pecador”.

É certo que nos termos do artigo 497.º do Código Civil “*se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade*”, havendo lugar a “*direito de regresso entre responsáveis na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advierem, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis*”, (n.º 2 do referido 497.º do Código Civil).

Simplemente tal consagração de uma responsabilidade solidária – na tentativa de apuramento da responsabilidade, quase diríamos a qualquer custo, em benefício dos lesados ou das vítimas – apenas é compreensível em situações de insanável dúvida ou indefinição, “ab initio”, da identidade e dos papéis funcionalmente relevantes de cada um dos intervenientes no processo médico-cirúrgico. Compreende-se, em tal caso, que os lesados (v. g. os corporalmente lesados) não possam

¹¹ Cfr. João Álvaro Dias, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1996, p.243.

¹² Código Civil, Artigo 800.º.

¹³ Cfr. J. Douglas Peters/Vicent Colins, *Anesthesiology and the law*, Health Administrations Press 1983, pag. 71.

ser prejudicados por indefinições, ou deficiências estruturais, organizativas ou composições de equipas e indiferenciações funcionais, que de todo lhes escapam e a que são totalmente alheios.

Não assim nos casos em que as especialidades, competências e diferentes campos de actuação profissional – sem prejuízo da sua salutar e imprescindível complementaridade – estejam perfeita e claramente definidos.

Daí que nos pareça de elementar razoabilidade que, salvo casos contados – em função dos parâmetros referidos – deva a responsabilidade plural de cirurgiões, por um lado, e Anestesiologistas, por outro, pautar-se pela regra da conjunção e não da solidariedade. Quer isto dizer que cada um deverá responder apenas e tão só pelos danos que da sua actuação resultarem e não pela integralidade dos danos que uma certa intervenção médico-cirúrgica, onde houve necessidade de recorrer a uma certa prática ou procedimento anestésico, acabou por motivar ou desencadear, considerados os conhecidos pressupostos da causalidade adequada, da ilicitude e de culpa.

É que, consabidamente, em matéria de responsabilidade plural, em direito civil, a regra é a da conjunção e só excepcionalmente vigora o regime de solidariedade.

Nos termos do artigo 513.º do Código Civil “*A solidariedade de devedores ou credores só existe quando resulte da lei ou da vontade das partes*”.

Afirmção que é tanto mais consistente quanto é certo que, no interesse da protecção dos próprios doentes ou lesados, a relação médico-doente há-de ser considerada muito mais uma relação contratual que uma relação extra-contratual, isto é de um absoluto e indiferenciado dever de respeito pela vida e integridade física alheias (a dos doentes)¹⁴.

Ora, manifestamente, não sendo vontade de cirurgiões, por um lado, e de Anestesiologistas, por outro, responder por danos que causalmente não provoquem de forma ilícita e/ou culposa, só a lei poderia, imperativamente, impor-lhes uma responsabilidade solidária perante os lesados por danos a que uns ou outros não deram causa. Solução, seguramente, pouco avisada e nada conforme com a especialização pericial (v.g. médico-legal) que, regra geral, é chamada a intervir nestes casos.

De resto, convém aqui deixar uma nota relativamente a alguns aspectos particulares das relações entre Anestesiologistas e Cirurgiões. Quando se forma uma equipa cirúrgica, responde por toda a equipa um “Chefe de Equipa”; tanto pelos seus próprios actos como pelos actos dos médicos e outros profissionais ao seu serviço, como vimos atrás.

Os Anestesiologistas têm hoje uma actuação muitíssimo mais diferenciada do que há alguns anos atrás. A especialidade alcançou autonomia total e os conhecimentos superam a mera área da anestesia, compreendendo “saberes” que ultrapassam o acto de anestésiar. Daí a actual e justificada designação de Medicina Anestésica para os saberes envolvidos na actividade em questão. Se quisermos ser mais profundos neste raciocínio, a Anestesiologia moderna – Medicina Anestésica –

¹⁴ Sobre a chamada “teoria do cúmulo” na aplicação das regras da responsabilidade civil contratual e extra-contratual, no âmbito da responsabilidade médica, cfr. João Álvaro Dias, Procriação Assistida e Responsabilidade Médica, ob. cit., pp. 228 ss.

engloba conhecimentos no âmbito de outras especialidades (v.g. função respiratória, equilíbrio hidroelectrolítico, actividade circulatória, prevenção e tratamento do choque, supressão do estímulo doloroso, etc.). Munido das suas específicas competências, pode o Anestesiologista actuar em situações tão variadas - cortando transversalmente várias especialidades - como são, a título exemplificativo, as intervenções sobre acessos vasculares, vias aéreas, suporte básico e suporte avançado de vida, controle de equipamentos de diagnóstico cardiológico, pneumológico, e outros.

Por esta razão, entendem, sensatamente, alguns autores, que o acto do Anestesiologista deve ser um acto “destacável” onde se pode determinar a sua responsabilidade, independente da do cirurgião, desde que provada a causalidade adequada, exclusiva do acto anestésico, sem que tenha havido concorrência de culpa (“concausalidade”) por parte da actividade do cirurgião.

Casos sempre difíceis, sob o ponto de vista jurídico, são aqueles em que o cirurgião não cumpre recomendações específicas do Anestesiologista, provocando a não observância de tais recomendações danos de diversa natureza.

É habitual fazer-se a distinção entre responsabilidade que deriva da violação de uma obrigação resultante de um negócio jurídico, que gera dano – responsabilidade contratual (ou aquiliana) – e a responsabilidade extracontratual – caracterizada não pelo incumprimento de um contrato previamente celebrado, mas decorrente da violação de um direito absoluto - direito de personalidade, direito à vida, direito à integridade física – (artigos 483.^o15 e ss. Código Civil). A responsabilidade contratual está prevista nos artigos 798.^o ss do Código Civil, competindo ao médico demonstrar que a falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.¹⁶

A primeira – responsabilidade contratual – deriva de um contrato estabelecido livremente entre utente e prestador, na maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações naturalmente emergentes do exercício da medicina privada, em regime liberal. O médico é, em tais casos, livremente escolhido, contratado e pago pelo doente.

A segunda – responsabilidade extracontratual – pode ocorrer quando não existe um contrato entre os dois, mas as circunstâncias da vida os colocam frente a frente, na específica relação de médico e doente. Assim sendo, o médico tem o dever de prestar assistência nas mesmas circunstâncias, aplicando todos os seus conhecimentos, de uma forma actualizada e actuando com a rapidez que a

¹⁵ Código Civil, Secção V, Subsecção I, **Artigo 483.º - (Princípio Geral)** – 1) Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. **Artigo 486.º - (Omissões)** As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido.

Artigo 487.º - (Culpa). 1) É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal da culpa.

¹⁶ Código Civil – Secção VI: **Artigo 799.º - (Presunção de culpa e apreciação desta)** 1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua. 2. A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil.

situação exige. O exemplo mais frequente é aquele em que o médico se depara com um acidente e presta assistência aos sinistrados. Tida habitualmente como extracontratual é a responsabilidade do médico que desenvolve a sua actividade em instituições ou serviços do Serviço Nacional de Saúde (v.g. hospitais e centros de saúde). Aqui, caberá ao lesado provar que houve culpa do médico e que o dano sofrido lhe é imputável (artigo 487.º, n.º 1 do Código Civil)¹⁷.

Mas não é difícil vaticinar que a posição mais esclarecida dos autores que sustentam que mesmo as relações que se estabelecem no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, entre instituições e doentes, são de natureza contratual tendem, progressivamente, a obter ganho de causa, à medida que as exigências cívicas crescem, por um lado, e a extensão e excelência dos cuidados públicos retrocede, por outro.

Para contornar algumas dificuldades técnico-jurídicas que a qualificação como contratual colocava no âmbito da responsabilidade médica, procuraram os autores, desde o final do primeiro quartel do século passado, configurar uma distinção que, recorrentemente, é referida quando se fala de responsabilidade médica.

Referimo-nos, claro está, à distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultados.

2.1 - Obrigação de meios e obrigação de resultados

A obrigação de meios existe quando um médico está adstrito à prestação de um serviço em cuja execução terá que empregar a atenção, o cuidado e a diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com a sua competência, os recursos disponíveis, as “*leges artis*” e o desenvolvimento científico a que teve ou lhe era exigível que tivesse tido acesso até ao momento da prática do acto, sem se comprometer com a obtenção do resultado.

O médico ao celebrar um contrato com o doente – responsabilidade contratual – ou no âmbito da responsabilidade da entidade integrada no Serviço Nacional de Saúde que o contratou – responsabilidade extracontratual – assume uma obrigação de meios.

Quando um médico trata um doente, assume perante ele a obrigação de utilizar os meios mais adequados ao seu alcance, em conformidade com os conhecimentos científicos disponíveis. Não há aqui uma obrigação de resultado. Na verdade, e os médicos não podem exercer a sua profissão com a promessa de êxito garantido, assumindo obrigações de “resultado”:

O médico não pode, em estrito rigor ético e jurídico, assumir a obrigação pelo resultado, pois que a variabilidade, a imprevisibilidade, a particularidade, as variantes da morfologia e da fisiologia, a par das múltiplas reacções adversas, são factores que o médico não conhece em toda a sua dimensão, e por conseguinte não controla através do conhecimento médico. “*A medicina encontra-se em estado*

¹⁷ Código Civil – **Artigo 487.º (Culpa)** 1. É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa. 2. A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.

*permanente de experimentação, não se podendo dela exigir que sempre triunfe sobre algumas leis fatais da natureza*¹⁸ e ainda, *A medicina não é uma ciência, no sentido em que a física é ciência, a química é ciência, pois trabalha com uma margem de incerteza que não é habitual nas ciências ditas exactas.*¹⁹

O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da sua profissão, tendo em consideração o estado da ciência e as “*leges artis*”.

Cabem nestes deveres, sem pretensão de ser exaustivo, ²⁰o “*dever de informar e aconselhar, o dever de prestar cuidados e o dever de se abstrair do abuso ou desvio de poder*”.

O primeiro dever – informar e aconselhar – está contido na exigência de esclarecimento livre e informado ou esclarecido²¹.

O segundo dever – prestar cuidados – obriga o médico a praticar actos que adicionem aos cuidados que são impostos aos cidadãos, no percurso da sua vida quotidiana na relação com os outros cidadãos, os cuidados próprios não só da profissão como também os que advêm dos conhecimentos adquiridos e possuídos lateralmente à profissão, tais como aqueles que resultam da experiência pessoal na prática de determinado acto.

O terceiro dever – de se abstrair do abuso ou desvio do poder – também inclui as situações em que os meios empregados são desproporcionados, expondo o doente a riscos inúteis e/ou desnecessários, com eventual omissão de normas de conduta e de segurança.

2.2 - Do Erro Médico à Negligência

Não é fácil definir “erro médico” e enquadrá-lo na perspectiva jurídica da avaliação do dano, que o mesmo produziu.

Valerá a pena passar os olhos pelo Código de Hamurabi,²² publicado há mais de 3.700 anos, e verificar como desde sempre se colocou um acento tónico na tentativa de associar o erro médico à imprudência, imperícia ou negligência, fazendo recair sobre o médico uma penalização.

¹⁸ António Evaristo de Moraes Filho: Aspectos da Responsabilidade Penal do Médico, “Revista da Faculdade de Direito da UERS, Rio de Janeiro, n.º 4, 1996.

¹⁹ António Evaristo de Moraes Filho, transcrevendo Moacyl Scian em: Aspectos da Responsabilidade Penal do Médico, “Revista da Faculdade de Direito da UERS, Rio de Janeiro, n.º 4, 1996

²⁰ Aguiar Dias, da responsabilidade Civil, Rio de Janeiro n.º 116

²¹ Para uma abordagem concisa, especialmente incisiva, aos problemas da responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade, cfr. João Álvaro Dias, Procriação Assistida e Responsabilidade Médica, ob. cit., pp. 273 e ss.

²² De acordo com Código de Hamurabi [Mesopotâmia, 1700 a.c.] “Se um médico abriu um tumor ou tratou com faca uma ferida grave, ou curou um olho doente, receberá dez siclos de prata se o doente for homem livre, cinco siclos se for um descendente de plebeus, dois siclos se for um escravo. Se o médico abriu o tumor, ou tratou com faca uma ferida grave, e isso causou a morte da pessoa; se o médico fez o doente perder o olho, então suas mãos serão cortadas, se se tratar de um homem livre. Se se tratar do escravo de um plebeu, ele deverá fornecer outro escravo”.

Ultrapassada a barbárie civilizacional, de que o Código de Hamurabi era expressão e garantia, as sociedades têm tentado definir melhor o conceito de erro médico, a fim de o poder incluir ou não, na área do ético-juridicamente censurável.

Vários autores e vários códigos de ética²³ entendem que a melhor solução para a dificuldade em atribuir ou não a culpa por erro médico é a de esclarecer se o erro médico foi decorrente de uma falha ou de um erro involuntário, inexistência de conhecimento científico, diagnóstico não conseguido ou tratamento desconhecido, ou, se, pelo contrário, foi resultado da falta de cumprimento das “*leges artis*”, nomeadamente associado a imprudência, imperícia ou negligência, com ou sem dolo.

Sendo inevitável, pela própria condição humana, a possibilidade da prática de erros médicos, desejável seria que *“uma vez verificado, tal deverá ser conhecido e analisado em reuniões estritamente médicas com a liberdade e a profundidade necessárias, que permitam prevenir a sua repetição (...) os médicos devem ter a coragem necessária para reconhecer os seus erros e eliminá-los”*.

Guilherme de Oliveira²⁴ considera que *“só num ambiente relativamente pacificado, com menos lei, com maior responsabilidade civil – esta mais para reparar o dano do que para censurar o médico - e em que o controlo das boas práticas seja feito inter pares, através da auto-regulação, é que os médicos poderão confessar sistematicamente os erros”*.

Alguns autores²⁵ definem acidente médico ou erro profissional como *“o que ocorre quando, empregues os meios normais da Medicina, por exemplo, chega o médico a conclusão errada no diagnóstico, na terapêutica ou na cirurgia”* e *“só a falta grosseira desses profissionais consubstancia a culpa penal, pois exigência maior provocaria a paralisação da ciência, impedindo os pesquisadores de tentarem métodos novos de cura...”*

O erro médico poderá ser punível sempre que provada a imperícia (falta de habilitação ou competência), a imprudência (fazer o que não se deve) e/ou a negligência (não fazer o que se deve).

2.3 - Caracterização do Conceito de Culpa Médica

Claro está que só poderá afirmar-se ter havido um desvio, uma inobservância ou mesmo uma frontal violação de certas normas da prática médica se previamente formos capazes de delimitar tais normas ou critérios de actuação.²⁶

A questão decisiva de saber qual o padrão de perícia e cuidado exigíveis tem que ser respondida de acordo com os conhecimentos da ciência médica ao tempo do diagnóstico e/ou do tratamento.

²³ Código de Ética Espanhol, Artículo 21.1. Todos los pacientes tienen derecho a una atención médica de calidad científica y humana. El médico tiene la responsabilidad de prestarla, cualquiera que sea la modalidad de su práctica profesional, comprometiéndose a emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico del momento y las posibilidades a su alcance.

²⁴ Guilherme de Oliveira, Conferências Ordem dos Médicos, Zona Centro, debate “Medicina e Direito – Que futuro? organização Republica do Direito, 11 de Fevereiro de 2002.

²⁵ Jorge Henriques Schaefer, Revista Jurídica da FURB, 3 – Junho 1995, pp 51-64.

²⁶ A este propósito seguiremos, muito de perto, os ensinamentos do Prof. Álvaro Dias (Procriação Assistida e Responsabilidade Médica, ob. cit., pp. 339 a 349)

“O médico deve actuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo. Mas se porventura ele tem, ou se arroga ter, conhecimentos superiores à média, em qualquer tipo de tratamento, intervenção cirúrgica e riscos inerentes, poderá ser obrigado a redobrados cuidados, embora nem por isso se possa dizer que ele assumiu a posição de garante de um certo resultado.

Por outro lado, impende sobre o médico o dever de se manter razoavelmente actualizado, através de um esforço permanente, não podendo obstinadamente e de modo estulto prosseguir com a utilização de métodos antiquados, se estiver demonstrado que tais métodos não são aceites pela generalidade da opinião médica informada.

Ao médico exige-se por conseguinte que actue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo «ofício» (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias.” Não se pode dizer que o médico foi negligente quando teve uma actuação que, “... não recolhendo embora unanimidade, é aceite por sectores médicos credenciados naquele tipo de diagnóstico ou tratamento.”²⁷

As diferenças de opinião sobre uma determinada conduta ou procedimento Anestésico são compatíveis com elevados graus de competência, não resultando daí culpa, enquanto não for provado que tal conduta é contrária às “*Legis Artis*”.

A transposição para o domínio médico do conceito de «faute» não necessita, em princípio, de qualquer modificação. É, todavia, evidente que os deveres a que se encontra vinculado o médico, apresentam particularidades concretas que impõem uma adaptação do modelo de comparação.

Trata-se por conseguinte de substituir, no âmbito da profissão, o critério do bom profissional ao critério do bom pai de família. Só que é bom de ver que não pode exigir-se de um clínico geral (v.g. médico de família) o conhecimento de todas as mais recentes descobertas ou das técnicas de ponta que um especialista é obrigado a conhecer. Em contrapartida, deverá exigir-se dos especialistas - no caso que nos ocupa, dos Anestesiologistas - uma excelente formação de base, sem a qual nenhuma especialidade pode ser convenientemente exercida, tendo embora que reconhecer-se que cada médico especialista não pode conhecer todas as técnicas de ponta de todos os domínios da medicina.

Em última análise, parece que o critério que permitirá avaliar a conduta efectivamente observada é o «o do bom profissional da categoria e especialidade do devedor» à data da prática do acto. Com efeito, as actuações de um médico, há alguns anos atrás, não podem ser avaliadas à luz de posteriores conhecimentos que podem fazer parecer obsoletas, inadequadas e até mesmo desastradas, as condutas então levadas a cabo. Num campo de actividade em fervilhante e contínua evolução, como é o da ciência médica em geral e da Medicina Anestésica, em particular, deverão evitar-se posições extremas que se atenham a esteriótipos fossilizados ou que, ao invés, exijam dos

²⁷ Procriação Assistida e Responsabilidade Médica, ob.cit.,pp. 341, STVDIA IVRIDICA, 21, Coimbra Editora

profissionais médicos um ritmo vertiginoso e não suficientemente testado, na adesão a novos modelos, novos conceitos, novas técnicas e novas práticas.

É com sustentação jurídica que são, assim, de repudiar as posições doutrinárias que sustentam que só a culpa grave («faute lourde») seria susceptível de justificar a responsabilidade profissional e em especial a responsabilidade médica. Tais posições têm sido veementemente «rejeitadas pela doutrina e pela jurisprudência».

Pode, com efeito, verificar-se que, apesar de algumas decisões utilizarem expressões que poderiam levar-nos a crer que só a culpa grave é relevante em matéria de responsabilidade médica, a verdadeira razão da utilização de tais expressões reside num salutar esforço de contenção da jurisprudência, que entende por bem não se imiscuir em discussões científicas, a que aliás é alheia, considerando apenas relevantes os factos ilícitos e culposos inequívocos.

A orientação que deve prevalecer é aquela que, já em 1862, uma judiciosa decisão dos tribunais franceses enunciava, e segundo a qual «toda a pessoa qualquer que seja a sua situação ou a sua profissão está sujeita a esta regra (responde pela sua imprudência ou pela sua negligência) que não comporta outras excepções senão aquelas que se encontrem expressamente consagradas na lei; nenhuma excepção deste tipo existe em benefício dos médicos».

O ponto de partida essencial para qualquer acção de responsabilidade médica é por conseguinte a desconformidade da concreta actuação do agente no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os melhores graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes, naquela data. Daí que no caso de um sector substancial da classe médica considerar que certas práticas ou métodos, antes consensualmente aceites, podem ser nocivas em certas situações, possa considerar-se que há negligência no facto de o médico não ter tido em conta tal posicionamento crítico ou porque o subestimou ou porque pura e simplesmente não tinha conhecimento da evolução da literatura e prática médica.

O que antes era prática generalizada e comumente aceite pela comunidade científica e médica pode a breve trecho tornar-se obsoleto e perfeitamente inadequado em função dos constantes progressos da ciência e técnica médicas.

Ao julgador cumpre a sempre espinhosa tarefa de encontrar os pontos de equilíbrio entre os inovadores e indispensáveis «saltos em frente» e a adesão apressada e não testada a métodos que podem ter tanto de revolucionário como de nocivo.

2.4 – Do apuramento da culpa

Como vimos atrás, quando o Médico viola um dos deveres a que a lei obriga, daí resultando danos, identificado que seja o nexos de causalidade adequada, onde seja possível encontrar a culpa – imprudência, negligência, imperícia – estão verificados os pressupostos da responsabilidade civil.

O apuramento da culpa do Médico obedece aos mesmos procedimentos adoptados para a formulação do juízo de culpa comum.²⁸

Face às circunstâncias, há que encontrar os desvios às condutas que o médico deveria observar na assistência ao doente.

O Juiz terá que ser razoavelmente esclarecido e convencido de que um Médico prudente, nas mesmas circunstâncias, teria o mesmo comportamento, a mesma conduta e com os mesmos resultados.

Assim, exige-se que o Anestesiologista tenha, por exemplo, observado, no percurso da assistência que presta, as normas esperadas: fazer a consulta de Anestesiologia, avaliar o estado físico do doente, fazer uma vigilância rigorosa até que seja retomada a consciência, acompanhar o recobro anestésico;

Dos outros especialistas, por exemplo os que integram a equipa cirúrgica (1º ajudante, Instrumentista, enfermeiros), exigem-se procedimentos diversos, de acordo com a sua especialidade e a responsabilidade que lhe é delegada ou atribuída pelo Chefe de Equipa.

De qualquer modo, tem sido difícil a produção da prova, dado o ambiente reservado em que se desenvolvem os factos, dada a fragilidade dos doentes e familiares frente à adversidade da doença, dados os diminutos conhecimentos científicos dos utentes²⁹. Daí que se recorra, com frequência, à avaliação pericial do acto e das circunstâncias em que ocorreu. Contudo é inegável que sendo o perito um colega, com conhecimentos e experiência diversos, que no dizer do Juiz relator da peça de jurisprudência referida em roda pé *“inconscientemente dominados pelo spirited corps”*, a isenção e a imparcialidade – pressupostos da perícia – podem prejudicar a prova.

Assim, o Juiz poderá socorrer-se de um conjunto de meios válidos de prova:

- Parecer dos Colégios das especialidades;
- Parecer das Sociedades Científicas;
- Recurso a peritos profissionais privados; (independentes)
- Testemunhas;

²⁸ Código Civil – **ART. 487º - (Culpa) nº 2** - A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.

²⁹ Apelação Cível número 41.475 publicado na Jurisprudência Catarinense, Vol. 73, Pag. 318/337 e em texto de roda - pé “A Responsabilidade Penal por Erro Médico”, palestra no Iº Fórum Regional de Direito Biomédico – Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina 1998: “ É sempre difícil apurar-se, no pretório, responsabilidade médica hospitalar; a prova fica na dependência de relatórios de enfermagem e das anotações e prescrições médicas, bem como dos lautos de peritos médicos que podem estar inconscientemente dominados pelo spirited corps. Resta pouca margem de prova aos testemunhos leigos, de regra, incompetentes ou impressionados. Acresce que a Medicina não é uma ciência exacta, e a arte de curar requer muitas vezes dom divino” ... “Pondere-se por abundância, que a Medicina Socializada pelos Hospitais, a este cabe demonstrar, nos casos de insucesso que tomaram as providências adequadas, não podendo eximir-se com alegações de que os seus arquivos não constam estes ou aqueles dados, quando próprios e plausíveis nas circunstâncias de cada caso.”... “ A prova de regularidade do comportamento, está nas mãos do hospital, que deve sempre cuidar de ser preciso nos relatórios, fichas de observação, controlo, tratamento...e tudo o demais que possa ilustrar cada aspecto.”

- Registos sobre os “utentes” e o seu passado clínico, incluindo o registo dos factos;
- Como última e decisiva instância, deve o Juiz socorrer-se dos relatórios periciais dos Institutos de Medicina Legal ou dos pareceres do Conselho Superior Médico-Legal.

Em muitos Países existe legislação que obriga à elaboração, conservação e arquivo dos registos clínicos minuciosos. Contudo haveria que garantir a sua conservação até ao final do prazo de prescrição da responsabilidade pelos actos praticados. Sucede que o período habitual de arquivo é de 5 anos, quando as prescrições para algumas situações (v.g. responsabilidade contratual – Medicina privada) atingem 20 anos.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos, no seu art. 77º, “obriga” ao registo clínico, mas não refere o tempo em que tal registo deve ser preservado.³⁰

A cedência destes registos e outra documentação do processo de assistência é um princípio que é entendido pelos Juizes como actuação de boa-fé, habitualmente apreciado e positivamente valorada em julgado.

Autores como Figueiredo Dias e col.³¹ Entendem *que* quanto ao ónus da prova, pelas circunstâncias normais da arte Médica e pelo ambiente que a envolve, deverá caber ao autor apenas “*Provar objectivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis. Dir-se-á que isto é o mais difícil de conseguir. E é. Mas em todo o caso, é diferente ter de provar a verificação de um erro de técnica profissional, com recurso às Leis da arte e da Ciência Médica, de ter que provar que aquele médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de maneira diferente. A prova de que nestas circunstâncias não se verificaram, estará o Médico em melhores condições de o fazer. Parece pois justo impor-lhe esse ónus*”

2.5 - Consentimento informado³²

³⁰Código Deontológico, Ordem Médicos, Art 77.º - **(Processo ou Ficha clínica e exames complementares)** O Médico, seja qual for o Estatuto a que se submeta a sua acção profissional, tem o direito e o dever de registar cuidadosamente os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo, conservando-as ao abrigo de qualquer indiscrição, de acordo com as normas do segredo profissional. A ficha clínica do doente, que constitui a memória escrita do Médico, pertence a este e não àquele, sem prejuízo do disposto nos Artigos 69.º e 80.º - Os exames complementares de diagnóstico e terapêutica, que constituem a parte objectiva do processo do doente, poderão ser-lhe facultados quando este os solicite, aceitando-se no entanto que o material a fornecer seja constituído por cópias correspondentes aos elementos constantes do Processo Clínico.

³¹ Figueiredo Dias, Jorge, Monteiro, Jorge Sinde; Responsabilidade Médica em Portugal. Revista Forense nº 289; pag. 53

³² O conceito de “**consentimento informado**” foi utilizado pela primeira vez em 1957 na Califórnia, no decurso da sentença judicial do caso Salgo v. Leland Stanford Jr University Board of Trustees. O doente Martin Salgo, de 55 anos, tinha arteriosclerose e submeteu-se a uma aortografia de diagnóstico. O procedimento foi feito sob anestesia geral e com a utilização de produtos de contraste. Na manhã seguinte o doente descobriu que tinha os membros inferiores paralisados. A Corte ressaltou que o médico violou um direito do doente ao não informar sobre eventuais ou possíveis complicações do procedimento, possibilitando ao doente o seu consentimento. A Corte na decisão final refere que o médico deveria ter revelado ao doente os factos necessários a um *consentimento informado*”. *Salgo v. Leland Stanford Jr University Board of Trustees*, 154 Cal. App. 2d 560, 317 P.2d 170 (1957). Poland SM. *Landmark Legal Cases in Bioethics*. Kennedy Institute of Ethics Journal 1997;7(2):193-4.

O consentimento é um pré-requisito legal em qualquer intervenção médica, cabendo ao doente decidir sobre a proposta médica, nomeadamente rejeitar ou anuir a um determinado tratamento. O Artigo 150º do código penal “ prevê apenas duas excepções à obrigatoriedade na obtenção do consentimento informado, a saber: Quando *“só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.”*³³

O Anestesiologista deve informar e discutir com o doente alternativas da Anestesia e complicações passíveis de virem a ocorrer.³⁴ Essa informação deve ter em conta vários procedimentos, nomeadamente, punção de artérias e veias, monitorização invasiva, intubação, ventilação mecânica, técnicas de anestesia – geral, regional ou local - transfusões sanguíneas, discussão dos riscos e complicações relacionados com a anestesia e as alternativas existentes, se não for possível concretizar o plano estabelecido.

Os problemas do consentimento, informação e confidencialidade são objecto de inúmeros litígios. Para além dos litígios, pode suceder que o médico venha a incorrer em responsabilidade no caso de o tratamento ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente – Intervenções médicas arbitrárias. O consentimento é, consabidamente, um pré-requisito como se refere no início do capítulo, essencial de todo o tratamento ou intervenção médica. Cabe nesta perspectiva jurídica o direito que os doentes têm em se autodeterminar³⁵. Cumpre ao doente decidir, depois de

³³ **Artigo 156º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. 1** - As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. **2** - O facto não é punível quando o consentimento: **a)** Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou **b)** Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. **3** - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias. **4** - O procedimento criminal depende de queixa.

³⁴ A experiência demonstra que nem sempre os Médicos são comunicativos com os doentes e que não conseguem romper a frieza de uma relação médico doente em ambiente Institucional, por força da massificação. Por outro lado, muitas vezes os doentes nem querem saber em pormenor o seu estado de saúde, a proposta de intervenção e o prognóstico. Com frequência encontram-se doentes que negam o seu verdadeiro estado de saúde e familiares que suplicam para que o doente não conheça a “verdade”. Só a re-personalização da relação médico doente poderá melhorar esta confiança.

³⁵ Autodeterminação é a capacidade e o direito que o indivíduo tem para decidir e escolher o que lhe convém, o que julga ser melhor para si mesmo, para decidir o seu destino segundo as suas concepções e sem

esclarecido, se se pretende sujeitar ou não a um determinado tratamento ou a uma determinada intervenção médica. O doente tem o direito de ter a oportunidade de poder decidir entre os diversos tratamentos alternativos. O médico está legalmente obrigado a informar o doente dos riscos possíveis e bem assim das consequências da doença ou do projectado tratamento e efeitos secundários. Ao doente deve ser facultada toda a informação, que lhe permita com serenidade tomar uma decisão³⁶. Daí que toda a informação deve ser dada num momento em que o doente que tenha toda a capacidade e tempo razoável, para equacionar toda a extensão da informação, sem pressões, para decidir submeter-se ou não ao tratamento ou intervenção, que lhe foram propostas. Outra questão que se coloca é a de saber se o doente em causa tomou uma decisão prudente, tendo em consideração as circunstâncias em que se encontrava no momento da decisão. Na opinião de alguns autores, *“o consentimento tem de ser perspectivado como um diálogo entre o médico e o doente, em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente; diálogo que há-de terminar em concordância ou discordância sobre a conduta terapêutica a prosseguir ou a encetar”*. “Se é verdade que o doente tem que ter conhecimento de um leque alargado de informação, não é menos verdade que o médico tem que receber do doente um conjunto de informação, objectiva, circunstanciada, para poder equacionar os riscos e benefícios da sua actuação, enquadrando-a no saber científico da sua área médica”. Por tudo o que foi referido, torna-se discutível se a mera assinatura por parte do doente de uma folha de consentimento é suficiente como garantia de consentimento informado e esclarecido^{37,38}. Álvaro Dias refere também, basicamente, que o princípio do consentimento esclarecido significa que o médico que se propõe efectuar um tratamento ou intervenção sobre um doente deve dar-lhe suficiente informação sobre o tratamento proposto, quais as probabilidades de êxito, quais os riscos envolvidos, quais os efeitos colaterais ou mal estar daí resultantes, quais as alternativas disponíveis, porque é que o tratamento escolhido é, na sua opinião, o melhor para o doente, porque é que os outros tratamentos possíveis foram rejeitados. Tudo para que um doente de uma razoável inteligência, em moldes tão objectivos quanto possível, possa compreender.^{39[4]} É absolutamente claro que o médico tudo deve fazer, para que com as suas palavras, ou com o seu silêncio, não induza o doente em erro, nem torne difícil uma decisão. A linguagem a utilizar deve ser simples, leal, rigorosa e acessível, evitando o uso de terminologia demasiadamente técnica. Não pode pelo contrário cair na tentação de simplificar de tal modo a linguagem, que o resultado final seja uma

influências, não tendo que obedecer ou aceitar, obrigatoriamente, concepções de terceiros, no caso, dos médicos

³⁶ É questionável que um consentimento obtido, por exemplo, na véspera à noite da cirurgia, no decorrer de uma visita pré anestésica, num contexto de facto consumado, quando em circunstâncias normais o Anestesiologista teve oportunidade de o obter no decorrer de uma consulta planeada com antecedência, e realizada em tempo razoável, para que o doente pudesse tomar uma decisão com a serenidade a que a decisão aconselharia.

³⁷ Fay A. Rozowky, Consent to treatment. A practical guide, p. 3

³⁸ Guilherme de Oliveira, entrevista À SIC, 2006, “Consentimento informado”

^{39[4]} João Álvaro Dias - Responsabilidade Médica, pag. 282 Acta Juridica 21

informação que não contenha os conceitos fundamentais das *“Legis Artis”*⁴⁰ Outro aspecto importante é que o consentimento (ou recusa) seja obtido de um doente com todas as suas capacidades, de molde a que este seja juridicamente aceitável.

Bem se compreende que um doente que esteja diminuído na sua capacidade de compreensão, quer por incapacidade jurídica (menores, interditos, etc.), por incapacidade momentânea ou «pontual» (ferido ou em estado de inconsciência) não pode consentir ou recusar uma intervenção médico-cirúrgica. Entendem vozes autorizadas que nestes casos o consentimento deve ser obtido através dos representantes legais.

Casos especiais são aqueles em que não é possível obter o consentimento do representante legal, cabendo nestes casos ao Médico – Anestesiologista - *«avaliar e decidir a complexa questão de saber se o incapaz – especialmente se se tratar de um menor – tem a capacidade para perceber razoavelmente as implicações do tratamento que lhe é proposto»* Ao Médico – Anestesiologista – compete também avaliar e equacionar uma alternativa de adiar a intervenção – sem prejuízo para o doente – enquanto se obtém o consentimento do seu representante legal. Alguns juristas avalizados têm-se pronunciado no sentido de, nos casos de urgência, deve o Médico decidir a intervenção, tendo em atenção os dados que possui e os factos que considere relevantes, conforme art. 150º, e o art. 156º do Código Penal⁴¹. A obtenção do consentimento informado e livre na forma escrita, ajuda a decisão judicial, mas como refere Guilherme de Oliveira⁴², *“pode bem acontecer que o Juiz não o considere – deite para o lixo – como prova. Assim aconteceu noutros países, assim poderá acontecer aqui.”*

⁴⁰[5] Civ. 1º Anotação de Savatier, 534 J.C.V.

⁴¹ **Artigo 150º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos - 1** - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. **2** - As pessoas indicadas no nº anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal. (Redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro)

Artigo 156º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. 1 - As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. **2** - O facto não é punível quando o consentimento: **a)** Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou **b)** Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. **3** - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias. **4** - O procedimento criminal depende de queixa.

⁴² Guilherme de Oliveira, entrevista à SIC NOTÍCIAS, 2006, “Consentimento informado”

A prova deverá ser associada às notas do processo clínico – identificada cronologicamente - sobre as “conversas” entre o doente e o médico. Não quer isto significar que se entenda que não é necessário a forma escrita da obtenção do consentimento – bem pelo contrário - , mas será tanto mais convincente se este for concebido sob a forma de formulários abertos, que se possam completar, adequando-se às situações de cada doente e onde seja possível verificar, não só a informação do médico ao doente, mas também a do doente ao médico.

A Lei de Bases da Saúde define como direitos dos doentes serem estes “*informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado*”.⁴³

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁴⁴ reforça os termos da informação do diagnóstico com vista à obtenção do consentimento informado e livre. Mas no seu artigo 40º ressalva os casos em que a sua consciência do médico considere motivos ponderosos para não os revelar ao doente e aconselha⁴⁵ que face a um prognóstico fatal, tal “*só poderá ser revelado ao doente com as precauções aconselhadas pelo exacto conhecimento do seu temperamento, das suas condições específicas e das sua índole moral, mas em regra deve ser revelado ao familiar mais próximo que o médico considere indicado, a não ser que o doente tenha previamente proibido ou tenha indicado outras pessoas a quem a revelação deva ser feita*”. Segundo André Gonçalo Dias Pereira⁴⁶, citando Guilherme de Oliveira⁴⁷, não é “liquida” a força jurídico –

⁴³ Lei de Bases da Saúde - **Base XIV - Estatuto dos utentes - 1** - Os utentes têm direito a: a) Escolher, no âmbito do sistema de saúde e na medida dos recursos existentes e de acordo com as regras de organização, o serviço e agentes prestadores; b) Decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei; c) Ser tratados pelos meios adequados, humanamente e com prontidão, correcção técnica, privacidade e respeito; d) Ter rigorosamente respeitado a confidencialidade sobre os dados pessoais revelados; e) Ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado; f) Receber, se o desejarem, assistência religiosa; g) Reclamar e fazer queixa sobre a forma como são tratados e, se for caso disso, a receber indemnização por prejuízos sofridos; h) Constituir entidades que os representem e defendam os seus interesses; i) Constituir entidades que colaborem com o sistema de saúde, nomeadamente sob a forma de associações para a promoção e defesa da saúde ou de grupos de amigos de estabelecimentos de saúde.

⁴⁴ CÓDIGO DEONTOLÓGICO ORDEM MÉDICOS - ARTIGO 38.º (Dever de Esclarecimento e recusa de tratamento) O Médico deve procurar esclarecer o Doente, a família ou quem legalmente o represente, acerca dos métodos de diagnóstico ou de terapêutica que pretende aplicar. No caso de crianças ou incapazes, o Médico procurará respeitar na medida do possível, as opções do doente, de acordo com a capacidade de discernimento que lhes reconheça, actuando sempre em consciência na defesa dos interesses do doente. Se o doente ou a família, depois de devidamente informados, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo Médico, pode este recusar-se a assisti-lo, nos termos do artigo antecedente. Em caso de perigo de vida, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha, quando seja possível, só pode ser feita pelo próprio, pessoal, expressa e livremente.

⁴⁵ **Código Deontológico da Ordem dos Médicos, 40º** ; (Prognóstico e diagnóstico) **1.** O prognóstico e o diagnóstico devem ser revelados ao doente, salvo se o Médico, por motivos que em sua consciência julgue ponderosos, entender não o dever fazer. **2.** Um prognóstico fatal só pode porém ser revelado ao doente com as precauções aconselhadas pelo exacto conhecimento do seu temperamento, das suas condições específicas e da sua índole moral, mas em regra deve ser revelado ao familiar mais próximo que o Médico considere indicado, a não ser que o doente o tenha previamente proibido ou tenha indicado outras pessoas a quem a revelação deva ser feita.

⁴⁶ ⁴⁶ Segundo André Gonçalo Dias Pereira, “*é muito discutido em Portugal, o valor jurídico-normativo do Código Deontológico. Citação 16, pag. 3 Responsabilidade Médica por violação do Consentimento informado*” *Actas do 1º Congresso Internacional Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro Direito Biomédico, pp. 435-497*”

normativa do Código Deontológico, dado que “... o Código actual foi publicado apenas no órgão noticioso da Ordem e não no Diário da República, ...” não tendo portanto “o valor de uma lei formal. Isto não quer dizer, porém, que não assuma um valor prático-jurídico grande (...) o conteúdo das normas do Código serve de auxiliar decisivo para apreciar uma conduta médica, num tribunal ordinário”

A “intervenção médica arbitrária” (que não tenha o consentimento do doente) pode conduzir a uma responsabilidade penal, independentemente da existência de imperícia ou de ter tido como resultado um dano. A intervenção nestes termos constitui crime contra a liberdade e é punível com prisão até 3 anos (art. 150, 156 e 157 do código penal).⁴⁸

Uma questão fundamental, é a de se saber qual o lugar que o Anestesiologista ocupa, no conjunto da equipe, e em consequência saber se prestará toda a informação somente referente ao acto anestésico, ou se também prestará informação conexa referente à doença e aos procedimentos médicos em geral. Interessa saber se a informação prestada pelo cirurgião e a obtenção do consentimento esclarecido – mesmo referente à anestesia - é suficiente ou se, pelo contrário, o Anestesiologista terá de prestar informação específica e obter isoladamente o consentimento. ⁴⁹

Realço alguns aspectos, a reter, na obtenção do consentimento informado:

⁴⁷ André Gonçalo Dias Pereira, Actas do 1º Congresso Internacional de Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, pp 435-497 citando Guilherme de Oliveira em “auto-regulação profissional dos médicos, Revista de Legislação e de Jurisprudência, nº 3923, p. 34 ss)

⁴⁸ **Código de Processo Penal; Artigo 150º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos**

1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as “legis artis”, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

2 - As pessoas indicadas no nº anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem Intervenções ou tratamentos violando as *legis artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

Artigo 156º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários

1 - As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem Intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 - O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias. 4 - O procedimento criminal depende de queixa.

Artigo 157º - Dever de esclarecimento Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

⁴⁹ É minha convicção que o Anestesiologista terá de obter o consentimento independentemente do do cirurgião, pelas razões já descritas.

Transformar a lista de perigos, em mecanismos de confiança, que em resumo, são: Informar sobre os riscos mais importantes e mais frequentes, sem especificar percentagens (os doentes em geral não estão familiarizados com cálculos probabilísticos), dar segurança e confiança de que a Instituição onde se vai realizar o acto médico está preparada para resolver as complicações que, eventualmente, possam surgir; assegurar ao doente que o acompanhará, sempre, em todo o processo. O Consentimento informado é uma obrigação legal e o Anestesiologista deve procurar transformar a obrigação em instrumento de uma relação médico/doente mais próxima; A decisão médica deve respeitar a oposição do doente a um tratamento proposto, devendo o médico adaptar-se às suas preferências, ainda que tal constitua um incómodo. O Anestesiologista deve evitar formulários pré – redigidos que descrevem exaustivamente os perigos possíveis de uma anestesia, sendo que a informação deverá ser rigorosa. A informação deve evitar uma linguagem e um contexto alarmante, que poderá constituir uma forma de dissuasão e que pode induzir o doente a rejeitar um procedimento necessário.

Toda a intervenção do Anestesiologista com vista à obtenção do consentimento livre e informado, deverá também ser concordante com o Código Deontológico⁵⁰, em nome do qual e no limite pode, em concordância com a reserva da sua consciência, abdicar de tratar o doente, desde que tal não esteja em desconformidade com os seus deveres para com os cidadãos.

Casos especiais e complexos são os que, como os de doentes de algumas crenças religiosas ou os legais representantes (menores ou interditos) que rejeitam os tratamentos que segundo as “Legis Artis”, são os adequados às situações clínicas ou onde a intervenção médico-cirúrgica seja a única solução para preservar a vida. Este assunto requer um tratamento jurídico em separado, tendo em consideração alguns aspectos do Código Deontológico⁵¹ e o Estatuto disciplinar da Ordem dos Médicos, nomeadamente os artigos, 41º, 46º e 49º.

⁵⁰ Código Deontológico, ARTIGO 30.º - **(Objecção de consciência)** - O Médico tem o direito de recusar a prática de acto da sua profissão quando tal prática entre em conflito com a sua consciência moral, religiosa ou humanitária, ou contradiga o disposto neste Código.

⁵¹ Código Deontológico, At.º 41.º - **(Respeito pelas crenças e interesses do doente)** - O Médico deve respeitar escrupulosamente as opções religiosas, filosóficas ou ideológicas e os interesses legítimos do doente. Todo o doente tem o direito a receber ou a recusar conforto moral e espiritual e nomeadamente o auxílio de um membro qualificado da sua própria religião. Se o doente, ou na incapacidade deste, os seus familiares ou representantes legais, quiserem chamar um ministro de qualquer culto ou um notário, o Médico tem o dever de aconselhar a tempo o momento que considere mais oportuno. ART. 46.º - **(Liberdade dos Médicos)** - O Médico tem o direito à liberdade de diagnóstico e terapêutica, mas deve abster-se de prescrever exames ou tratamentos desnecessariamente onerosos ou de realizar actos médicos supérfluos. ART. 49.º **(Dever de abstenção da terapêutica sem esperança)** - Em caso de doença comportando prognóstico seguramente infausto a muito curto prazo, deve o Médico evitar obstinação terapêutica sem esperança, podendo limitar a sua intervenção à assistência moral ao doente e à prescrição ao mesmo de tratamento capaz de o poupar a sofrimento inútil, no respeito do seu direito a uma morte digna e conforme à sua condição de Ser humano.

2.6 – Prática da Anestesiologia em Instituições privadas e públicas

2.6.1 - Anestesia para cirurgia – Instituições privadas de Saúde

No desempenho da sua função em Clínica privada, o cirurgião contrata muitas pessoas e entidades e mantém assim relações jurídicas de diversa espécie. O cirurgião, por norma, estabelece com o Anestesiologista uma relação contratual sob uma de três formas:

- Escolhe um Anestesiologista e contrata-o para anestésiar determinado doente. Podem suceder neste cenário 2 situações: Ou impõe uma remuneração em percentagem dos seus honorários e o doente paga directamente ao Anestesiologista ou o Anestesiologista faz-se pagar pela tabela de Nomenclatura da Ordem dos Médicos, cujo K (código) não é em função dos honorários do cirurgião, mas em função do tipo e complexidade da cirurgia efectuada. Contudo neste caso obriga a que o valor desse K anestésico, tenha o mesmo valor do K cirúrgico, embora seja o doente a pagar directamente. Pode ainda suceder outra situação, que se verifica quando o Cirurgião tem um acordo de honorários para determinada cirurgia com entidade terceira e engloba nesse acordo os honorários do Anestesiologista que irá contratar, pagando-lhe directamente.
- O Cirurgião utiliza para determinada cirurgia um entre os Anestesiologistas que habitualmente têm uma relação contratual com a Instituição de saúde privada, sendo que aqui também se verifica uma relação entre honorários de um e de outro ou entre honorários do Anestesista e valor K da cirurgia efectuada.
- O Cirurgião utiliza um Anestesiologista com o qual não estabelece qualquer relação contratual, sendo que este se faz pagar directamente pelo doente ou por terceiros,

Contudo, o Anestesiologista ao ser contratado, tem uma função no acto diferente da do cirurgião, não está dependente nem técnica nem cientificamente deste, nem sujeito a qualquer grau de hierarquia. O mesmo já não sucede com o 1º ajudante, o instrumentista ou outros colaboradores, cuja actividade está sujeita à direcção do Cirurgião principal.

Daí se depreende que a equipa cirúrgica não integra, nem pode incluir o Anestesiologista. Logo, todos os actos do Anestesiologista devem ser tratados juridicamente de forma autónoma em relação aos actos da equipa cirúrgica. Assim, trata-se efectivamente de um acto “destacável”.

O cirurgião firma com o doente um contrato em que assume a “obrigação de meios”, onde inclui e obriga os seus colaboradores. Aqui também se coloca a questão de se saber se este contrato inclui também o Anestesiologista, Médico indispensável ao cumprimento do contrato. Contudo vejamos: não existe hierarquização, não existe subordinação, e ainda que pudesse existir, é compreensivelmente um acto individualizado.

Assim somos de opinião que o Cirurgião apenas garante a existência de um Anestesiologista - segundo Hugo Duarte Fonseca, obrigação de qualificar como sendo de resultado⁵² - e é este que durante a visita anestésica estabelece com o doente um contrato que se refere à sua actividade individualizada e independente da do cirurgião. Aliás os doentes, naturalmente, têm inculcada a ideia de que a Anestesia tem condições, actuação e consequências diversas das do cirurgião. Logo, ao estabelecer-se um contrato entre Anestesiologista e doente, fica o primeiro vinculado à obrigação de meios e à obtenção do consentimento livre e esclarecido para os actos da Anestesiologia e para as técnicas que se propõe utilizar.

Por norma um erro ou a negligência do Anestesiologista não comporta responsabilidade para o cirurgião, excepto se este concorreu para o resultado ilícito e danoso, não cumprindo, por exemplo, as recomendações do Anestesiologista (v.g o caso em que é recomendada a interrupção dos procedimentos cirúrgicos) ou avançando com uma técnica que tinha sido considerada insuportável pela anestesia, avaliado que foi o estado físico do doente.

São residuais os casos onde não é possível separar as consequências e a actuação ilícita e danosa de um e de outro, ou existe responsabilidade solidária entre ambos.

Autores há ⁵³ que entendem que a regra da responsabilidade do comitente sofre restrições *“Quanto a certas profissões, como a dos Médicos e Advogados, pois não se admite uma subordinação para com os clientes nos termos indicados”* A relação entre Anestesiologistas e Cirurgiões deverá também ser integrada neste conceito.

Os Hospitais respondem pelos actos dos Médicos e outros profissionais que os administram, dos médicos que sejam seus empregados, mas não responde quando o Médico simplesmente utiliza as instalações do Hospital para internamento e tratamento dos seus doentes. Nos Hospitais em que o Médico não é assalariado, há que diferenciar duas situações:

Se o doente procura uma Instituição de Saúde, não integrada no SNS, e ali foi tratado por um médico que embora integre o corpo clínico, não tem vínculo de trabalho – não é assalariado – a referida Instituição responde pelo acto culposo do Médico solidariamente com este. Se pelo contrário o doente procura o Médico e este o encaminha para essa Instituição, o contrato estabelece-se com o Médico, logo o Médico responderá pelo acto culposo, e não o Hospital. Sendo que nos dois casos, o Hospital responderá sempre pelo dano produzido pelas “coisas” utilizadas no tratamento, ou pelo pessoal que tem ao seu serviço.

2.6.2 - Anestesiologia em Hospitais Públicos

⁵² Hugo Duarte Fonseca considera que a qualificação desta obrigação como sendo de resultado (ou mesmo de *garantia*) a que o cirurgião está adstrito em nada contende com a autonomia das funções exercidas pelo Anestesiologista.

⁵³ Almeida Costa, Mário Júlio de; Direito de Obrigações, Coimbra Editora, pag. 405

No âmbito do exercício em estabelecimentos públicos de saúde, ainda existe hoje alguma indefinição, *“discutindo-se ainda se os actos aí praticados devam ser classificados em actos de gestão privada ou actos de gestão pública⁵⁴”*.

Autores como Freitas do Amaral entendem que deve ser considerado de gestão pública e o art. 22 da Constituição Portuguesa, refere que *“O Estado e demais entidades públicas são civilmente responsáveis, de forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo de outro.”*

Num Hospital público, o Anestesiologista no desempenho da sua função, estabelece relações jurídicas de diversa índole.

O Hospital tem para com o doente internado um contrato hospitalar, assume a responsabilidade de meios, pelo que fornece serviços de hotelaria, presta serviços, instalações, internamento, pessoal médico, enfermagem, etc.

Ao fornecer serviços de Anestesiologia, fá-lo através de funcionários especializados, integrados num serviço de Anestesiologia, com autonomia a vários níveis: técnica, administrativa e por vezes financeira. Estes Serviços estão organizados e hierarquizados através do Director, nomeado de acordo com a lei do País e escolhido entre os Anestesiologistas mais diferenciados – Chefes de Serviço.

Resulta desta organização que o acto do Anestesiologista é “destacável” como vimos atrás, mas também individualizado quando se trata de o Hospital assumir a responsabilidade por uma reparação civil.

Em tese, o Hospital terá que assumir a responsabilidade pelo não atendimento – não cumprimento do acordo – dum doente, quando, por exemplo, o Anestesiologista não recomendar o acto cirúrgico (se pelo conhecimento científico se prevê que o doente não suportará a agressão cirúrgica e/ou anestésica) e o cirurgião insistir na prática de tal acto. Assim, o Anestesiologista poderá recomendar o reencaminhamento do doente para outro hospital com recursos diferentes, podendo mesmo vir a fazê-lo em desacordo com o cirurgião. Os erros do Anestesiologista podem ser de diagnóstico (avaliar mal os riscos anestésicos), terapêutico (medicação pré-anestésica ineficaz, omissões durante a administração) ou de técnica (uso de substâncias inadequadas, oxigenação ineficaz).

Alguns autores⁵⁵entendem e sustentam que *“o Anestesiologista assume uma obrigação de resultado, desde que tenha tido oportunidade de avaliar o doente antes da intervenção e concluído pela existência de condições para anestesiá-lo e recuperá-lo”*

⁵⁴ Reys, Lesseps dos; Responsabilidade civil dos Médicos, Revista da Faculdade Medicina de Lisboa, III (5) 305-312

⁵⁵ Sant’Ana, Guilherme Chaves “Responsabilidade civil dos Médicos Anestesiologistas. In Responsabilidade dos Médicos, l.137 e seq.

A solução mais sensata é, todavia, contrária a tal entendimento, dado que para a actividade do Anestesiologista existem os mesmos imponderáveis, a mesma imprevisibilidade, susceptíveis de conduzirem aos mesmos resultados infaustos, que as demais especialidades médicas, ou seja mantêm-se a imprevisibilidade, variabilidade, particularidade, variantes da morfologia, da fisiologia e reacções adversas, para além de que no decurso da acção do Anestesiologista todos, ou praticamente todos, os instantes são críticos, complexos, implicando decisões muito rápidas e previsão de resultados.⁵⁶

Os Anestesiologistas integrados nos Serviços caracterizados por autonomia técnica e científica, hierarquização, revezando-se, individualmente, no atendimento e que possam prestar serviço ao mesmo doente constituem um grupo com conhecimentos homogéneos. Há contudo que se saber se, com estas condições, a doutrina se inclina ou não para a independência do médico, conduzindo à responsabilidade individualizada, em que cada um responde pelos seus actos.

Aceita-se que entre os Anestesiologistas do mesmo Serviço, exista uma relação de subordinação, onde não é possível extrair a responsabilidade individual.

Se um Serviço está organizado com obrigatoriedade de cumprimento de “Guide Lines” e protocolos e embora o Anestesiologista os cumprisse, sempre que haja necessidade de atribuir responsabilidade, haverá que indagar sobre a boa ou insuficiente fundamentação, de tais regras Standerizadas. Se o Anestesiologista aplica o princípio da autonomia como médico, responde ele perante os actos.

Os Hospitais do SNS têm vários estatutos jurídicos (SPS, EPE, SA, PPP). Vamos localizarmos apenas nos Hospitais do Sector Público Administrativo. Estes hospitais estão sujeitos a um regime jurídico das leis do trabalho especial, com Serviços hierarquizados, sendo que, como atrás foi referido, o Director é um médico provido em Chefe de Serviço, com o grau de Assistente Hospitalar graduado, o que confere aos Serviços garantia de boa prática médica.

A jurisprudência Portuguesa adopta o princípio segundo o qual cabe ao Estado⁵⁷ o dever de indemnizar sempre que demonstrada a existência do facto, praticado pelo agente do Serviço Público que, nessa qualidade, causar dano.

Canotilho⁵⁸ classifica a responsabilidade “*por facto da função administrativa em:*

- *Responsabilidade por actos administrativos lícitos, em que há imposição de um sacrifício inexigível.*
- *Responsabilidade por risco, que pode derivar de danos resultantes de trabalhos públicos, de actividades excepcionalmente perigosas, (vacinação obrigatória, por ex.) de risco social, de necessidade administrativa e de calamidade Nacional”*

⁵⁶ Anestesia: Obrigação de meio ou de resultado?, Genival Veloso de França, Medicina Legal, 31.07.06, www.medicinalegal.com.br/a17.htm

⁵⁷ Código Civil – **Artigo 501 – Responsabilidade do Estado e outras pessoas colectivas públicas** – O estado e demais pessoas colectivas públicas, quando haja danos causados a terceiros pelos seus Órgãos, agentes ou representantes no exercício de actividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários.

⁵⁸ Canotilho, José Gomes “O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos; Coimbra Almedina, Pag.231 e seq.

A responsabilidade do Estado, no âmbito do SNS, deriva do facto de o Estado dever organizar os Serviços de Saúde, atribuir-lhes financiamento adequado para estruturas, equipamentos e funcionamento, nomear os gestores de acordo com critérios legalmente definidos, definir regulamentos, exigências e critérios de selecção de funcionários, aprovar planos de acção para a actividade assistencial.

Em suma, ter assumido um contrato com os cidadãos, através do qual estes têm possibilidade de aceder, mediante as condições do “contrato” (estatuto do SNS, Legislação base, etc.) à intervenção médica mesmo tendo em consideração as limitações admitidas pela Lei de Bases da Saúde⁵⁹, Base I, número 2

2.7 - Do dano

*“O pressuposto da responsabilidade é o dano, que pode ser patrimonial, de natureza material ou económico, reflectindo-se no património do lesado, ou extra patrimonial, relativo a valores de ordem espiritual”*⁶⁰

O mesmo facto pode originar três responsabilidades, que são cumuláveis.

A ofensa à pessoa pode trazer prejuízos de variada natureza:

- a) Provocando a morte, doenças, incapacidades orgânicas ou funcionais.
- b) Provocando consequências de ordem psíquica ou social.
- c) Frustrando um projecto de vida da vítima.

Estes danos podem ainda afectar tanto o doente como estender-se a familiares. Na avaliação do dano tem-se em consideração o estado do doente anterior à intervenção médica. A questão é a de se poder ajuizar se o dano produzido é mais grave do que o que teria resultado se não tivesse lugar a intervenção médica.

O dano pelo qual responde o Médico é decorrente da sua acção, considerada exequível ou recomendável pelas condições pessoais do doente, mas que por circunstâncias ponderáveis ou imponderáveis, é causa de um dano superior ao benefício que tal actuação visava prosseguir.

No caso da intervenção do Anestesiologista, o que há que saber e indagar é se da sua intervenção resultou, face aos parâmetros de causalidade adequada, a existência de um dano valorizável, autonomamente destacável, no contexto de uma intervenção cirúrgica.

Veja-se, por exemplo, o caso de um doente em que, no decorrer de uma intervenção o cirurgião altera a estratégia ou a técnica, na base da qual havia sido feita a escolha da técnica anestésica, daí resultando uma impossibilidade de se proporcionar ao cirurgião as condições mínimas de sucesso, resultando dano para o doente.

⁵⁹ Lei de Bases da Saúde - Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto - **Base I - Princípios gerais** - Num. 2 - O Estado promove e garante o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de saúde nos limites dos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis.

⁶⁰ Almeida Costa, Mário Júlio de: Direito das obrigações, pag. 389

Em que medida, nestes casos, a responsabilidade pelo dano, a existir, poderá ser atribuída ao Anestesiologista?

E que diríamos, por exemplo, se o Anestesiologista, no decorrer de uma cirurgia, recomendasse a interrupção da mesma, porque se desenvolveu entretanto uma situação clínica insustentável pela Anestesia e que o cirurgião entendeu não aceitar, resultando daí dano?

2.7.1 - Do dano nas situações de Urgência

A urgência e a emergência são, sem dúvida, uns dos maiores desafios à capacidade técnica e científica dos Anestesiologistas, em doentes em que é necessário uma intervenção imediata e selectiva que antecede, por norma, a participação de outras especialidades.

Em face de uma emergência ou urgência (por ex. um politraumatizado em estado grave) o Anestesiologista é por vezes obrigado a tomar decisões num espaço de instantes, fazer um diagnóstico clínico, equacionar a oportunidade cirúrgica, escolher as alternativas para tornar possível a participação com sucesso dos ortopedistas ou dos cirurgiões. Tal decisão e escolhas podem vir a tornar-se, *à posteriori*, objecto de inquéritos e de discussões de peritos, se o percurso do tratamento não foi satisfatório. E todos estamos de acordo em que a decisão mais segura sob o ponto de vista da responsabilidade, nem sempre é a melhor para o doente.

Em casos extremos se o Anestesiologista opta por proceder à realização de exames preliminares em vez de autorizar de imediato a realização de uma intervenção, dir-se-á na trágica corrida contra o tempo, a morte pode sair vitoriosa sobre a perícia e a competência médicas.

Mas ao contrário, se o Anestesista assume o risco de proceder à anestesia, permitindo uma intervenção solicitada pelo cirurgião e que parece adequada sem ter realizado os exames que em condições normais estavam aconselhados, na esperança de ganhar tal corrida, e o doente vier a morrer na mesa de operações, pode bem acontecer que venha a ser censurado por ter privado o doente de uma esperança de vida que os exames preliminares poderiam ter preservado⁶¹.

Felizmente que o Anestesiologista não se depara frequentemente com o dramatismo da situação descrita. Mesmo na urgência, tem geralmente o tempo suficiente para proceder a uma avaliação global e à preparação do doente para a cirurgia.

2.7.2 – Do dano em situações de acidentes

Uma outra questão é a especificidade da Anestesia em traumatologia, regra geral envolvida em actuações jurídicas processuais, tendente à avaliação e reparação dos danos corporais sofridos, pois que se trata, regra geral, de acidentes (vg. Acidentes de viação, de trabalho ou mesmo acidentes de vida doméstica, onde se determinam indemnizações.

⁶¹ João Álvaro Dias, *Studia Juridica*, 21 Responsabilidade Médica.

2.7.3 – Do dano nas situações de substituição do Anestesiologista

Com a implementação de consultas de Anestesiologia é frequente que o Anestesiologista que procede à consulta, não é o mesmo que, posteriormente, vai anestésiar. Aqui coloca-se a questão de saber se o agente que celebra o “contrato” com o doente (e que dele obtém o “consentimento livre e esclarecido”) continua a ser o responsável.

Um Serviço de Anestesiologia organiza-se em torno de um princípio de complementaridade e divisão de tarefas; assim, poderá acontecer que a “unidade funcional” da consulta tenha ao seu serviço um médico específico ou um outro, em rotação de escala. Contudo todos eles se regem por protocolos e “Guide Lines” em vigor no Serviço.

Há autores⁶² que entendem que “*cessa a responsabilidade*” (do Anestesiologista) “*quando no próprio contrato*” (contido na forma de organização do Serviço) “*tenha havido uma cláusula que faculte ao médico a possibilidade de se fazer substituir por outro médico*”. O mesmo princípio poderá ser aplicado quando um Anestesiologista se faz substituir por outro, no final da sua hora de trabalho (situação frequente) ainda que a anestesia esteja a decorrer.

Outro aspecto importante é quando um Anestésista se faz substituir por outro, que não seja possuidor da competência para o acto, sendo que nestes casos, fica o primeiro, responsável pelos actos ilícitos que o segundo vier a cometer.

2.8 - Nexo de causalidade

A identificação do nexo de causalidade adequada, no caso de actos médicos, reveste-se de uma dificuldade acrescida, dadas as circunstâncias em que sua intervenção se realiza. Alguns autores entendem que a responsabilidade profissional deveria ser transmitida para uma companhia de seguros, facilitando assim a indemnização da vítima, com repartição económica do risco do exercício da medicina.

Outros autores entendem que tal seria um factor de perda de qualidade da medicina e sentido de responsabilidade profissional.

Outros, ainda, defendem que sempre que provado o dano (num Hospital Público) deverá haver uma indemnização, independente da definição da “culpa”.

As organizações profissionais – Sociedades, Ordens e Sindicatos – têm vindo a aconselhar o seguro profissional.

É essa sem dúvida, a atitude mais avisada para as Instituições e para os profissionais.

⁶² Pires de Lima e Antunes Varela, código Civil anotado, Volume II, 3ª Edição, 1986, p.57

2.8 - Organização e procedimentos para instrução de um processo civil

A instrução de um processo para apuramento da responsabilidade civil tem, na opinião de Lesseps Lourenço dos Reys⁶³, as seguintes etapas:

- *“Confirmação e caracterização do dano alegado pelo queixoso.*
- *Confirmação, definição e caracterização da intervenção médica da qual presumivelmente resultou um dano. Confirmação ou não se a intervenção foi conforme as Legis Artis.*
- *Estabelecimento do nexo de causalidade, entre a alegada intervenção médica e/ou cirúrgica e as consequências danosas dela resultantes.*
- *Saber se o médico agiu de forma errónea ou negligente, com ou sem dolo.*
- *Identificar se a responsabilidade é individual ou solidária.*

2.9 - Reparação dos danos corporais causados por erros médico-cirúrgicos e/ou anestésicos

“A efectiva reparação dos danos corporais sofridos no decurso de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos é hoje, no panorama jurídico nacional, o parente pobre das soluções ressarcitórias”⁶⁴.

De facto este sector tem sido, nos últimos anos, objecto de fundamentados estudos, reflexões, conferências e publicações, sem que “aparentemente” se tivesse avançado na constituição de quadros ético-jurídicos contendo evidências normativas balizadoras e eficazes na avaliação de reparação do dano causado por erros médico-cirúrgicos ou anestésicos.

Haveria que encontrar métodos que para além de eficazes fossem céleres na apreciação e na decisão, justos e compreensíveis das esteiras complexas do exercício e da prática da Medicina moderna – Anestesiologia.

Várias causas estão na génese de tal “estado de coisas”, sendo que são 3 as fundamentais: impreparação gritante de médicos e juristas, dada a inexistência de ensino específico pré e pós graduado nos *curricula* das Faculdades. *“Tal impreparação de base, sustentada por uma “omnisciência” militante – própria das Sociedades pouco exigentes e sofrivelmente competitivas – só sendo possível por um deficiente controlo intelectual e cívico dos utilizadores ou clientes os Serviços Médicos “atolados” no culto ignorante dos poderes demiúrgicos dos prestadores de cuidados de saúde”⁶⁵*

Em segundo lugar as acções judiciais contêm com alguma frequência “vícios redibitórios” conduzindo à sua improcedência. Os depoimentos e a prova têm muitas vezes falta de consistência,

⁶³ Responsabilidade Civil dos Médicos, Revista da FML, Série III, Vol. 5, Pag. 305-312

⁶⁴ Uma vez mais seguiremos aqui, muito de perto, os ensinamentos do Prof. Álvaro Dias, por ser ele - inquestionavelmente - quem mais tem batalhado publicamente pela dignidade ressarcitória dos danos corporais sofridos em qualquer circunstância e, em particular, do decurso ou em consequência de intervenções médico-cirúrgicas e/ou anestésicas. Sobre o tema, cfr. João Álvaro Dias, dano Corporal, Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios, Almedina, Coimbra, Colecção Teses, 2001, pp. 434 a 440 e *Separata de Responsabilidade Civil dos Médicos* (Integrado no projecto de investigação bianual Responsabilidade Civil dos Médicos), Coimbra Editora, 2005, pp. 387 e ss.

⁶⁵ *Separata de Responsabilidade Civil dos Médicos* (Integrado no projecto de investigação bianual Responsabilidade Civil dos Médicos), Coimbra Editora, 2005, pp. 387 e ss

agravada pela falta de sensibilidade e conhecimento dos decisores e por desastrosos e confrangedores depoimentos dos réus.

Em terceiro lugar razões de ordem funcional e estrutural do sistema técnico – jurídico para o apuramento da responsabilidade médica, com uma crónica e dolorosa dificuldade na identificação do nexo de causalidade ou mesmo na averiguação do cumprimento legal da obtenção do consentimento. Sobrepõe-se muitas vezes a posição subjectiva – dos decisores e dos médicos – à regra objectiva que deveria ser a matriz da jurisprudência.

A dualidade de órgãos competentes para a decisão e os prazos diferentes de prescrição, são, na perspectiva de vários autores, “a cereja em cima do bolo”.

Como refere o Prof. Doutor João Álvaro Dias *“O bom senso parece muitas vezes arredado de algumas das decisões que vão sendo proferidas. Ora o bom senso interpela-nos a considerar que o doente que se submete a intervenções ou tratamentos médico cirúrgicos e regressa a casa (quando regressa...) em circunstâncias comprovadamente piores que aquelas em que entrou no estabelecimento (público ou privado) de saúde, não foi bem tratado. Mas regressar “um pouco melhor” ou “bastante melhor” não são, por si só, provas irrefutáveis de um tratamento criterioso e adequado embora possam constituir índices probatórios não subestimáveis que apontam em tal sentido. E o facto de o doente ter sido submetido, durante meses ou anos consecutivos, a sofrimentos ou dores insuportáveis – que poderiam e deveriam ter sido evitados – também não abona nada a favor da posição profissional e processual dos prestadores dos cuidados de saúde. Para já não falar das intromissões abusivas, não esclarecidas ou não autorizadas, no templo sagrado que é a integridade corporal (física e psíquica) dos doentes. Sempre que se perdem de vista ideias tão simples como estas, ou outras de idêntico teor, pode aumentar-se o “conhecimento” ou a “informação” mas perde-se a “sabedoria”. Perde-se, numa palavra, a “simplicidade inclusiva” das coisas simples e profundas.”*⁶⁶

Sem querer fazer futurismo, mas interpretando os sinais do tempo, que já não regula pelo lento passar do dia, estou em crer que começamos a assistir a uma mudança nas relações entre a Justiça e a Medicina. Uns e outros vão encontrar um caminho que possa simultaneamente reforçar a cidadania e garantir a independência científica e de actuação dos Médicos – Anestesiologistas - onde os conflitos terão necessariamente de ser redimidos em sede diferente da actual. Os novos tempos não podem deixar de fora os decisores da política de saúde, arrolando-os aos processos, na medida em que sendo eles – quantas vezes em contradição com as indicações dos médicos – a decidir das prioridades de investimento na saúde, podendo, em tese, deixar sem instrumentos e/ou sem recursos sectores ou áreas de actividade médica de cuja impossibilidade de utilização, podem resultar dano.

⁶⁶ João Álvaro Dias, dano corporal, Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios, Almedina, Coimbra, Colecção Teses, 2001, pp. 434 a 440 e *Separata de Responsabilidade Civil dos Médicos* (Integrado no projecto de investigação bianual Responsabilidade Civil dos Médicos), Coimbra Editora, 2005, pp. 387 e ss.

2.6 – Da possível e desejável solução dos conflitos entre médicos e doentes fora do sistema fortemente judicializado

Vozes autorizadas têm-se pronunciado, com vista à superação de estrangulamentos e processos estruturalmente limitativos já descritos, a favor dos mecanismos de «resolução extrajudicial de litígios, com destaque para a mediação, a conciliação e – sobretudo a arbitragem». Apontam como vantagens a informalidade dos procedimentos, a flexibilidade espaço-temporal e a criação de centros de excelência que integrem peritos de reconhecido mérito e competência, com vista à resolução rápida e eficiente de conflitos na área da responsabilidade médica. A maior difusão de aquisição de seguros de responsabilidade civil associado ao recurso a tribunais arbitrais é um instrumento decisivo para que os Anestesiologistas não sejam sujeitos a processos penais na maioria dos casos, instrumentais, de pressão e não como recurso residual para a determinação da responsabilidade médica. Para os doentes constituiria a garantia de serem ressarcidos – se a isso houvesse lugar – em tempo útil. Provada está a sua influência positiva na conflitualidade, cujo crescimento está a ser potencialmente exponencial.

3 - Definições: crimes dolosos e crimes culposos

Crimes dolosos e crimes culposos

A definição legal de crime doloso, forma mais grave de um delito é – Artigo 14º e 15º do código penal ⁶⁷ “quando um agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Por outro lado o delito é tido como *culposo* “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” .

Costa Andrade⁶⁸ enumera as situações mais frequentes em que o médico pode ser criminalmente responsável, nomeadamente “*violação do segredo, homicídio negligente e tratamentos arbitrários (sem consentimento livre e esclarecido)*”

3.1 – Da Responsabilidade Penal dos Médicos

Aos olhos da classe médica, a responsabilidade penal é - porventura – a principal causadora do estado de coisas, profundamente desconfortável, no relacionamento entre médicos e instituições de saúde, por um lado, e doentes e/ou familiares, por outro.

⁶⁷ **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL Artigo 14º - Dolo** -1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar. - 2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. 3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.

Artigo 15º - Negligência - Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz: a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.

⁶⁸ “Medicina e Direito - Que Futuro ?” Organizado pela Republica do Direito na Secção Regional Centro da Ordem dos Médicos, 11 de Fevereiro

Devendo ser a responsabilidade penal um recurso extremo ou, como gostam de dizer os penalistas, a “última ratio”⁶⁹ do sistema de protecção dos direitos dos doentes, a verdade é que todo o percurso é eivado de minas e armadilhas.

Pouco preparados tecnicamente, os mandatários dos doentes começam por exigir chorudas indemnizações com a ameaça velada - e, frequentemente, muito clara - que se não for paga a indemnização pretendida, será feita uma queixa-crime, isto é, desencadeado um processo criminal, com base numa queixa-crime junto do Ministério Público – ou, quando se pretende dar mais repercussão pública, junto da Polícia Judiciária, obrigando o médico a depor. Escusado será dizer que o diálogo entre médicos Anestesiologistas, por um lado, e os inspectores da Polícia Judiciária, por outro, ou até com os próprios magistrados do Ministério Público é um diálogo com dificuldades acrescidas. O que sabe a Polícia Judiciária de Medicina Anestésica?

– Obviamente, coisa nenhuma.

O que sabem os médicos Anestesiologistas sobre complexos processos penais, omniscientes, de pretenso apuramento de responsabilidade penal do médico Anestesiologista?

– Naturalmente, nada de nada.

Assim sendo as coisas, manda o bom senso que os médicos Anestesiologistas não falem aos órgãos de polícia criminal sem aconselhamento jurídico.

Dependendo embora do trajecto que cada advogado possa definir para o seu constituinte, a estratégia processual sensata – para que não degenerem em sensacionalistas notícias e fugas de informação e as correspondentes “cachas” televisivas ou jornalísticas de permeio - é a da ponderação e circumspecto silêncio, consubstanciada na fórmula de não prestar declarações fora do contexto judicial e dentro deste, sempre com o acordo do seu advogado.

É um erro pueril partirem os médicos/Anestesiologistas do princípio que quanto mais falarem e explicarem amplamente, tentando esmiuçar o contexto da situação - em termos que não são assimilados correctamente - tanto melhor. As boas intenções têm, neste campo, regra geral resultados deploráveis.

Na tentativa de explicar o que se passou no decurso do acto anestésico a quem de anestesia nada sabe, o médico estará a cometer um erro grosseiro, não sendo tal procedimento recomendável.

Como refere em capítulo anterior, cabe aos órgãos com competência para o efeito (v.g. Conselho Superior Médico Legal) proceder ao apuramento – esse sim qualificado e rigoroso – da verificação de situações fácticas juridicamente relevantes, susceptíveis de fazer incorrer o médico Anestesiologista em responsabilidade civil e/ou penal. Como caberá ao Colégio da especialidade facultar, na altura própria e quando solicitado pelo magistrado competente, as informações ou esclarecimentos - tecnicamente apurados – que lhe forem solicitados.

Dito isto, importa advertir que o “processo-crime” é, muitas vezes, uma arma de arremesso levemente utilizada, sendo que uma eventual fuga de informação imprime a espectacularidade

⁶⁹ Figueiredo Dias, *Temas Básicos da Doutrina Penal*.

que ao caso convém para que, nalguns casos, se quebre a monotonia do dia a dia ou se alimente a voracidade dos “mídia.”.

É sabido que, com justiça ou sem ela, os médicos são vistos como uma classe privilegiada – designadamente no que toca a rendimentos auferidos e/ou estatuto social – e também não se ignora que tudo o que esteja acima da chamada “linha de água” – esta, por seu turno, em contínuo decrescendo – são, nos tempos que correm, alvos preferidos para o consumo popular.

Algumas condenações de profissionais médicos de outras especialidades, altamente competentes e profundamente empenhados no seu trabalho seriamente desenvolvido, são um mau prenúncio. Sente-se, muitas vezes, no ar uma espécie de cheiro a pólvora, própria das festas e dos períodos de abertura de caça. A classe médica, em geral, e os Anestesiologistas, em particular, têm que ter essa noção muito vincada para que o “fogo” não lhes bata à porta.

Sucede, aliás – e esse é o aspecto mais chocante – que toda a gente fala do processo-crime instaurado contra o médico, contra o Anestesiologista, mas ninguém quer saber do resultado final – regra geral inconclusivo – e muito menos da destruição pessoal e profissional dos profissionais que, por *vindicta*, relações de diversa ordem mal resolvidas ou fobias persecutórias próprias de outra especialidade que não a Anestesiologia, são envolvidos em processos-crime por alegada (nalguns casos efectiva) negligência profissional.

Tudo para dizer, em conclusão, que o que é grave em matéria de responsabilidade penal dos médicos não são as normas do Código Penal – com destaque para o disposto nos artigos⁷⁰ 150.º,

⁷⁰ Código Penal – **Artigo 150.º (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos)** 1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. 2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

Artigo 156.º (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários)

1 - As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 - O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou:

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

4 - O procedimento criminal depende de queixa.

156.º e 157.º - e a sua sensata aplicação por magistrados judiciais sensatos e competentes, no culminar de processos límpida e sadiamente conduzidos, mas antes a invocação acrítica e tecnicamente desastrosa que muitas vezes alimenta um gravíssimo espectáculo .

Seria bom e desejável que todos os operadores judiciários soubessem que ao serem submetidos a complexos processos-crime os médicos, incluindo os Anestesiologistas, sentem desconforto e impotência similares àquela que os cidadãos em geral - incluindo os próprios médicos e operadores judiciários - sofrem quando são submetidos às mais complexas intervenções cirúrgicas.

Para já não referir que os médicos criminalmente perseguidos são os mesmos que, dia após dia, continuam a cuidar dos seus doentes - com desvelados cuidados - procurando, por essa forma, afagar as mágoas na alma que um processo-crime, leviano ou perverso, inevitavelmente lhes causa de forma indelével.

Caso para dizer que numa sociedade de cidadãos rectos e em pleno gozo das suas faculdades mentais, a solução dos graves problemas que a responsabilidade médica suscita só residualmente - ou marginalmente, se se preferir - poderá passar pelo Direito Penal. Deverá, isso sim, passar, preferencialmente e por via de regra, apenas e tão só pela responsabilidade civil.

4 - Prazos de Prescrição e Tribunais competentes

4.1 - Prazos de Prescrição:

É difícil entender a diferenciação que a lei estabelece para a prescrição da responsabilidade civil médica, conforme se trate de responsabilidade contratual (responsabilidade do médico que exerce em regime privado) e responsabilidade extracontratual (responsabilidade do Hospital Público). No primeiro caso, a responsabilidade prescreve só ao fim de 20 anos (art. 309 do código civil⁷¹) e, no segundo, (hospitais públicos) ao fim de 3 anos (artigo 498 do Código Civil).⁷² Se o primeiro prazo é

Artigo 157.º (Dever de esclarecimento) Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

⁷¹ **CÓDIGO CIVIL; SUBSECÇÃO II; Prazos da prescrição; ARTIGO 309º** (Prazo ordinário) O prazo ordinário da prescrição é de vinte anos.

⁷² **CÓDIGO CIVIL, ARTIGO 498º - (Prescrição)** - 1. O direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do facto danoso. - 2. Prescreve igualmente no prazo de três anos, a contar do cumprimento, o direito de regresso entre os responsáveis. - 3. Se o facto ilícito constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, é este o prazo aplicável. - 4. A prescrição do direito de indemnização não importa prescrição da acção de reivindicação nem da acção de restituição por enriquecimento sem causa, se houver lugar a uma ou a outra.

incompreensivelmente longo, ficando o médico durante parte da sua vida aprisionado a uma possibilidade de censura, já no segundo prazo, só se poderá dizer que é excessivamente curto.

Mas mais do que razões subjacentes aos 2 tipos de prescrições (embora o ónus da prova se caracterize por critérios diferentes), não se compreende que o mesmo médico, trabalhando consoante as horas do dia ou os dias de semana, num ou noutra local, possa poder ser à luz da lei, mais ou menos negligente conforme os locais, fazendo com que a lei se preocupe em precaver diferentes situações, mas de improvável diferença na competência.

4.2 - Tribunais competentes:

Autores há que entendem que é incompreensível a dualidade de entidades judiciais competentes para julgar litígios entre médicos e doentes.

Em caso de litígio em que o médico exerça clínica privada, o tribunal competente é o tribunal cível já nos litígios em que o médico exerce clínica em Hospitais Públicos, o tribunal competente passa a ser o tribunal administrativo. Outros autores entendem que a actividade médica em Hospitais públicos, não pode deixar de ser uma actividade de “gestão privada” em que *“o Estado ou a pessoa colectiva pública, intervém como simples particular, despidido do seu poder público”*. Logo, estes litígios deveriam também ser da responsabilidade de tribunais civis.

4.3 - Tempo da decisão:

Todo o processo judicial gerado pelo litígio médico - doente, conhece um longo percurso, com uma demora de vários anos, quando não uma década ou mais, até transitado em julgado. Dir-se-ia que da parte do doente ou familiares o sofrimento é prolongado, quantas vezes revivendo uma morte, sem que tenha sido ressarcido atempadamente. Para o Médico é a espada de Damócles que tem sobre a sua cabeça, impedindo ou limitando os seus projectos, com o ónus que um processo deste tipo tem a nível profissional e social, quando não antecipadamente com a “condenação” na praça pública;

Em casos tão sensíveis como os da responsabilidade médica, exigia-se que a justiça se fizesse com celeridade do processo, competência dos decisores, equidade e profundidade na investigação e onde um julgamento pudesse constituir um Fórum de intervenção social, cívica e pedagógica, mas em consonância com o recato que a intervenção médica exige e a serenidade da decisão judicial impõe.

4.4 - Recurso a Tribunais Arbitrais

A dificuldade na produção da prova, os constrangimentos e a impreparação dos actores (Médicos, Advogados, Juízes), a necessidade de produzir uma decisão centrada em tempo útil, que pudesse ressarcir ou absolver com justiça⁷³, fora dos “holofotes” da comunicação social tão ávida por uma

⁷³ Montantes das indemnizações e tempo de espera por uma decisão, levam uns e outros, a ter de calcorrear um caminho que pode levar 5 a 10 anos; Institucionalização da responsabilidade médica independente da culpa.

notícia, que pode abrir telejornais por diversas vezes com o mesmo caso, leva-nos a pensar que são razões que por inteligência deveriam motivar as partes a deslocar o epicentro do conflito e da decisão, para fora dos tribunais comuns.

Surge como possibilidade inteligente, que as partes envolvidas – doentes, instituições de saúde, médicos, financiadores e seguradoras – concordem em dar ao litígio celeridade, economia de recursos, serenidade, isenção face aos interesses cooperativos e um maior conhecimento processual específico. Assim, surge como alternativa a inclusão destes processos, por vontade das partes, nos designados "*tribunais arbitrais*", cuja decisão poderá evitar todos os transtornos decorrentes de um processo tradicional. Os tribunais arbitrais têm uma força executiva igual à dos tribunais judiciais, bastando para a sua eficácia que se introduza uma cláusula arbitral nos contratos de prestação serviços médicos e nas declarações de consentimento. A associação de seguros de responsabilidade profissional à opção dos tribunais arbitrais é um procedimento já encarado em alguns Países Europeus que começa a dar os primeiros passos em Portugal. De facto, tal metodologia defende, a nosso ver, simultaneamente o interesse de médicos, dos doentes e das instituições.

José Martins Nunes, Dr.

martins.nunes@huc.min-saude.pt

III - FORMULÁRIOS

Projecto para
Formulário para consentimento informado⁷⁴

CONSENTIMENTO PARA PROCEDIMENTO ANESTÉSICO

Pela presente autorizo o Senhor Director do Serviço de Anestesiologia e/ou colaboradores por ele designados, a realizar todos os exames complementares necessários para esclarecimentos de diagnóstico e os métodos terapêuticos médicos e/ou anestésicos apropriados, e fazer fotografias para fins científicos.

Declaro que tomei conhecimento, e aceitei, que o médico que me vai anestésiar poderá não ser o mesmo que, ora, procedeu à consulta de Anestesiologia.

Declaro que fui esclarecido, de forma simples e inteligível, dos riscos, complicações e sequelas que podem surgir durante os actos de anestesia, aos quais aceitei submeter-me, com vista à intervenção cirúrgica e ao pós-operatório, bem como das limitações impostas pelas condições hospitalares.

Declaro que fui esclarecido, e disso fiquei consciente, que em caso de ocorrências clínicas e cirúrgicas surgidas durante o acto médico-cirúrgico, poderá ser necessária a utilização de procedimento anestésico diferente do “acordado”, bem como condutas médicas de emergência, sempre com o objectivo de preservar a vida e a saúde a que tenho direito ou de que seja titular a(s) pessoa(s) cujo consentimento me cabe legalmente suprir.

Fui ainda esclarecido sobre o seguinte: _____

Declaro, também, que esclareci o médico, sobre todo o meu passado clínico, concretamente sobre as seguintes situações patológicas:

Para dirimir todos e quaisquer litígios, incluindo proveniências cautelares emergentes dos tratamentos, exames e intervenções médico-cirúrgicas e/ou anestésicas a que o doente vai ser submetido, após informação que lhe foi prestada e a obtenção do consentimento, que de forma livre e esclarecida o mesmo manifestou, as partes aceitam e reciprocamente obrigam-se a recorrer ao seguinte tribunal arbitral⁷⁵: _____

Assinatura do doente ou familiar responsável ⁷⁶

Data

⁷⁴ O recurso a um Tribunal Arbitral, implica um prévio acordo com determinado Centro de Arbitragem, feito pelos órgãos com competência delegada, tratando-se de Hospitais públicos (v.g. Conselhos de Administração) ou no caso de exercício privado da Anestesiologia, por um órgão da Ordem dos Médicos (v.g. Colégio da especialidade) ou pelas seguradoras de risco profissional, desde que aceite pelas partes.

⁷⁵ Existem vários Centros de Arbitragem, ins ligados às Faculdades de Direito, outros institucionalizados e privados.

⁷⁶ No caso de menores de 14 anos de idade, ou estar interdito ou inabilitado por anomalia psíquica