

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Centro Regional do Porto



O ERRO E A NEGLIGÊNCIA MÉDICA NUMA
PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL

Ana Margarida Reis Carvalho Araújo

2011

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Centro Regional do Porto

O ERRO E A NEGLIGÊNCIA MÉDICA NUMA
PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL

Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa para a obtenção de
grau de mestre em Direito Penal.

Ana Margarida Reis Carvalho Araújo

Sob orientação da Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria

2011

INDICIE

INTRODUÇÃO.....	3
I. DIREITO E MEDICINA.....	4
II. FUNÇÃO SOCIAL DA MEDICINA.....	9
2.1 ARTIGO 150º: SEUS PRESSUPOSTOS.....	11
III. RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	15
3.1 O ERRO E NEGLIGÊNCIA MÉDICA. INTRODUÇÃO À VIOLAÇÃO DO CUIDADO DEVIDO.....	15
3.2 A NEGLIGÊNCIA MÉDICA.....	18
3.2.1 Tipo de ilícito negligente. O dever objectivo de cuidado.....	21
3.2.2 Dever de cuidado médico.....	25
3.2.2.1 O princípio da confiança.....	30
3.2.3 O resultado. Imputação objectiva do resultado à acção.....	32
3.2.4 A culpa.....	34
3.3 A NEGLIGÊNCIA GROSSEIRA.....	36
IV. CONCLUSÕES.....	40
BIBLIOGRAFIA.....	41

INTRODUÇÃO

Frequentemente lemos nas *manchetes* dos jornais expressões como “morreu após ter ido três vezes às urgências” ou “morreu depois de negaram interná-lo”. Estas expressões têm forte impacto social, associando-as à negligência médica. Porém, a aferição da responsabilidade médica não pode ter subjacente uma análise tão preliminar.

É necessário integrar a profissão médica na sua função social, que o legislador penal admite e reconhece, e estabelecer critérios diferenciadores entre o erro honesto e o erro negligente.

É o que nos propomos fazer neste trabalho, incidindo o nosso estudo nas intervenções médicas inseridas no ambiente hospitalar. Para tal, é necessário analisar conceitos como a função social da medicina, erro médico e negligência, de modo a determinar em que condições o médico poderá ser punido criminalmente.

I. DIREITO E MEDICINA

A medicina, enquanto ciência, evoluiu, intensamente, durante o século XX. O progresso da medicina tornou-se de tal forma evidente, derivado da descoberta de novas técnicas de prevenção, diagnóstico e tratamento, que podemos afirmar que estamos perante uma *nova era* da actividade médica.

O avanço tecnológico provocou um desenvolvimento inquestionável na cura da doença. Mas, nem tudo foi positivo. Paradoxalmente, “a cientização da medicina teve, em certa medida, a perversa consequência de atrofiar o carácter prudencial da medicina, o seu exercício como ciência do indivíduo, se quiserem, o seu papel pastoral¹”.

De facto, a medicina moderna influenciou, decisivamente, a relação médico/doente, outrora preconizada por Hipócrates, que assentava, predominantemente, numa relação ética baseada no princípio do humanismo e da confiança.

Na medicina tradicional, o médico estava obrigado a respeitar princípios como a beneficência e a não maleficência, mas dispunha de um conhecimento *divinizado*, que lhe permitia actuar com liberdade no tratamento do doente. Esta capacidade médica endeusada, capaz de alterar a natureza das coisas, associada a um espaço de livre arbítrio procedimental, tornava o médico num indivíduo, praticamente, irresponsável. O médico assumia uma atitude paternalista na cura da doença, e o paciente limitava-se a aceitar a supremacia do seu conhecimento, anuindo que as consequências nefastas advindas seriam fruto do destino.

Actualmente, a relação médica já não se desenvolve em termos assimétricos e paternalistas, mas em termos horizontais e democráticos, tendo como limite a autonomia do doente.² Os doentes estão cada vez mais informados e negam a doença como uma fatalidade, exigindo uma medicina de excelência.

Para esta realidade contribuíram inúmeros factores, entre os quais a mediatização da medicina, com a divulgação e discussão de erros médicos no espaço público, a evolução

¹ LOBO ANTUNES, António, “Umana cosa è”, in *Revista Portuguesa Clínica Geral*, Vol. 20, nº6, Novembro-Dezembro 2004, p. 739.

² Neste sentido, Sónia Fidalgo para justificar o aumento de conflitualidade entre médicos e doentes e a evolução do paradigma hipocrático para uma tecnização, despersonalização e desumanização da actividade médica (FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Coimbra Editora, 2008, p. 19).

tecnológica, que aumentou as expectativas de curas e o conhecimento médico proliferado pela Internet, que permitiu o conhecimento da própria doença³.

Neste contexto, o erro médico saiu da obscuridade e do desconhecimento social, tornando-se um tema de debate actual, quer na sociedade portuguesa, quer na sociedade internacional, sendo objecto de inúmeros estudos jurídicos, médicos, sociológicos e, até, jornalísticos⁴. Em todas estas formas de perspectivar o erro, deve partir-se, inevitavelmente, de uma premissa que é transversal a toda actividade humana: “*errare humanum est*”.

Todas as actividades humanas são passíveis de erro e a medicina não é excepção. A especificidade evidente do erro em medicina reside na possibilidade de potenciar lesões na saúde e na vida do doente. A necessidade de orientar a actividade médica no sentido da promoção da saúde do paciente, impôs a regulação social do comportamento, intervindo o Direito na salvaguarda dos bens jurídicos fundamentais que possam ser lesados no seu âmbito⁵.

Porém, esta intervenção do Direito, e importa ressaltar, não se trata de uma perseguição inconsequente da actividade médica, nem do seu agrilhoamento. O Direito e a Medicina são ciências humanistas ao serviço do homem, tendo como referencial comum a dignidade da pessoa humana⁶.

³ Menciona Lobo Antunes, que 40% dos utilizadores da Internet procuram informações sobre saúde. O mesmo Autor entende que esta realidade atenuou a “assimetria de conhecimento que era fundamento ontológico do paternalismo”, passando “não raramente, de dueto [hipocrático] a duelo” (LOBO ANTUNES, António, “Umana...”, *ob. cit.*, p. 740).

⁴ A cultura médica centra-se, sobretudo, na trajectória do erro, tendo como objectivo identificar os erros evitáveis, através de sinalização e monitorização. Os erros evitáveis constituem o grande bloco do conjunto de erros médicos e a sua correcção depende do seu reconhecimento e de atitude pró-activa de todos os profissionais de saúde. Sobre esta matéria *vide*, a título de exemplo, FRAGATA, José e Luís Martins, *O erro em medicina. Perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*, Almedina, 2004.

⁵ O Direito estabelece parâmetros de actuação transversais a todos os seus ramos constituintes, que influenciam a prática médica. O consentimento informado, o contrato médico, a investigação e experimentação científica, a manipulação genética, e, até, o início e fim da vida estão regulados pelo Direito. Esta multiplicidade de matérias, de ramos de Direito com fundamentos tão diversos, leva a que certos Autores, como Albin Eser, a defender o Direito Médico integrativo, que propugna um juízo uniforme, e não parcelar e discordante, como acontece com a valoração pelos diferentes ramos de Direito (ESER, Albin, “Perspectivas do direito (penal) da medicina”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 14, Janeiro-Junho 2004, p. 19 e ss).

⁶ Como refere Francisco José Hernando Santiago, o Direito e Medicina têm em comum a preservação da dignidade dos homens, mas as relações entre Direito e Medicina vão mais além, “mantendo uma interdependência palpável nas suas parcelas mais características. São actividades humanas que remontam às origens da civilização, e os avanços da Medicina e do Direito, são idóneos, quando não são os motores, do avanço da civilização (GÓMEZ, Luis Martínez-Calcerrada y, (Org.), *Relaciones entre la Medicina y el Derecho - Binomio interdisciplinar*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 2008, p. 13).

Desta forma, só interessa ao Direito o erro juridicamente relevante, e, numa perspectiva penal, que produza efeitos desvaliosos nos bens jurídicos protegidos. Isto significa que o exercício da medicina deve ter sempre um espaço de livre actuação e que não deve ser restringido pelos efeitos negativos que uma responsabilização massificada pode conduzir.

O fundamento de responsabilidade médica reconduz-se, então, na possibilidade, de um comportamento negligente produzir lesões na vida e na integridade física do doente, não se configurando assim, em abstracto, um tratamento diferenciado e condutível ao princípio de irresponsabilidade. Mas, é fundamental atender à especificidade do acto médico e a todos os factores que o influenciam, pelo que todas as valorações técnico-jurídicas devem ser acompanhadas pelo enquadramento circunstancial da conduta do médico, inserido num contexto de tempo e espaço.

A medicina moderna apresenta-se complexa e dependente de inúmeros factores, aumentando, exponencialmente, a possibilidade de ocorrerem erros médicos. Potenciam esta realidade factores sociais, técnicos, económicos, legais e psicológicos, que se relacionam entre si e não podem ser analisados isoladamente.

A massificação dos serviços de saúde, que alterou definitivamente o paradigma hipocrático, trouxe consigo novos conceitos, até então, desconhecidos pela medicina. Por um lado, a socialização da medicina, dificultou a delimitação do acto médico, na medida em que muitas tarefas levadas a cabo pelo médico transferiram-se para outros profissionais de saúde. Por outro lado, o médico já não actua como um ser isolado, inserindo-se, antes, num contexto institucional e dependente da actuação de inúmeros actores no âmbito hospitalar⁷. Há uma interacção permanente de vários profissionais de saúde na delimitação da doença e no seu tratamento, não existindo mais uma relação bipolar entre um médico e um doente. Por último, verificou-se o fenómeno de especialização médica, em que a figura do clínico geral esbateu-se, quando, anteriormente, era predominante na prática médica.

Estas condições potenciaram o erro médico e como refere Sónia Fidalgo, “assistimos hoje a uma complexificação da actividade médica de que emerge um novo tipo médico”, onde a estrutura organizativa hospitalar “tende a tornar-se uma empresa

⁷ Como refere Lobo Antunes, o médico já na actua sozinho, “embora invisíveis, estão ali presentes outros especialistas, gestores, políticos, legisladores, profissionais de seguros, toda a sorte de gente, de tal modo que a prática médica é hoje em grande medida uma construção social” (LOBO ANTUNES, António, “Umana...”, *ob. cit.*, p. 740).

de prestação de serviços onde colaboram cada vez mais equipas multidisciplinares e pluriprofissionais”⁸. Assim sendo, vigora o princípio de divisão de tarefas, com especialização dos profissionais de saúde nas áreas de intervenção, que para além, de provocar um descuido em sintomas mais gerais, influencia o ciclo de erro.

Porém, a consequência mais evidente da medicina de massas, será, porventura, a racionalização dos recursos e a limitação da actividade médica pelo factor económico, introduzindo-se, assim, conceitos economicistas (de eficiência) na arte de curar.

Os médicos estão dependentes dos recursos que o próprio hospital lhes faculte e atendendo aos factores organizacionais e de gestão, estabelecem-se regras de custo-benefício que podem afectar a boa prática médica. A diminuição de recursos humanos, que tem levado à redução de equipas de trabalho, nomeadamente ao número de enfermeiros por turno e, conseqüentemente a capacidade de vigilância do doente, a diminuição de acesso aos meios complementares de diagnóstico mais sofisticados e a limitação ao acesso à terapêutica, na medida que todos os fármacos não contemplados no formulário hospitalar têm de ser justificados e autorizados pelo gestor, evidenciam esta realidade.

Para além da restrição economicista que potencia o erro, a prática médica tornou-se numa profissão regulada. A liberdade do médico é uma liberdade condicionada, estando este sujeito a vários padrões de comportamento.

O primeiro é o consentimento informado do doente, pelo que nenhum médico pode actuar sem respeitar a autonomia do doente, através do esclarecimento da doença e dos riscos que podem advir do tratamento. Por outro lado, assiste-se a uma *normativização* da prática médica, através da generalização de diagnóstico e tratamento de variadas doenças. Protocolos, *guidelines*, estudos científicos, recomendações, estatísticas, produzidas por colégios profissionais, estabelecem formas de actuação que o médico deve conhecer e obedecer. Se não o fizer, viola as *leges artis*, conhecidas e aceites pela cultura médica.

Observa-se, igualmente, nas palavras de Lobo Antunes, a uma nova epistemologia médica, chamada medicina baseada na evidência⁹. Esta teve por base a necessidade de aglutinar, em bases de dados, publicações médicas, comprovadamente eficazes, e, deste modo, facilitar a pesquisa e selecção dos médicos de artigos científicos.

⁸ FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade penal...*, ob. cit., p.15.

⁹ LOBO ANTUNES, António, “A profissão de médico”, *Análise Social XXXVIII*, nº 166, (Primavera), 2003, p. 82 e ss.

A medicina baseada na evidência é hoje uma realidade incontornável, apesar de duvidosa numa perspectiva holística do indivíduo e da sua variabilidade biológica, sendo sinónimo de boa prática clínica.

A par desta realidade, a tecnicização da medicina tornou a prática médica ainda mais complexa e susceptível de erro. Através de aparelhos mais sofisticados e conhecimentos mais minuciosos e precisos nenhum acto médico fica à margem do crivo tecnológico.

Por último, e não menos importante, há que considerar factores psicológicos, que influenciam o ciclo de erro. Neste ponto, realça-se a sobrecarga horária a que os médicos estão sujeitos e que afectam a sua boa *performance*.

Todos estes factores devem ser ponderados quando se aborda o erro médico, ajudam a delimitar o erro juridicamente relevante e permitem concretizar a imagem global do facto.

II. FUNÇÃO SOCIAL DA MEDICINA

O indivíduo, e até a comunidade, beneficiam dos conhecimentos médicos de conservação e melhoramento da saúde debilitada. Perante a doença, o recurso ao médico é inevitável, assumindo a actividade médica uma função social indiscutível.

Porém, é preciso realçar que não existe o direito à cura, nem tão pouco à imortalidade. Existem fatalidades que não são evitáveis e, como tal, o médico não se pode vincular a resultados que não controla por si. O que se exige ao médico é, apenas, um comportamento diligente e a utilização dos meios mais adequados, que devem existir e estar na sua disponibilidade.¹⁰ A obrigação de meios estabelece-se numa perspectiva *ex ante* e está patente em todas as avaliações posteriores, delimitando um espaço de risco permitido da actividade médica.

A diligência devida só pode ser delimitada quando não se descure a complexidade de condutas que integram o acto médico. O acto médico pode-se desdobrar nas actividades de diagnóstico, tratamento, prognóstico e de prevenção. Nestas diferentes fases de acompanhamento médico na doença podem ocorrer vários tipos de lesões, derivados do erro médico. A referência à potencialidade de actos médicos provocarem lesões na saúde, já era feita por Hipócrates que enunciou o princípio da não maleficência, decorrente do brocardo ético *primum non nocere*.

A punibilidade dos médicos por facto negligente deixa-se associar à natureza dos bens jurídicos em causa e na necessidade de pena (de acordo com os princípios de mínima intervenção e subsidiariedade). O Direito Penal tutela bens jurídicos, que pelo seu valor ético e social, devem ser valorizados e protegidos na convivência social. No âmbito da actividade médica podem ser lesados os bens jurídicos que constituem o núcleo personalíssimo da pessoa humana (a vida, a saúde no seu sentido mais amplo, e até, a liberdade).

¹⁰ No âmbito da prática médica é consensual que a actividade curativa se assume como uma obrigação de meios do médico. Podem, eventualmente, ocorrer excepções, como acontece no campo das operações puramente estéticas. Assim sendo, cite-se Paula Ribeiro de Faria, no sentido de, “o médico não se compromete a conseguir a cura ou um resultado concreto, não se compromete a evitar todas as complicações possíveis, mas vincula-se apenas a uma obrigação de meios, ou seja, ao uso de todo o empenho e cuidado no desempenho de uma actividade rodeada de riscos, entre os quais se contam os riscos constantes que estão associados à natureza da doença, idade e estado pré-operatório do doente, e riscos de complexidade, que dizem respeito à complexidade da intervenção e que podem ser superados pela capacidade técnica do cirurgião e pelas condições do hospital” (FARIA, Paula Ribeiro de, “Erro em Medicina e o Direito Penal”, *Lex Medicinæ*, Coimbra, Abril 2011, p. 11).

A conduta do médico deve enquadrar-se, igualmente, na descrição típica da lei, podendo, nos casos mais comuns, consubstanciar a prática de dois crimes: o crime de homicídio negligente e de ofensas à integridade física negligente, previstos e punidos nos artigos, 137º e 148º do Código Penal. De facto, no âmbito do acto médico, quando se verifica a deterioração da saúde, ou mesmo a morte, há uma violação da norma protectora que pretende acautelar o bem jurídico.

Todavia, actuando o médico no interesse da saúde do doente, tentando minimizar os males que uma enfermidade comporta, é compreensível que nem todos os resultados desvaliosos possam ser considerados juridicamente relevantes. Daqui resulta que, é essencial uma adequada valoração jurídico-penal (e até social), para não conduzir à punibilidade de todos os resultados de morte ou ofensas à integridade física. Como tal, reconhece-se, na esteira de Paula Ribeiro de Faria, “uma margem de lesões que tem de ser tolerada pelo doente e pela sociedade em geral, e que decorre naturalmente do próprio exercício da actividade de curar”¹¹.

Existe um conjunto de riscos que devem ser tolerados, através de uma ponderação de vantagens (cuidados de saúde) e inconvenientes (morte ou integridade física, quando observada a diligência devida). Daqui resulta que a lei penal não proíbe a intervenção médica na doença, nem tão pouco impossibilita a assunção de riscos. O que se pretende, é apenas e só, que face a uma previsibilidade e evitabilidade objectiva do risco, o médico actue de acordo com a diligência devida.

O legislador português, reconhecendo o cariz predominantemente social da medicina e a especificidade do acto médico, introduziu um regime que propugna pela atipicidade do acto médico em certas condições. Partindo da premissa que a medicina é, inevitavelmente, uma profissão de risco e nessa medida podem advir vários perigos potencialmente danosos para a vida e para a integridade física do doente, o artigo 150º do Código Penal delimita o espaço da conduta médica permitida. Através deste dispositivo e sob determinadas condições, não se pune o profissional de saúde por todos os resultados lesivos que o seu comportamento possa causar.

Esse regime corresponde a uma cláusula de exclusão de tipicidade nas intervenções e tratamentos médicos, correspondendo, por um lado, a uma “autolimitação consciente do direito penal”¹², de modo a não permitir uma intervenção exagerada na área da

¹¹ FARIA, Paula Ribeiro de, “Erro...”, ob. cit., p. 11.

¹² ESER, Albin, “Perspectivas...”, ob. cit. p. 36.

medicina, que poderia surtir efeitos bloqueadores da prática médica com objectivo curativo. Por outro lado, define, o “sentido e alcance do conceito jurídico-penal de intervenção médico-cirúrgica, e por vias disso, *delimita* a área problemática coberta pelo regime jurídico-penal das intervenções médico-cirúrgicas”¹³.

Por último, é nitidamente a expressão da obrigação de meios a que o médico se vincula, no âmbito das intervenções. Assim sendo, se o médico respeitar os elementos contidos no artigo 150º, não é penalmente responsável pelos resultados desvaliosos produzidos, pelo que a análise do mesmo constitui o primeiro passo para delimitar os contornos permitidos da actividade médica.

2.1 ARTIGO 150º: SEUS PRESSUPOSTOS

O regime, ora em análise, foi introduzido pelo legislador penal em 1982, estabelecendo um regime de exclusão de responsabilidade do profissional médico, no âmbito das ofensas corporais e morte, ao nível da tipicidade (e não da ilicitude).

As intervenções médicas, antes da entrada em vigor do Código Penal de 1982, eram consideradas ofensas à integridade física, eventualmente, justificadas, quando cobertas por uma causa de exclusão de ilicitude (v.g. consentimento). Esta realidade colidia com o sentido social do acto médico, uma vez que o consentimento do doente prestado em condições defeituosas era pressuposto bastante para uma punição por ofensas à integridade física dolosas¹⁴.

Actualmente, o médico não será juridicamente responsável, se, estiverem observados, cumulativamente, os elementos subjectivos e objectivos que compõem o artigo 150º. Os elementos subjectivos integram-se pela qualidade do agente e pela intenção curativa, enquanto os elementos objectivos são compostos pela indicação médica e a obediência às *leges artis*.

O regime em análise, só tem aplicação no comportamento médico praticado por acção, não abrangendo os crimes de comissão por omissão. Nestes casos, dever-se-ão analisar os tipos legais de crime eventualmente preenchidos, em conjugação com o

¹³ COSTA ANDRADE, Manuel da, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, artigo 150º, § 2.

¹⁴ Pois havia intenção de praticar o acto médico contra o corpo do doente para, imagine-se, salvá-lo! FIGUEIREDO DIAS, Jorge e Sinde Monteiro, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 332, 1984 p. 46.

artigo 10º. Esta conclusão resulta da própria letra do artigo que refere “intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos”. Por outro lado, também não se aplica, aquando a verificação do dolo do médico, dada a incompatibilidade entre o elemento integrante do artigo de “intenção curativa” e o dolo do agente (que tem como propósito ferir a saúde ou vida do doente).

O médico deve ter competência para praticar os actos terapêuticos, devendo possuir habilitação académica reconhecida e inscrição na Ordem dos Médicos. Por “pessoa legalmente autorizada” podemos incluir os “enfermeiro, parteira, dentista, protésico”.¹⁵ Excluídos estão, evidentemente, os leigos ou curandeiros.

A intenção curativa terapêutica também deve estar presente no tratamento ou intervenção médico-cirúrgica, englobando, não apenas a fase de tratamento (cura), mas também a profilaxia (prevenção) e diagnóstico.¹⁶ Assim sendo, todo o acto médico deve ter como propósito uma finalidade terapêutica, de modo a “prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar uma doença, um sofrimento, uma lesão ou fadiga corporal ou uma perturbação mental”, excluindo-se, por conseguinte, todas as intervenções que não possam relacionar-se, imediata ou mediadamente com um fim terapêutico¹⁷. Integram estes casos as intervenções puramente experimentais, as intervenções cosméticas que não visem eliminar “uma patologia física ou uma perturbação psicológica”¹⁸, a castração ou esterilização sem indicação médica¹⁹, a intervenção em casos de transexualismo, a colheita de órgãos²⁰, o exame angiográfico²¹ e métodos estranhos à medicina académica (por exemplo, métodos naturalistas e homeopáticos). Nestes casos,

¹⁵ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge e Sinde Monteiro, “Responsabilidade Médica...”, *ob. cit.*, p. 69.

¹⁶ De igual modo, Teresa Quintela de Brito (citando Augusto Silva Dias) entende que as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos incluem “as intervenções profiláticas, que não implicam imediatamente um melhoramento da saúde global” e as “intervenções de diagnóstico que não se destinem a traçarem a direcção de ulterior intervenção curativa” (BRITO, Teresa Quintela de, “Os crimes contra a integridade física” in *Direito Penal - Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, 2007, p.501, nota de rodapé 44.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, e Sinde Monteiro, “Responsabilidade Médica...”, *ob. cit.*, p 69.

¹⁸ BRITO, Teresa Quintela de, “Os crimes...”, *ob. cit.*, p.502. De facto, não se vislumbra nenhum fim curativo, mas intervenções puramente cosméticas, mas, apenas, o intuito de melhorar o aspecto físico.

¹⁹ Não há finalidade terapêutica, quando resulta de “indicação eugénica, social, económica, ou apenas para evitar a gravidez”. Neste sentido, BRITO, Teresa Quintela, “Os crimes...”, *ob. cit.*, p. 503. O mesmo se passa com a “castração criminológica”, que será reconduzida a ofensa à integridade física, possivelmente justificada pelo consentimento.

²⁰ Mas se o objectivo for transplantar, o acto de transplantação assume finalidade terapêutica porque visa minorar uma doença.

²¹ COSTA ANDRANDE, Manuel de, in *Comentário Conimbricense*, *ob.cit.*, artigo 150º, § 22.

inobservado o requisito “intenção terapêutica”, o médico pratica um crime de ofensas à integridade física, eventualmente, justificas pelo consentimento.

No que toca aos elementos objectivos, é necessária a indicação médica e o cumprimento das *leges artis*.

A indicação médica estabelece-se *ex ante*, considerando o conhecimento e experiência actual da medicina, para o tratamento mais idóneo e benigno da doença.²²

As *leges artis*, por outro lado, são definidas por colégios profissionais de saúde estabelecendo e padronizando modos de actuação, que têm em conta factores como a experiência e o estado actual dos conhecimentos da medicina. Assumem predominantemente natureza técnica e constam em “artigos científicos, recomendações, ordens de serviço, de *guidelines* de sociedades portuguesas ou organizações internacionais dos médicos, normalmente mediatizadas através de opinião de peritos.”²³

As *leges artis* indicam o modo mais adequado do actuar médico no âmbito das intervenções, podendo consubstanciar um crime autónomo, como decorre do artigo 150º, nº2. É um crime de perigo concreto, exigindo-se “dolo quanto à violação das *leges artis* e dolo quanto ao perigo para a vida ou de ocorrência de uma lesão grave da integridade física, em consequência da inobservância das *leges artis*”²⁴. É duvidoso o âmbito de aplicação deste artigo, uma vez que é difícil configurar um duplo dolo na actividade médica. Por outro lado, a “criação de perigo para a vida”, já se encontra ressalvado pelo artigo 144º alínea e), parecendo existir uma sobreposição de situações idênticas. Por estas razões, embora o legislador penal pretendesse ampliar situações de responsabilidade médica, a aplicabilidade deste artigo será diminuta.

Ora, retomando a análise do artigo 150º, nº1 e de acordo com os quatro pressupostos enunciados, delimita-se os critérios de atipicidade do acto médico. Como refere Paula Ribeiro de Faria, “o médico que se move dentro destes pressupostos actua ao abrigo de um risco permitido ou tolerado, de tal forma que a morte ou lesão da integridade física que se possam vir a produzir são custos admitidos que representam a outra face da prestação de saúde²⁵”.

²² A base deste artigo, como refere Costa Andrade, seria a medicina académica e convencional, deixando-se de fora, a medicina a medicina alternativa (*ibidem*). Porém, a Lei 45/2003, de 22 de Agosto, reconheceu um conjunto de práticas terapêuticas não convencionais e a sua sujeição ao regime do artigo 150º. Para mais desenvolvimentos *vide* FIDALGO, Sónia, “A responsabilidade...”, *ob. cit.*, p. 47 e ss.

²³ FARIA, Paula Ribeiro de, “Erro...”, *ob.cit.*, p. 16.

²⁴ BRITO, Teresa Quintela de “O crime...”, *ob.cit.*, p. 504.

²⁵ FARIA, Paula Ribeiro de, “Erro...”, *ob.cit.*, p.12.

Porém, quando não observados a actuação do médico pode constituir um homicídio ou ofensa à integridade física negligente, dependendo do resultado lesivo. Para tal, é necessário que o acto médico se apresente estruturalmente como negligente, ou seja, que o médico não tenha actuado de acordo com a diligência que estava obrigado. Antes de ingressar na análise dos pressupostos necessários para punir um comportamento médico negligente, é preciso distinguir conceptualmente, por um lado, o erro em sentido amplo e a negligência, e, por outro lado, a violação das *leges artis* e a violação do dever de cuidado.

Só com uma delimitação rigorosa destes conceitos, é possível, valorar, devidamente, a violação do dever de cuidado que está subjacente à negligência médica.

III. RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA

3.1 O ERRO E NEGLIGÊNCIA MÉDICA. INTRODUÇÃO À VIOLAÇÃO DO CUIDADO DEVIDO.

Quando falamos de *erro médico* há uma tendência social para equipará-lo, sem mais, à negligência, incriminando, precipitadamente, o médico, pela morte ou ofensas à integridade física. Esta realidade parte da absolutização do resultado produzido pela actividade médica, mas não corresponde aos pressupostos de punibilidade penal. Esta conclusão deriva, antes, da confusão de dois conceitos fundamentais: erro e negligência.

Para delimitar o conteúdo do erro juridicamente relevante é necessário classificar os diferentes erros que podem existir no âmbito da actividade médica. Na esteira de José Fragata e Luís Martins o erro pode ser perspectivado na óptica do indivíduo ou na óptica do sistema. Os erros na perspectiva do indivíduo, podem-se subdistinguir em erro honesto e o erro negligente. Enquanto o primeiro decorre, intrinsecamente, da natureza da pessoa humana, apresentando-se como uma inevitabilidade da sua imperfeição, e correspondendo, quando ocorra na prática médica a um acidente ou azar, o segundo, ou seja, o erro negligente, corresponde a um comportamento ilícito²⁶. Por outro lado, há erros que derivam de uma perspectiva institucional ou do sistema, sendo possível distinguir os erros evitáveis dos erros inevitáveis. Os primeiros podem corresponder ao erro negligente, se verificados os seus elementos constituintes. Os segundos “resultam dos riscos próprios do ambiente hospitalar”, mas que não permitem individualizar ou censurar o agente em concreto.²⁷

De acordo com estas classificações, reparamos que nem todo o erro médico é sinónimo de negligência médica. O erro comporta uma abrangência mais lata do que o próprio conceito de negligência, podendo ser perspectivado com diferentes amplitudes.

O erro negligente constrói-se a partir do ilícito, determinando-se através do critério regulador da violação do *dever objectivo de cuidado*. Este é composto pela “previsibilidade objectiva do perigo para determinado bem jurídico e a não observância

²⁶ Como refere Paula Ribeiro de Faria, “acidentes ou azares, que não deixam de poder ter consequências terríveis para o doente ou familiares, não podem responsabilizar ninguém, pelo menos onde pensamos num ilícito de natureza pessoal e numa responsabilidade com culpa e com conteúdo ético” (FARIA, Paula Ribeiro de, “Erro...”, ob.cit, p. 7).

²⁷ FARIA, Paula Ribeiro de, “Erro...”, ob.cit, p. 10.

do cuidado objectivamente adequado a impedir o resultado típico, i. é, do resultado (da lesão ou perigo de lesão de determinado bem jurídico) que a experiência indica que está conexas com a espécie da acção praticada²⁸”.

O juízo de ilicitude pode ter como auxiliar interpretativo regras extras-penais ou regras técnicas (*leges artis*), mas também não existe equiparação absoluta entre ambos²⁹.

As *leges artis* podem ter proveniência legal, ou assumir, apenas um padrão de actuação médica, de natureza técnica e ética. As primeiras correspondem a uma delimitação do risco, na medida que permitem estabelecer uma área permitida de actuação (circunscrevem a *medida* do risco permitido). Assim, a sua violação traduz “uma probabilidade elevada de aproximação entre a valoração extrapenal do risco e a valoração penal”, mas de todo modo não se confundem, sendo necessário a “definição objectiva face às circunstâncias do caso, isto é, a violação concreta e jurídico-penalmente relevante de cuidado (dependente da valoração global da conduta)³⁰”.

As normas técnicas estabelecem, igualmente, uma previsibilidade e evitabilidade do risco, embora de forma mais ténue, desempenhando uma função interpretativa do dever de cuidado. Quando inexistam normas de comportamento, recorre-se ao modelo padrão, estabelecendo-se uma norma de cuidado *ad hoc*, por apelo aos costumes e usos profissionais.

Por tudo isto, Paula Ribeiro de Faria afirma não ser possível uma concordância absoluta entre a violação das *leges artis*, que corresponde a uma valoração médica e técnica, e violação de *dever objectivo de cuidado*, que corresponde a uma valoração jurídica³¹.

Quando se estabelece uma regra de actuação, numa perspectiva médica, não se está a considerar o conjunto circunstancial dos elementos que estruturam a acção médica

²⁸TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, (2ª Edição) Coimbra Editora, 2008, p. 525.

²⁹A cultura médica tem como inseparáveis a violação da *leges artis* e a violação do cuidado devido, argumentando que o médico *deliberadamente optou por um comportamento que não é o standard e que viola as regras normais de actuação*, pelo que, o não cumprimento dessas normas, é sempre uma violação (FRAGATA, José e Luís Martins, *O erro em medicina...*, ob.cit. p.59 e ss). Porém, este argumento não colhe na cultura jurídica. O conceito essencial para determinar a ilicitude da conduta é a violação do dever de cuidado, aglutinador de todas as circunstâncias relevantes para o caso concreto.

³⁰FARIA, Paula Ribeiro de, *A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2005, p. 960.

³¹Pelo que, “o padrão que define a violação jurídica do dever de cuidado corresponde a um critério de razoabilidade objectiva, ao que socialmente se espera de uma pessoa medianamente razoável face a uma situação em que é objectivamente previsível que um dado correr dos acontecimentos conduza a um certo resultado” (FARIA, Paula Ribeiro de, “Erro...”, ob.cit. p. 17).

mas, apenas a orientar, com base em estudos científicos credíveis, a actuação do médico.

De acordo com critérios abstractos e generalizados, estabelecidos na lei das artes, não é possível prever e introduzir todos os elementos de riscos patentes no acto médico. São variados os factores que concorrem numa intervenção médica e, por muito que estejam estudadas as patologias e suas curas, a medicina continua a ser uma ciência inexacta, assente em cálculos probabilísticos e dependente da estrutura biológica do doente. Mas, não só. No âmbito hospitalar, com a necessidade de contenção de custos a ele inerente, as regras de actuação do médico podem ser definidas de acordo com essa realidade e reflectir-se no critério de cuidado do médico, que podem influenciar o diagnóstico, e, mesmo a fase tratamento (relembramos a necessidade de autorização da gestão para realizar meios complementares mais sofisticados, recorrer a terapêuticas não expressas no formulário hospitalar ou até mesmo a redução das equipas profissionais).³²

Por outro lado, e como veremos mais à frente, o juízo de previsibilidade e evitabilidade objectiva, que enforma o ilícito negligente é de prognose póstuma, isto é, o juiz coloca-se numa perspectiva *ex ante* ou seja, reporta-se ao momento circunstancial da intervenção. O mesmo não se passa com a valoração de uma violação das leis da arte médica. Normalmente, o perito faz um juízo *a posteriori*, na medida em que, após a verificação do resultado afirma os procedimentos adequados que poderiam ter evitado o resultado, através da consulta dos registos e formulários preenchidos no decurso da intervenção³³.

Estas valorações, acrescentando as capacidades (pelo menos as superiores) do médico e o princípio da confiança, no âmbito da medicina em equipa, fazem parte integrante do ilícito negligente e compõem a valoração global da conduta, mas não incidem directamente na formação das *leges artis*. Deste modo, Figueiredo Dias entende que as *leges artis*, sejam de fonte normativa ou profissionais e de tráfico, quando

³²Nesse sentido Albin Eser que entende a necessidade de actualização do dever de cuidado, à realidade actual (ESER, Albin, “Perspectivas...”, ob.cit. p. 30). Expressão da redução de custos em ambiente hospitalar, pronuncia-se o Acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Maio de 2008, in *www.verbojuridico.pt*, 2008, que pela falta de enfermeira instrumentista (por razões economicistas), em bloco operativo, foi deixada uma compressa dentro do organismo do doente, sendo a contagem competência da enfermeira ausente. O Tribunal pronunciou-se pela absolvição da médica (chefe de equipa), atendendo, também, às condições de trabalho (deficientes) facultadas pelo Hospital.

³³Nesse sentido, FARIA, Paula Ribeiro, “Erro...”, ob.cit., p.19.

violadas, constituem um “indício por excelência da sua contrariedade ao dever de cuidado tipicamente relevante, mas não podem fundamentá-la”.³⁴

Posto isto, ingressamos no regime jurídico-penal do crime negligente e através da análise do comportamento negligente determinar a punibilidade do médico.

3.2 A NEGLIGÊNCIA MÉDICA

A punibilidade do facto negligente assumiu relevância com a revolução industrial, ocorrida nos inícios do século XIX. Com o desenvolvimento natural da sociedade, em termos tecnológicos e económicos, tornou-se evidente que certas actividades produzem um conjunto elevado de riscos para bens jurídicos fundamentais.

A actividade médica enquadra-se neste contexto face à natureza perigosa que comporta, sendo hoje pacífico que a natureza e o fundamento do ilícito negligente se funda na possibilidade de certas condutas serem susceptíveis de lesar ou pôr em perigo bens jurídicos essenciais na vida em relação.

Num primeiro momento, de acordo com a doutrina tradicional, a punibilidade do facto negligente não se encontrava autonomizada em relação ao facto doloso, na dogmática jurídico-penal. Ocupava um lugar secundário ou residual, sendo considerado um *quasi delictum*. O facto negligente assentava na mera causação naturalística do resultado, desconsiderando-se, como tal, o desvalor da acção.

Com a doutrina da acção final, preconizada por Welzel, desenvolveu-se a concepção pessoal do ilícito e fundamentou-se a ilicitude do facto negligente no desvalor da conduta. A partir deste momento, a dogmática jurídico-penal começou a desenvolver a doutrina do facto negligente como problema do tipo e não de causalidade³⁵.

Deste modo, abandonaram-se os pilares da doutrina tradicional que construiu o facto negligente em paralelo ao facto doloso, distinguindo-os, apenas, ao nível da culpabilidade. É, actualmente, consensual, na doutrina penalista, que o crime negligente

³⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal - Parte Geral – Questões Fundamentais da doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Tomo I, 2007, Coimbra Editora, p. 877.

³⁵ Sobre o conceito de finalidade defendida por Welzel e a sua dificuldade para justificar a conduta negligente, vide FARIA, Paula Ribeiro, *A adequação...*, ob.cit., p. 837 e ss.

tem uma estrutura dogmática própria, sendo constituído por um tipo de ilícito e um tipo de culpa autónomos do facto doloso.³⁶

Esta distinção materialmente qualitativa entre o facto doloso e o facto negligente, está, igualmente, presente no nosso sistema penalista. De acordo com a definição legal, patente no artigo 15º do Código Penal, o comportamento será negligente quando existir uma *violação do cuidado devido, que de acordo as circunstâncias, o agente está obrigado e de que é capaz.*

Para Figueiredo Dias não há dúvidas que está consagrada a teoria do duplo escalão. De acordo com esta teoria, existe um tipo de ilícito e tipo de culpa delimitados, sendo a valoração do ilícito negligente estabelecida em termos estritamente objectivos e a valoração da culpa estabelecida com recurso considerações pessoais e subjectivas.

Assim, para o mesmo Autor, o tipo de ilícito negligente corresponde a uma violação do dever de cuidado exigível para o agente e que conduziu a um resultado “previsível e evitável para o homem prudente, dotado das capacidades que detém o «homem médio» pertencente à sua categoria intelectual e social e ao círculo da vida do agente”³⁷. Ao passo que, no tipo de culpa, seria valorada a possibilidade do agente concreto, ter cumprido o mandato geral de cuidado “de acordo com as suas capacidades individuais, a sua inteligência e a sua formação, a sua experiência de vida e a sua posição social”³⁸, muito embora este seja também um juízo de natureza objectiva.

O legislador português, diferenciou, ainda, a negligência consciente da negligência inconsciente, como resulta do mencionado artigo 15º. De acordo com a al. a), estaremos perante negligência consciente quando o agente prevê como possível a verificação do resultado, mas mesmo assim, actua, confiante que o mesmo não se produzirá, enquanto a al. b) estabelece que o agente nem sequer representou a possibilidade de realizar o facto juridicamente relevante.

Figueiredo Dias questiona se esta distinção tem relevo em termos de política-criminal e dogmáticos, concluindo que a distinção “visa tão-só estabelecer requisitos puramente *psicológicos* – positivos ou negativos – que pode assumir a negligência: *representação* do resultado típico na negligência consciente, *ausência dessa*

³⁶FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Velhos e novos problemas da doutrina da negligência do Direito Penal”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, 1º Edição, 2002, p. 667).

³⁷FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal...*, ob. cit., p. 864.

³⁸*Ibidem.*

representação na inconsciente”.³⁹ Também encontra relevo dogmático na distinção de dolo eventual e negligência consciente. Mas, no que concerne ao estabelecimento de gravidade do ilícito e medida da pena, tudo dependerá das exigências de prevenção, não sendo líquido que a representação da violação seja critério para estabelecer um comportamento mais gravoso e severamente mais punido.

Distingue-se, igualmente, a negligência simples da negligência grosseira, pelo que esta corresponde a uma violação mais intensa do cuidado devido, relevando, igualmente uma forte censura ao nível da culpa.

A conduta negligente é estabelecida de acordo com o regime *numerus clausus*, sendo punível nos casos *especialmente* previstos na lei (artigo 13º do Código Penal). Os princípios da mínima intervenção e da subsidiariedade, estabelecem que só assumem dignidade penal aquelas condutas especialmente reprováveis e excepcionais, tendo em conta os bens jurídicos em causa e a necessidade de pena para aquela violação.

Por agora concentrar-nos-emos no dever objectivo de cuidado que se traduz no núcleo essencial do facto negligente. O dever objectivo de cuidado não estando definido legalmente, impossibilita estabelecer a conduta devida de acordo com critérios uniformes e estanques.

Esta é a dificuldade crucial quando se aborda a conduta negligente, existindo Autores que consideram o crime negligente como um *tipo aberto*, pelo que a sua concretização só é possível por via judicial ou doutrinal⁴⁰. É certo que a multiplicidade de condutas que podem assumir um comportamento negligente não são susceptíveis de serem determinadas exaustivamente, porém, reconduzir o tipo negligente a um tipo aberto pode colidir com princípios fundamentais do Direito Penal, como o princípio da tipicidade na sua vertente de legalidade⁴¹.

³⁹ *Idem*, p. 862.

⁴⁰ Assim considerando, MUÑOZ CONDE, Francisco e Mercedes García Arán, *Derecho Penal - Parte General*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 284. Os mesmos Autores justificam o seu entendimento pela impossibilidade fática do legislador descrever todas as condutas negligentes. De facto, entender o facto negligente como um tipo aberto entra-se na contradição evidente, entre o princípio da legalidade e da segurança jurídica que exigem que os tipos legais de crime que descrevam, através de elementos descritivos e normativos, a conduta proibida.

⁴¹ Neste sentido, FARIA, Paula Ribeiro de, *A adequação...*, ob.cit., p. 938. A mesma Autora prossegue, referindo que o “ilícito negligente deixa-se fundar numa *fattispecie* materialmente fechada, porque, embora não se encontrem exaustivamente descritas as hipóteses de valoração do cuidado típicas, sabe-se que devem corresponder sempre a um juízo socialmente relevante de previsibilidade e evitabilidade objectivas”. Porém, pode converter-se em *fattispecie* aberta, na medida em que o juiz deve concretiza-la, não apenas, do ponto de vista da violação da regra técnica, extra-penal, ou dos usos, mas dependente da “valoração global das circunstâncias do caso onde intervém uma multiplicidade de outros

Assim sendo, é fundamental atender à valoração global da conduta, e através de critérios objectivos e atendendo às circunstâncias do caso, estabelecer um parâmetro médio de actuação, que corresponde ao dever de cuidado *legalmente* exigível. É o que nos propomos fazer no ponto seguinte.

3.2.1 Tipo de ilícito negligente. O dever objectivo de cuidado

O critério normativo e regulador para determinar o comportamento negligente é o *dever objectivo de cuidado* que de acordo com critérios de previsibilidade e evitabilidade médios, determina a medida do cuidado exigível. Por isso, o agente cuidadoso e diligente quando actua deve (ou, deveria) prever o perigo de lesão do bem jurídico para, deste modo, evitar, podendo, a produção do resultado lesivo⁴².

Para valorar e concretizar a previsibilidade do perigo, recorre-se, normalmente, à figura do “homem consciente e cuidadoso do sector do tráfico a que pertence o agente, na concreta situação em que se encontrava e contemplando a situação de perigo *ex ante*”. Neste juízo de *cognoscibilidade objectiva do perigo*, considera-se o *especial conhecimento causal do autor*, ou seja, o seu conhecimento acerca do desenvolvimento da situação de perigo.⁴³

O juízo generalizador tem, igualmente, em conta as circunstâncias do caso concreto, de modo a determinar qual o comportamento médio adequado para evitar a lesão de bens jurídicos. Para isso, recorre-se a normas de cuidado “*que servem concreta e especificamente o tipo de ilícito respectivo*”, não se exigindo, porém, “a observância *geral* do cuidado que toda a pessoa deve comportar-se no seu relacionamento interpessoal e comunitário⁴⁴”.

É relevante atender à perigosidade da situação e aos bens jurídicos em causa, de modo a estabelecer a medida de cuidado exigível face ao risco de actuação, realçando-se as medidas de *prudência, controle e supervisão* e os deveres de informação, que abarcam os *conhecimentos e experiência*⁴⁵.

pontos de vista, entre os quais se contam, ou podem contar, os próprios poderes do agente na situação concreta” (*idem*, p. 938 e ss.).

⁴²JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, vol.2º (tradução e adições de Direito espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde), Bosch, Casa Editorial, S.A, Barcelona, pág. 798.

⁴³ Neste sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado...*, ob. cit., p.798.

⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Velhos e novos...”, ob.cit., p. 673.

⁴⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado...*, ob.cit., p. 800.

O dever objectivo de cuidado deve ser concretizado atendendo à valoração global dos factos de modo a estabelecer a tipicidade ou atipicidade da conduta. Assim, é preponderante estabelecer os limites do objectivamente devido, através de juízos que estabeleçam e tracem o limite do suportável na vida em relação e que não se bastam, apenas, com a violação de normas de cuidado ou juízos parcelares de exigibilidade. É necessário tornar subjacente a esta valoração um juízo de adequação social, “quase” constitutivo do tipo negligente e capaz de determinar a ilicitude da conduta causadora do resultado⁴⁶.

Logo, para se estabelecer um juízo de ilicitude do facto negligente, é necessário recorrer, por um lado, a critérios objectivos (na medida em que estabelecem cuidado necessário para a vida em relação) e normativos, que se subdividem num juízo de previsibilidade e evitabilidade médio (se quisermos, o elemento psicológico) e num elemento valorativo, que determina a medida do socialmente adequado.⁴⁷

Nesse juízo global da conduta, inserindo todos os factores, circunstâncias e elementos constitutivos da acção, questiona-se se é possível introduzir critérios individualizadores, tendo em conta as capacidades pessoais do agente, como o conhecimento e aptidões que determinem a *evitabilidade* individual de produção do resultado.

Numa perspectiva estritamente objectivista, o juízo é objectivo, pelo que não entram critérios subjectivos na valoração. A previsibilidade e evitabilidade objectiva do perigo, estabelecido em termos padronizados, determina a infracção da norma de cuidado, sendo todas as considerações subjectivas remetidas para o plano da culpa.

Os defensores da tese da inclusão das capacidades individuais na tipicidade, insurgem-se contra esta posição dizendo que a *evitabilidade* da realização da acção típica tem de ter em conta a capacidade individual do agente, sob pena do facto negligente se transformar num crime de desobediência à norma. O principal argumento centra-se na impossibilidade de definir o “homem diligente e cuidadoso”, através de

⁴⁶ FARIA, Paula Ribeiro de, *A adequação...*, ob.cit., p. 835. A mesma Autora entende que “a relevância típica da conduta negligente estará sempre dependente da valoração global da conduta, que por princípio assume duas funções simultâneas: ocupa o elemento típico, designadamente onde não há critérios fácticos e jurídicos capazes de orientar a sua definição, e decide ao mesmo tempo do preenchimento do tipo, ou seja, da conformidade da conduta ao modelo de ilícito legalmente previsto” (*idem*, p.836).

⁴⁷ Assim se pronunciam Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, embora autonomizem posteriormente autonomizem o dever subjectivo de cuidado que atende à capacidade individual, que não corresponderá à estrutura do facto negligente ora preconizada (MUÑOZ CONDE, Francisco e Mercedes García Arán, *Derecho...*, ob.cit, p.285 e ss).

critérios gerais e abstractos, sem adaptação à realidade mutável do tráfico jurídico (sem concretização através de introdução de poderes individuais). Em consequência, criar-se-ia uma situação injusta no plano material, uma vez que recorrendo ao critério padrão, deixar-se-ia de poder valorar a conduta dos agentes que detêm capacidades superiores à média⁴⁸. Por outro lado, os detentores de capacidades inferiores à média estariam obrigados a cumprir um mandato geral de cuidado, quando não dispõem de capacidade para o fazer.⁴⁹

Esta tese, embora desejável no plano dos valores (na medida que só se pode exigir o que cada um pode prestar), na verdade pode reconduzir a situações injustas, “ao desonerar o destinatário da ordem jurídica que, por ser menos hábil, menos conhecedor ou menos capaz, não se mostra apto a cumprir com as exigências mínimas de cuidado, comprometendo o desempenho de uma função de prevenção geral pela norma e a própria sobrevivência da sociedade”.⁵⁰

O ilícito corresponde à descrição da conduta proibida, em termos gerais e aplicável a todos os receptores da norma, não dependendo da capacidade de cada um. A violação do dever de cuidado deve corresponder a um padrão objectivo de comportamento a que todos devem obedecer. Por outro lado, a dogmática jurídico-penal foi construída tendo em conta a separação do ilícito da culpa. Assim sendo, introduzindo capacidades individuais no juízo de ilicitude conduziria a um esvaziamento do conteúdo da culpa, que se reconduziria a um puro juízo de censura.

Porém, e atendendo à crítica das capacidades superiores à média, que ficariam por valorar na plenitude da objectividade, a doutrina intermédia (ou a teoria objectivista mitigada) aceita a inclusão das capacidades superiores do agente, no juízo de ilicitude da conduta, mas não as capacidades inferiores, que se inserem no plano da culpa, podendo, quando muito, permitir a desculpação do agente.

Em relação às capacidades inferiores, e a sua negação no plano do ilícito, sustenta-se por três argumentos fortes, enunciados por Figueiredo Dias. O primeiro argumento assenta na impossibilidade de aferir, de modo individualizado, aquilo que cada um pode cumprir, o que atentaria contra o corpo normativo que o Direito pretende tutelar. Por

⁴⁸ MIG PUIG, S., *Tratado...*, ob.cit., p. 791.

⁴⁹ Neste ponto, MIR PUIG entende que o “poder de cumprimento é o limite máximo do dever normativo, porque a proibição preventiva da norma não pode motivar a realização de condutas impossíveis”. O mesmo Autor entende, que não há uma ingerência no plano da culpabilidade, uma vez que no plano da culpa entrariam as “condições, sejam pessoais, sejam situacionais, de uma recepção normal da motivação normativa” (*ibidem*).

⁵⁰ Assim se pronunciando FARIA, Paula Ribeiro de, *A adequação...*, ob.cit., p. 925.

outro lado, e do um ponto de vista político criminal, “seria insustentável aceitar um comportamento violador do dever objectivo de cuidado daquele que não se encontre em condições pessoais de o cumprir pudesse ser considerado lícito e contra ele não pudesse ser exercida uma acção defensiva ou não fosse legítimo aplicar-lhe, em caso de perigosidade, uma medida de segurança”. Por último, o conteúdo da culpa, reconduzir-se-ia a um mero juízo de censura violador do princípio da culpa.⁵¹

Já as capacidades e os conhecimentos especiais do autor relevam no ilícito, uma vez que, à semelhança do que acontece na imputação objectiva, “o observador colocado *ex ante* tem de entrar em consideração com os *conhecimentos especiais* do agente”, considerando-se em sede de culpa a “exigibilidade ao agente dotado de especiais capacidades de que, no caso, as tivesse efectivamente usado”.⁵²

O que se pretende, no ilícito negligente, é tão-só estabelecer o limite do objectivamente devido, através de uma valoração global da conduta. Por isso, Paula Ribeiro de Faria aceita o recurso a critérios subjectivos para determinar o cuidado devido quando sirva de critério interpretativo ao parâmetro objectivo (abstracto e generalizador do homem médio). Face à necessidade de delimitar um padrão médio às circunstâncias do caso concreto e a valoração de todas as circunstâncias para firmar o ilícito negligente, entende a Autora, que “os conhecimentos do agente são sempre necessários para saber do cuidado médio exigível naquela situação”, bem como “as aptidões”, e, ainda, o “estado de informação do agente”⁵³. Todos estes parâmetros valorativos, não podem, porém, individualizar a capacidade do agente concreto e servem para delimitar o cuidado médio exigível.

Finda esta caracterização, ainda poderíamos colocar a hipótese se seria possível, ao lado do tipo de ilícito objectivo, afirmar um tipo de ilícito subjectivo, como acontece com os factos dolosos. Neste ponto, a dificuldade reside em estabelecer um nexó psicológico entre o agente e os elementos objectivos do tipo, que como se sabe, inexistente na negligência inconsciente.⁵⁴ Por isso, Paula Ribeiro de Faria entende, de forma peremptória, que a objectividade que o ilícito negligente comporta não permite

⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Velhos e novos...”, ob.cit., p. 682 e ss.

⁵² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Velhos e novos...”, ob.cit., p. 683 e ss.

⁵³ FARIA, Paula Ribeiro de, *A adequação...*, ob.cit., p. 929 e ss.).

⁵⁴ Gössel defende a valoração do tipo subjectivo negligente, pois só assim se alcançaria a construção paralela ao facto doloso. Assim sendo, “a previsão e a previsibilidade individuais” integram o tipo de ilícito subjectivo, pois “o que não se mostrava, pelo menos previsível ao agente, também não podia ter sido evitado” (GÖSSEL, Karl-Heinz, “Velhos e novos caminhos da doutrina da negligência”, (Tradução Almeida Costa), *Separata do vol. LIX (1983) do Boletim da Universidade de Coimbra*, 1985, p. 21 e ss).

autonomizar um tipo subjectivo de ilícito, uma vez que não há qualquer ligação efectiva com a vontade do sujeito, pelo que, “o agente não tem de representar a possibilidade da ocorrência do resultado, nem dirigir a sua vontade à realização, o agente não tem possibilidade de evitar o resultado”⁵⁵. Isto significa que, na negligência inconsciente não intervém qualquer critério subjectivo, mas um parâmetro de exacta previsibilidade média, e na negligência consciente, o conhecimento que o agente tem serve unicamente como padrão de definição do cuidado objectivo que o agente deve ter.

3.2.2 Dever de cuidado médico

Estabelecidos os parâmetros de aferição do dever objectivo de cuidado em termos gerais, é necessário especificar algumas particularidades que surgem no âmbito da responsabilidade penal médica. Por um lado, é preciso aferir o juízo valorativo que preside à violação do dever objectivo de cuidado, uma vez que o critério de *previsibilidade* deve ser estabelecido em termos relativos. Por outro lado, a valoração do dever de cuidado pode diferir, consoante a fase em que o acto médico se encontre. Quer na fase de diagnóstico, quer na fase de tratamento é possível ocorrer um erro médico negligente, embora na primeira fase de contacto com a doença (designadamente no âmbito do diagnóstico) só através de critérios muito estritos seja possível formular um juízo de violação de cuidado.

Ora, como já enunciamos, o dever objectivo de cuidado traduz-se na previsibilidade e evitabilidade objectiva do perigo, igualmente aplicável na actividade médica. Porém, a previsibilidade do risco deve ser relativizada em certos casos, uma vez que, sendo a medicina uma profissão de risco e assente em probabilidades, a cognoscibilidade e previsibilidade do perigo está (quase) sempre presente em todas as intervenções. Assim sendo, é preciso distinguir os riscos típicos (ou previsíveis) e os riscos atípicos (ou imprevisíveis). Estes últimos, nunca fundam a responsabilidade penal do médico, enquanto os riscos típicos poderão fundá-la quando, face à previsibilidade objectiva do perigo, o médico não actuou de modo a evitá-lo. Assim, no âmbito da actividade

⁵⁵ FARIA, Paula Ribeiro de, *A adequação...*, ob.cit., p.898.

curativa, a verdadeira pedra toque da ilicitude reside na gestão de riscos evidentes na intervenção médica.⁵⁶

O juízo padronizado do mandato geral de cuidado estabelece-se com recurso ao médico médio, colocado numa perspectiva *ex ante* e tendo em conta todas as circunstâncias relevantes para estabelecer a medida de cuidado socialmente exigível. Entram neste juízo os conhecimentos especiais do agente e aptidões (a experiência e conhecimento sobre a particular situação), o conhecimento nomológico (sobre o processo causal) e o estado informacional do médico.

O recurso ao médico médio pode ficar comprometido pela forte especialização que se observa no âmbito da medicina. Assim sendo, o juízo padronizado deve estabelecer-se pelo médico da especialidade em causa, como por exemplo “cirurgião médio” ou “anestesiista médio”.

Em relação aos conhecimentos especiais do autor, revelam apenas ao nível do ilícito as capacidades superiores à média, sob pena de introduzir excessivamente critérios subjectivos no juízo de valoração. As capacidades superiores são importantes no âmbito médico, pela possibilidade de existir médicos altamente especializados, com conhecimentos e técnicas distintas, exigindo-se mais do que o mero cumprimento formal da norma de cuidado. Porém, é necessário comprovar que as capacidades especiais do médico na intervenção teriam evitado a produção do resultado lesivo. Por outro lado, exige-se que esses conhecimentos e técnicas, embora não conhecidos pela generalidade dos médicos, tenham base científica e sejam de eficácia atestada.

O recurso às regras do sector é inevitável pois estabelecem um conjunto de regras que determinam o risco permitido da actividade médica. O médico, por um lado, deve observar na sua actividade as regras contidas no Estatuto da Ordem dos Médicos, Estatuto do Médico e no Código Deontológico, que contêm deveres de actuação. Por outro lado, as *leges artis medicinae* formuladas por profissionais médicos são imprescindíveis e determinantes para se estabelecer um *indício* de violação da norma de comportamento contida no tipo legal de crime. Estas determinam, de acordo com o estado actual da medicina, a melhor forma de actuação do médico. Porém, não assumem

⁵⁶ Esta afirmação só é válida para acções e não omissões que se justifica, a maioria das vezes, pela falta de previsibilidade do risco.

carácter *normativo*, nem *vinculativo*, devendo ser conjugadas com a especificidade biológica do doente e com a liberdade procedimental do médico⁵⁷.

O recurso às *leges artis* constitui um (forte) indício de violação do dever de cuidado, mas nunca o último patamar de valoração. O aplicador de direito recorre-se, inevitavelmente, delas para formular o juízo de ilicitude, mas não se pode cingir apenas ao seu conteúdo.

O médico, enquanto garante da saúde, tem um conjunto de deveres fundamentais, que devem ser observados e respeitados. Tem o “dever de preparação e informação antes da execução da intervenção”, de “actualizar os seus conhecimentos”, de “avaliar a sua própria capacidade para realizar correctamente um qualquer tratamento” e o “dever de esclarecimento ou informação terapêutica”⁵⁸.

Este conjunto de deveres constitui o protótipo do médico diligente e cuidadoso, mas têm, inevitavelmente, de ser enquadrados no quadro circunstancial da actuação médica. Assim, o médico que assume a intervenção, não avaliando correctamente a sua capacidade de a realizar, *pode* em abstracto, ser responsabilizado por negligência na assunção ou aceitação.

A negligência por assunção ou aceitação define-se como a “assunção de tarefas ou aceitação de responsabilidades para os quais o agente não está preparado, porque lhe faltam as condições pessoais objectivadas, os conhecimentos ou mesmo o treino necessários ao correcto desempenho de actividades perigosas”, devendo ser afirmada “reportando-se ao momento anterior em que o agente assumiu ou aceitou o desempenho, sabendo todavia, ou sendo-lhe pelo menos cognoscível, que para tanto lhe faltavam os pressupostos anímicos (espirituais) e corporais objectivamente necessários⁵⁹”.

Se num momento de urgência o médico actua, porque não há outro médico disponível, mesmo sabendo que não tem condições anímicas para o fazer, não pode ser responsabilizado por negligência por assunção ou aceitação, entrando a ponderação social da conduta entre os riscos de intervenção ou não intervenção. O mesmo se diga em relação ao dever de preparação e informação antes da execução da intervenção, uma

⁵⁷Sónia Fidalgo reconhecendo o espaço de liberdade da acção médica, entende que “este espaço livre de manobra que se confere ao médico tem fronteiras que devem ser delimitadas por critérios de racionalidade – a chamada “medicina escolar” e o estádio da ciência médica desenvolvem um espaço de contra-controlo, isto é, um papel aferidor daquele espaço livre de manobra” (FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade...*, ob.cit., p. 73).

⁵⁸ FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade...*, ob.cit., p. 76 e ss.

⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Velhos e novos...”, ob.cit., p.675 e ss.

vez que, no caso de urgência ou emergência, o anestesiológico, sem recorrer a exames preliminares, autoriza a realização da cirurgia, porque, o doente apresenta um quadro clínico que exige imediata intervenção, também, em princípio, não pode vir a ser responsabilizado por violação do dever de cuidado médico.

Com isto, quer-se apenas afirmar, que a variabilidade das *leges artis* é tão evidente em relação às circunstâncias, que nunca podem ser valoradas sem estarem inseridas num contexto de actuação. Por isso, há quem entenda, que o juízo de violação de dever de cuidado, deve ser sempre precedido pela formulação de uma *lex artis ad hoc*, introduzindo-se todos os factores de risco que estão presentes naquela específica intervenção⁶⁰.

A pluralidade de riscos patentes na intervenção médica e a própria natureza imprecisa da ciência médica impedem que o juiz consiga descortinar, individualmente, se estamos perante um comportamento negligente, ou se a lesão se reconduz a um acidente ou azar, decorrentes dos erros próprios da actividade médica.

Assim sendo, a prova pericial assume particular importância no âmbito da negligência médica e determinante para concretizar a violação do dever de cuidado. Os relatórios disponibilizados pelo Instituto Nacional de Medicina Legal e os pareceres dos Colégios da Especialidade da Ordem dos Médicos são essenciais na determinação da *causa* do resultado e na violação dos deveres de cuidado. Porém, não habilitam uma reconstrução total do facto que permita, para além da dúvida razoável, uma condenação justa do médico arguido com fundamento em violação de dever de cuidado.

Então, o recurso ao perito, como auxiliar do juiz, é essencial, colocando-se aquele na posição do médico e considerando o conjunto circunstancial de actuação, atendendo, por exemplo, aos conhecimentos especiais do autor, ao contexto da intervenção (como complexidade ou meios disponíveis), aos factores endógenos e pluralidade de intervenientes. Com base nesses factores emite um juízo de prognose póstuma, que equivale ao juízo de violação de dever de cuidado.⁶¹

⁶⁰ No sentido do texto, CARVALHO, Tomé de, “Descrição e prova nos crimes por negligência. Especificidades no domínio da negligência médica”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº1, 1º Semestre, 2009.

⁶¹ O juízo técnico-científico presume-se subtraído à livre apreciação do julgador, conforme resulta do artigo 163º do Código Processo Penal. Porém, o juiz pode sempre fundamentar a discordância do juízo científico, sendo jurisprudência unânime, o percurso de quatro etapas para a aceitação do juízo científico: “saber se existe perícia reconhecida e se estão cumpridos os requisitos formais atinentes às notificações e exercício possível do contraditório (possibilidade de indicação de consultores técnicos); saber se o parecer assenta em factos e dados suficientes e judicialmente aceites; se foram utilizados princípios e métodos (científicos ou técnicos) de confiança; se esses princípios e métodos foram devidamente aplicados aos

A necessidade do juiz em recorrer ao perito, uma vez que, não tem conhecimentos técnico-científicos médicos, nem experiência do funcionamento estrutural de um hospital, é fundamental, pois correspondente a um juízo técnico global e casuístico das circunstâncias. Porém, a afirmação da violação de dever de cuidado dependerá sempre do juízo conclusivo do juiz, variável caso a caso.⁶²

A contextualização e a circunstancialidade do acto médico são fundamentais à valoração global da conduta médica, não sendo, igualmente, indiferente o momento em que é praticado (diagnóstico ou terapêutico).

Na fase de diagnóstico, o médico é confrontado com um conjunto de sintomatologia que deve associar a uma patologia e prever a presença de um perigo para a saúde e adequar o tratamento mais idóneo, de modo a evitar o resultado.

O médico, nas palavras de Lobo Antunes, nesta fase, “usa essencialmente uma metodologia hipotético-dedutiva, que consiste num processo lógico sequencial, que começa na colheita de dados históricos (anamnese) e da história pessoal, familiar e social e é seguida pelo exame físico do doente. É então formulada uma primeira hipótese de diagnóstico, cuja confirmação ou negação depende dos dados fornecidos pela medição de parâmetros químicos, fisiológicos ou outros pelo recurso a técnicas de imagem⁶³”.

O erro de diagnóstico pode existir de facto e com ele podem concorrer inúmeras causas como “deficiências dos conhecimentos médicos, na ausência de meios complementares de diagnóstico ou em particularidades ao caso clínico (escassez de sintomas, dificuldade de interpretação do quadro clínico e não cooperação ou simulação do doente relativamente a sintomas)⁶⁴”. Ora, na formulação do dever objectivo de cuidado dever-se-á atender à valoração do médico face à sintomatologia (comparativamente com a valoração do médico médio), às *leges artis*, à concorrência de sintomas que indique, estatisticamente e com toda a probabilidade, o tratamento daquela doença, à comunicabilidade e clareza de diálogo que se estabeleceu entre o médico e o doente (em suma, o modo como o doente transmitiu os sintomas) e, por último, o contexto estrutural em que se produziu o diagnóstico (urgências ou consultório médico).

factos do caso a ser julgado”. Por todos, *vide* Acórdão da Relação de Évora, 21 de Outubro de 2010, in *www.dgsi.pt*, 2010

⁶² Neste sentido pronuncia Paula Ribeiro de Faria quando afirma a necessidade de actualização do dever de cuidado a cada caso concreto (FARIA, Paula Ribeiro de, “Erro...”, *ob.cit.*, p.17).

⁶³ LOBO ANTUNES, António, “A profissão...”, *ob.cit.*, p.82.

⁶⁴ PINA, Esperança, *A responsabilidade dos médicos*, (3^o edição revista, actualizada e ampliada), Lidel, 2003, p. 69 e ss.

Paralelamente, o médico tem, igualmente, de prever a evolução da doença, através de um juízo antecipado de adequação terapêutica, que se denomina de prognóstico médico. Porém, tendo em conta o conjunto de factores que concorrem nessa fase, decorrente de diversas causas, não se configura criterioso exigir ao médico um juízo inabalável da evolução da doença, que se apresenta, frequentemente como imperceptível.

Assim sendo, na fase do diagnóstico só se pode exigir ao médico que efectue as comprovações médicas necessárias, para evitar ou reduzir eventuais resultados lesivos que possam ocorrer, pelo que a responsabilidade penal médica assumirá carácter excepcional e nunca baseada, apenas, na falha valorativa médica, existindo nesta fase uma ampliação do risco permitido. Por outro lado, é necessário ainda provar que o diagnóstico médico correcto evitaria (com toda a probabilidade) o resultado produzido.⁶⁵

Uma vez diagnosticada a doença, prossegue-se para a fase de tratamento. Nestes casos, a margem de indeterminação médica é mais restrita, uma vez que, já ultrapassamos o erro valorativo próprio da fase de diagnóstico e entramos no erro de execução.

Na fase de tratamento, aplica-se sem especificidades todos os critérios de violação de dever de cuidado. Porém, é necessário frisar que na fase de tratamento, poderem concorrer inúmeros médicos actuantes, introduzindo-se, deste modo, o princípio da confiança no juízo de ilicitude. Embora, o princípio da confiança não seja exclusivo desta fase (podendo verificar-se igualmente na fase de diagnóstico) é no tratamento que ocorre com mais frequência a sua invocação.

3.2.2.1 O Princípio da confiança

A medicina moderna desempenha-se pela actuação de inúmeros profissionais de saúde, numa relação de interdisciplinaridade e divisão de competências. Esta realidade está patente na medicina moderna, o que pode traduzir na responsabilidade em equipa.

Para aferir a responsabilidade em equipa é necessário, por um lado, distinguir a chamada relação vertical e a relação horizontal que se estabelece entre os profissionais

⁶⁵ Neste sentido ter-se-á pronunciado o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 05 de Março de 2004 (www.dgsi.pt).

de saúde. A primeira está patente um vínculo de superioridade ou subordinação dentro de uma relação hierárquica enquanto a relação horizontal, traduz-se na prestação de cuidados de saúde, sucessivamente, por diferentes profissionais de saúde, onde não se estabelece nenhum vínculo de supervisão.

O princípio da confiança tem relevante papel nas condutas negligentes em geral, e no trabalho médico em equipa, em particular. A constatação que podem cooperar no tratamento multiplicidade de profissionais de saúde, o princípio da confiança surge como “princípio delimitador de responsabilidades”⁶⁶. De acordo com este princípio, “na interacção com outros, cada sujeito deve poder confiar que os demais se comportem de acordo com a norma de cuidado, salvo se tiver razão *concretamente* fundada para pensar ou deve pensar de outro modo”⁶⁷.

Existindo razões sérias e ponderosas de violação da norma de cuidado, o princípio da confiança não tem aplicabilidade e não exime a responsabilidade penal de quem tem a possibilidade de prever o risco e evitar o resultado. Por outro lado, não pode ser invocado por quem violou os deveres de cuidado, devendo, neste caso, resolver-se de acordo com a teoria de imputação objectiva e a ponderação de riscos criados por cada um interveniente.

O princípio da confiança não pode ser dissociado do princípio de divisão de tarefas, que delimita o âmbito de competências de cada profissional de saúde, diferindo consoante a relação seja vertical ou horizontal.

No âmbito da relação vertical, vigora a princípio da confiança, mas em termos limitados, uma vez que existe uma relação hierárquica subjacente. Sónia Fidalgo, seguindo a doutrina maioritária, entende que nestes casos existem deveres de cuidado secundários (como deveres de escolha, informação, vigilância e certificação da qualidade técnica e pessoal), que limita a princípio da confiança do superior hierárquico em relação aos seus subordinados.⁶⁸

No âmbito das relações horizontais, e em consequência da paridade em que se encontram os médicos actuantes (por exemplo, cirurgião e anestesista), a única

⁶⁶ FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade...*, ob.cit., p. 111.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade...*, ob.cit, p. 156 e ss.

limitação que poderá ocorrer, centra-se quando haja uma violação notória de deveres de cuidado pela parte do médico.⁶⁹

Quando o princípio da confiança não se aplicar (ou tiver aplicação mais restrita) poderá ocorrer autoria paralela, significando que, quando se verifique uma cumulação de perigos produzidos pelos vários intervenientes e, deste modo, influenciem o processo causal, existirá responsabilidade de todos os médicos actuantes.

3.2.3 O resultado. Imputação objectiva do resultado à acção

Verificado o desvalor da acção da conduta negligente, é fundamental para o preenchimento global do ilícito a produção do resultado típico, ou seja a verificação do desvalor do resultado. Embora existindo violação do cuidado devido, a inobservância do resultado, exime a responsabilidade penal do médico.⁷⁰

O desvalor de resultado, nas palavras de Jescheck, traduz-se na “produção, causação e previsibilidade de resultado”⁷¹.

Existem, porém, situações em que subsiste a previsibilidade do resultado desfavorável, mas é o único modo de salvar a vida do doente. Como refere Romeo Casabona “este é o único meio para conservar ou devolver a vida ou a saúde ao doente, ou seja, o médico actua para proteger o bem jurídico e se se abster de intervir é seguro que o resultado letal se produza, sendo isso, precisamente que o médico quer evitar”⁷². Nestes casos é necessário ponderar os riscos e benefícios da intervenção, atendendo ao valor social da actividade e a necessidade da sua intervenção em concreto.”⁷³

Por outro lado, a previsibilidade do resultado, de acordo com curso causal dos seus elementos essenciais, pode suscitar dúvidas em relação à negligência inconsciente, uma

⁶⁹ Assim se pronunciou o Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Junho de 2009, in *www.dgsi.pt*, 2009, no âmbito das relações horizontais: “no caso de um eventual abandono de compressa no campo operatório, o cirurgião só poderá ser responsabilizado se existirem indícios suficientes de que não foi feita a conferência das gazes pelo elemento da equipa responsável por essa tarefa”.

⁷⁰ O desvalor da acção e o desvalor do resultado devem ser entendidos como unidade constitutiva do ilícito, e não como uma condição objectiva de punibilidade como defendem alguns partidários da doutrina do finalismo. Neste sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado...*, ob.cit., p. 803. Assim sendo, não basta o acontecimento fortuito do resultado para o facto negligente assumir relevância penal, mas um desvalor da acção, assente na violação objectiva de cuidado.

⁷¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado...*, ob.cit., p. 802 e ss.

⁷² *Apud* MARTÍN, M^a Ángeles Rueda, “La concreción del deber objectivo de cuidado em el desarrollo de la actividade médico-quirúrgica curativa”, in *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (*www.indret.com*) Barcelona, Octubre de 2009, p. 13.

⁷³ *Idem*, p. 15.

vez que inexistia uma previsibilidade de perigo. Nestes casos, a previsibilidade do resultado é estabelecido de acordo com critérios médios.⁷⁴

Como vimos, nem todos os resultados produzidos são tipicamente relevantes, devendo-se introduzir critérios de imputação objectiva para afirmar com razoável probabilidade, que o agente criou ou incrementou um perigo juridicamente desaprovado, evitável se tivesse empreendido o cuidado devido.

Este juízo é paralelo aquele que foi introduzido para valorar a violação do cuidado devido, pelo que Roxin entende ser *desnecessário* recorrer a critérios de previsibilidade e evitabilidade, pelo que tudo dependerá se o agente criou ou potenciou um risco proibido e com isso produziu um resultado.⁷⁵

A recondução da ilicitude a um problema de causalidade, não é seguida pela doutrina portuguesa, que delimita expressamente a violação do dever objectivo de cuidado, como problema de tipicidade, e como tal, valorado ao nível do ilícito, de forma global. Assim, é necessário valorar autonomamente a violação de cuidado, integrante do ilícito e a imputação objectiva, como forma de causalidade.

Nos crimes negligentes, verificada a violação do cuidado devido, deve-se estabelecer, num primeiro momento, uma relação de causalidade, de modo a imputar, em termos, puramente causais, o resultado produzido à conduta indevida. Isto significa, que num juízo de prognose póstuma, reportado ao momento do facto e de acordo com as regras normalizadas da experiência, a acção praticada com violação de dever de cuidado é causa do resultado.

No nexos de imputação objectiva, deverão ser inseridos critérios correctores, de modo a negar-se a imputação do resultado à acção, quando, existam outras fontes de criação ou potenciação de riscos, ou quando se verifique a não criação (ou diminuição) de um risco não permitido. São eles: o comportamento lícito alternativo, o fim de protecção da norma de cuidado, a diminuição do risco e comportamento da vítima.

⁷⁴ *Idem*, p. 807.

⁷⁵ ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General - Fundamentos, la estructura de la teoria del delito*, (2ª edição), Tomo I, (tradução e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal), Civitas, 1997, p. 999.

3.2.4 A culpa

No último patamar de valoração encontra-se a culpa, que através de um juízo de imputação subjectiva, dita a censurabilidade da conduta. A culpa é um dos mais importantes elementos da doutrina penal, assumindo uma posição central na dogmática jurídico-penal. Como decorre do brocardo latino *nullum crimen sine culpa*, o princípio da culpa é estruturante de toda a responsabilidade penal e limite de intervenção estadual.

O conteúdo da culpa é “dado pela *censurabilidade da acção ilícita-típica* em função da atitude interna juridicamente desaprovada que naquela se expressa e fundamenta”⁷⁶. Sendo um juízo ético valorativo, a culpa representa uma “atitude de descuido ou leviandade perante o Direito e as suas normas”⁷⁷.

A culpa negligente é composta pela previsibilidade e evitabilidade subjectiva do perigo. A previsibilidade subjectiva do perigo significa “a possibilidade do agente, segundo as suas capacidades individuais e circunstâncias concretas em que a acção é praticada, ter previsto os perigos ou riscos da sua conduta. Ao passo que a evitabilidade subjectiva é a “possibilidade de agente ter cumprido o dever objectivo de cuidado”, de acordo com os conhecimentos, domínio da técnica e destreza.⁷⁸

De acordo com a concepção material de culpa preconizada por Figueiredo Dias, o que está em causa, não aferir o concreto poder de actuar de outro modo. Do que se trata “é apenas a conclusão, de que, de acordo com a experiência, os *outros, agindo em condições e sob pressupostos fundamentalmente iguais àqueles que presidiram à conduta do agente*, teriam *previsto* a possibilidade de realização do tipo de ilícito e tê-la-iam *evitado*”. Desta forma, o juízo que preside, “não é o do tipo “médio”, mas o *tipo de homem da espécie e com as qualidades e capacidades do agente*”⁷⁹.

Assim sendo, as capacidades pessoais do agente revelam na medida em que a previsibilidade do perigo e a sua evitabilidade se apresentem como *pessoalmente cognoscível e pessoalmente evitável*.⁸⁰

Por isso, de acordo com Jescheck, são várias as circunstâncias que não podem reprovar-se ao agente: “os defeitos corporais, a falta de inteligência, as lacunas de conhecimento e experiência, a perda de faculdades em razão da idade, assim como

⁷⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal*, ob.cit, p. 896.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal...*, ob.cit, p. 531

⁷⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Velhos e novos...”, ob.cit., p. 689.

⁸⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal...*, ob.cit., p. 898.

especiais dificuldades situacionais para as quais não estaria preparado.”⁸¹ Nestes casos, há uma “impossibilidade pessoal de perceber ou cumprir o dever de cuidado”.⁸²

Também, decorrente desta ideia, se estabelece, que no caso de culpa por assunção ou aceitação, é essencial a possibilidade de o agente reconhecer que não possui as condições essenciais para desempenhar a tarefa.⁸³

Questão diversa, mas relacionada, é saber se a incapacidade individual corresponde a uma causa geral de exclusão da culpa. Nesse sentido se pronuncia Roxin que entende para “responder penalmente pelo delito imprudente, o sujeito não só ter realizado o perigo não permitido que se encontre no âmbito de protecção da norma; mas também, a criação do perigo não permitido e o nexó ou conexão com o fim de protecção da norma, devem ter sido previsíveis subjectivamente por ele o resultado evitável para ele”⁸⁴. O mesmo Autor entende que esta *individualização* comporta limites como será o caso de defeitos de carácter. Assim, a capacidade subjectiva de advertir ou evitar o resultado dependerá da análise da “inteligência, a formação e os conhecimentos empíricos, assim como o sexo, a idade e todas as demais condições físicas do agente”, e, também, por exemplo, “o seu esgotamento ou excitação pessoal no momento do facto”.

Não se pode considerar a incapacidade subjectiva como causa de exclusão da culpa, uma vez que a sua delimitação estabelece-se com recurso a critérios de *previsibilidade e evitabilidade* subjectiva do perigo, estabelecida em termos médios. Ora, em relação às capacidades inferiores à média, quando estabelecemos um juízo comparativo com *tipo de homem da espécie e com as qualidades e capacidades do agente*, não é líquido excluir a culpabilidade por si só. Isto, porque, aquele tipo de homem, como as mesmas capacidades poderia ter pessoalmente previsto e evitado o resultado.

Por último, é necessário existir previsibilidade subjectiva do resultado, de modo a estabelecer-se um nexó de imputação subjectiva, pelo conhecimento do processo causal.

A valoração da culpa é essencial para obstar à responsabilidade pelo risco, como ocorre no âmbito do direito civil e inexistente no Direito Penal. Porém, a jurisprudência portuguesa analisada no âmbito de estudo, acentuando a delimitação do dever objectivo de cuidado e a observância do resultado típico, não valora, autonomamente a culpa, aproximando-a excessivamente da concepção psicológica estabelecida em Direito Civil.

⁸¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado...*, ob.cit., p. 819.

⁸² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal...*, ob.cit., p. 900.

⁸³ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal...*, ob.cit., p. 901.

⁸⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, ob.cit., p. 1037.

O mais espantoso será, porventura, a determinação da medida concreta da pena, de acordo com as necessidades preventivas, tendo por base uma valoração implícita da culpa e violando o princípio estrutural de toda a dogmática penal⁸⁵.

3.3 A NEGLIGÊNCIA GROSSEIRA

O Código Penal português menciona e distingue negligência simples da negligência grosseira. Porém, enquanto a negligência simples está definida, no artigo 15º, a negligência grosseira surge mencionada em artigos dispersos na Parte Especial, sem apresentar qualquer conteúdo definitório (cf. 137º, nº2).

Pela omissão definitória legislativa discute-se se a valoração da negligência grosseira incide apenas no tipo de ilícito (um desvalor mais grave na violação dos deveres de cuidado), no tipo de culpa (atendendo a uma culpa qualificada), ou reflecte-se, simultaneamente no tipo de ilícito e no tipo de culpa do facto negligente.

Na doutrina portuguesa, parece ser consensual, no sentido de considerar a negligência grosseira como uma violação mais intensa dos deveres de cuidado (tipo de ilícito) e uma “atitude *particularmente censurável de leviandade ou descuido* perante o comando jurídico-penal (tipo de culpa).”⁸⁶

Faria da Costa, entende, porém, que a ponto fulcral da negligência grosseira reside na ilicitude da conduta ou no conceito “cuidado de perigo”. Para o Autor estamos perante negligência grosseira sempre que, “por força de um alto e inqualificável teor de imprevisão, ou por força de uma profunda ausência de cuidado elementar, forem desrespeitadas as mais evidentes regras de cuidado de perigo para o ‘outro.’”⁸⁷

A questão da negligência grosseira tem particular interesse no acto médico e vislumbra-se a possibilidade de restringir a punibilidade dos médicos aos casos em que

⁸⁵ A este respeito leia-se Sentença Tribunal Judicial de Viseu, Acórdão 5 de Fevereiro 2005, publicada in *www.verbojuridico.pt*, 2007, onde a única referência à culpa extrai-se do seguinte fragmento “(...)sem esquecer que a culpa faz já parte do tipo de crime, entendemos adequado fixar ao arguido uma pena de 1 (um) ano de prisão, sendo certo que tal pena não ultrapassa a culpa do arguido (artigo 40.º/2 do Código Penal)”.

⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal...*, ob.cit., p. 903.

⁸⁷ FARIA COSTA, José de, *Direito Penal Especial - Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra Editora, 2004, p. 94. O mesmo Autor entende que num momento posterior se valore a culpa agravada, mas, “não constitui esta, porém, o *prius* mas apenas, em certa acepção, o *posterius*” (*ibidem*).

se verifique uma violação particularmente grave dos deveres mais elementares de cuidado⁸⁸.

Sendo o erro profissional de difícil delimitação, podendo estar presentes na sua configuração inúmeros factores, que tornam obscura a delimitação do erro juridicamente relevante (em confronto com o acidente ou azar), e enquadrando a medicina na sua função social, é passível de ser questionado a existência de outros ramos de Direito capazes de assegurar a efectividade dos bens jurídicos em causa

A responsabilidade civil estabelece mecanismos ressarcitórios, que não correspondendo a uma função punitiva, visa restabelecer, igualmente, a ordem social com a reparação de danos (patrimoniais e não patrimoniais).

A natureza jurídica da responsabilidade civil por actos praticados em hospitais públicos é extracontratual, na medida em que entre o utente e o hospital não se celebra nenhum contrato de prestação de serviços médicos. Sendo um acto de gestão pública o regime aplicável será o Decreto-Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, que estabelece o Regime de Responsabilidade Extracontratual do Estado e das demais entidades públicos.

No diploma em apreço estabelece-se, por um lado a responsabilidade subjectiva, baseada na culpa do médico (artigos 8º e 10º), e, por outro lado, a responsabilidade objectiva, baseada nos riscos das próprias actividades perigosas.

O artigo 11º que estabelece a imputação pelo risco, cujo fundamento reside na assunção de perigos, independentemente da culpa, de certas actividades que possam provocar danos. Esta forma de perspectivar a reparação de danos, assume-se excepcional, mas pode ter campo de aplicação fértil na actividade médica.

A questão que se coloca é se o Estado deve ser o assegurado exclusivo do risco, ou, deve existir um sistema de transferência de risco para outras entidades, que através de certos parâmetros e pressupostos assegurem a indemnização, mas com possibilidade de direito de regresso, em caso de culpa (como, por exemplo, companhias de seguro).

A dificuldade de descortinar a responsabilidade pelo acaso ou pelo resultado desvalioso juridicamente relevante, o aumento da conflitualidade e de custos aos

⁸⁸ Atento ao princípio da legalidade, é impossível uma agravção da pena, mas não impede a valoração dentro da moldura penal aplicada. Neste sentido, FARIA COSTA, José de, *Direito Penal...*, ob.cit., p. 96. O mesmo Autor concluiu que “constituindo a negligência grosseira essa forma qualificada de negligência, ela possuirá, ainda que não prevista na PG [parte geral], uma espécie de “generalidade” que legitima a sua existência *de facto* em domínios outros que não expressamente regulados (*ibidem*).

processos inerentes levaram certos países a desenvolver um sistema de socialização de risco, de base administrativa, que assentou numa cooperação entre Estados e companhias de seguro para a criação de um fundo para reparar a totalidade de prejuízos, à margem dos pressupostos da responsabilidade civil.

Esta forma de perspectivar a responsabilidade médica é patente modelo social nórdico e está a ser seguida por outros países como os Estados Unidos da América, não se inviabilizando as sanções disciplinares que os médicos estão sujeitos.

No caso português, ainda não existe um sistema de socialização do risco, existindo um número insignificante de seguros médicos, em ambiente hospitalar⁸⁹. Porém, abandonando um sistema de culpabilização que só prejudica o desenvolvimento da actividade médica e assumindo-se a socialização do risco (de base administrativa), em concordância com a responsabilidade disciplinar efectiva, promovida pela Ordem dos Médicos, por violação dos deveres éticos de actuação, o médico só deveria estar sobre a alçada do Direito Penal, quando ocorresse uma violação grosseira dos deveres de cuidado.⁹⁰

Este tratamento diferenciado do médico em relação a outras actividades profissionais, sob pena de violar-se o princípio da igualdade, é aceite pelo legislador penal quando construiu o regime do artigo 150º, que estabelece a atipicidade do acto médico e, no âmbito das ofensas à integridade física, quando no artigo 148º, nº2, alínea a) estabeleceu um caso de dispensa de pena, quando as ofensas corporais não tenham como efeito doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias.⁹¹

Por outro lado, é nossa convicção que não existe sensibilidade social, nem jurídica, para filtrar os casos reconduzíveis à negligência individual de médico. Em termos sociais, por um lado, não existe uma vontade efectiva de diferenciar erro honesto do erro negligente. Por outro lado, está fortemente enraizada a ideia da protecção recíproca entre médicos que impede a produção de prova e a sua condenação. Assim, a imagem social, aquando a absolvição do médico, sustenta-se pela intervenção corporativista e impeditiva dos ditames de justiça. Porém, tal não corresponde à verdade. A tentativa

⁸⁹ Processo nº 44/2010-INS.

⁹⁰ Fenómeno verificado em outros países, como nota FARIA, Paula Ribeiro de, “Erro...”, ob.cit.,p.12.

⁹¹ Paula Ribeiro de Faria entende que este tratamento privilegiado se traduz numa “certa tolerância, ou se quisermos benevolência, para com os “perigos legais” do exercício da actividade médica na medida em que se supõe que o agente seja “médico no exercício da sua profissão” (FARIA, Paula Ribeiro de, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, artigo 148º, § 28).

acentuada dos profissionais de saúde identificarem e combaterem os erros profissionais é uma realidade. A criação de base de dados com artigos científicos, a monitorização do erro, a abordagem médica cada vez mais usual no espaço público para discussão de erros clínicos são exemplos que evidenciam essa realidade⁹².

Em termos jurídicos também existem fragilidades. No âmbito de inquérito, com a recolha de prova, o Ministério Público e os Órgãos de Policia Criminais, não têm conhecimentos técnico-científicos, para sustentar uma acusação com base na violação de dever de cuidado. Embora seja usual o recurso a técnicos peritos que enformam a existência de indícios para a prática do crime, só em audiência de julgamento é que se forma a verdadeira convicção, reconduzindo, na maior parte das vezes à absolvição do médico. Por outro lado, a valoração de prova em audiência de julgamento também apresenta fragilidades, com o recurso excessivo às *leges artis* e a fundamentação da violação do dever de cuidado nas mesmas.

Com esta limitação intervencionista do Direito Penal, combate ao erro médico seria mais eficaz, uma vez que existiria a possibilidade dos médicos assumirem mais facilmente as práticas erradas (e, conseqüentemente melhorar a prevenção de erro) e não se fomentaria uma cultura de perseguição constante a uma actividade que o próprio risco é pressuposto de eficácia e progresso.

Assim sendo, e transpondo Paula Ribeiro de Faria, “parece-nos mais consentâneo até com o regime de favor legal de que a actividade médica beneficia no nosso Código Penal, que o Direito Penal apenas faça punir o médico nos casos de violação grave e particularmente censurável dos seus deveres, dando continuidade ao esforço legislativo no sentido de adequar a regulamentação deste ramo de direito a este sector profissional”⁹³.

Esta constatação, embora não evidente, já se reflecte na jurisprudência portuguesa, atendendo ao avultado número de acórdãos referentes à responsabilidade civil médica em comparação com os casos de negligência penal. Por outro lado, os casos analisados nos acórdãos representam, na maioria dos casos, erros grosseiros, como a administração de medicamentos errados face a determinada patologia ou a falta de vigilância do anestesiológista dos sinais vitais.

⁹² Actualmente, grande parte dos hospitais públicos já possuem sistemas de prevenção do erro médico e em Junho de 2011 será lançado, pela Direcção-Geral de Saúde (DGS) um sistema de notificações de eventos adversos.

⁹³ FÁRIA, Paula Ribeiro de, “Erro...”, ob.cit., p. 31 e ss.

CONCLUSÕES

Neste momento, depois de tudo o que foi exposto, cumpre elaborar as principais conclusões que alcançamos com o presente estudo. Porém, existe o sentimento que, apesar de todo o esforço, a matéria sobre a punibilidade médica é muito mais abrangente, ficando o trabalho abaixo do desejado.

1. O legislador português, reconhecendo a função social da medicina, estabeleceu um regime diferenciado no âmbito das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.
2. Embora exista uma ampliação do risco permitido na actividade médica, não vigora o princípio da irresponsabilidade por erro médico. O médico será penalmente responsável quando se verifique o resultado morte ou ofensas à integridade física, derivado da violação do dever de cuidado.
3. A ilicitude da conduta deve ser concretizada através de critérios de previsibilidade e evitabilidade médios, atendendo a todos os factores e circunstâncias relevantes.
4. Só assim é possível delimitar o erro juridicamente relevante dos resultados adversos que constituem acidentes ou azares e que não se confundem com comportamento negligente.
5. Quando exista um desvalor mais grave na violação de deveres de cuidado, atendendo, igualmente, a uma culpa qualificada, o médico poderá ser responsável jurídico-penalmente por negligência grosseira. Atendendo ao regime estabelecido pelo ordenamento jurídico português, é possível restringir a punibilidade médica a estes casos. Enquadrada a actividade médica na sua função social, e considerando que o erro médico será eficazmente combatido prescindindo-se de uma cultura de culpabilização, reconduzir a punibilidade dos médicos quando haja violação grosseira dos seus deveres de cuidado (acompanhada de uma censurabilidade acrescida), coaduna-se com a finalidade de Direito Penal como de *ultima ratio*.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, artigo 150º.

ANTUNES, António Lobo, “A profissão de médico”, *Análise Social XXXVIII*, nº 166, (Primavera), 2003, pp. 77 e ss.

—, “Umana cosa è”, in *Revista Portuguesa Clinica Geral*, Vol. 20, nº6, Novembro-Dezembro 2004, pp. 739 e ss.

BRITO, Teresa Quintela de, “Os crimes contra a integridade física” in *Direito Penal - Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, (2ª Edição), Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Tomé de, “Descrição e prova nos crimes por negligência. Especificidades no domínio da negligência médica”, in *Revista do CEJ*, nº1, 1º Semestre, 2009.

CONDE, Francisco Muñoz, e Mercedes García Arán, *Derecho Penal - Parte General*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial - Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra Editora, 2004

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhos e novos problemas da doutrina da negligência do Direito Penal, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, 1º Edição, 2002.

—, *Direito Penal - Parte Geral – Questões Fundamentais da doutrina geral do crime*, (2º Edição), Tomo I, Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo, e Sinde Monteiro, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *BMJ*, 332, 1984, pp. 22 e ss.

ESER, Albin, “Perspectivas do Direito (Penal) da Medicina”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, Janeiro-Junho de 2004.

FARIA, Paula Ribeiro de, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, artigo 148º.

—, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal - Ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2005.

—, “Erro em Medicina e o Direito Penal”, in *Lex Medicinæ*, Coimbra, Abril 2011.

FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Coimbra Editora, 2008.

FRAGATA, José e Luís Martins, *O erro em medicina. Perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*, Almedina, 2004.

GÓMEZ, Luis Martínez-Calcerrada y, (Org.), *Relaciones entre la Medicina y el Derecho - Binomio interdisciplinar*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 2008.

GÖSSEL, Karl-Heinz, “Velhos e novos caminhos da doutrina da negligência”, (Tradução Almeida Costa), *Separata do vol. LIX (1983) do Boletim da Universidade de Coimbra*, 1985.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, vol.2º (tradução e adições de Direito espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde), Bosch, Casa Editorial, S.A, Barcelona.

MARTÍN, M^a Ángeles Rueda, “La concreción del deber objetivo de cuidado em el desarrollo de la actividade médico-quirúrgica curativa”, in *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com) Barcelona, Outubro 2009.

PINA, Esperança, *A responsabilidade dos médicos*, (3ª edição revista, actualizada e ampliada), Lidel, 2003.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General - Fundamentos, la estructura de la teoria del delito*”, (2ª Edição), Tomo I, (tradução e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal), Civitas, 1997.

JURISPRUDÊNCIA

Sentença Tribunal Judicial de Viseu, Acórdão 5 de Fevereiro 2005, publicada in *www.verbojuridico.pt*, 2007.

Acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Maio de 2008, in *www.verbojuridico.pt*, 2008.

Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Junho de 2009, in *www.dgsi.pt*, 2009.

Acórdão da Relação de Évora, 21 de Outubro de 2010, in *www.dgsi.pt*, 2010.

ESTUDOS GOVERNAMENTAIS

Processo nº 44/2010-INS, Inspeção Geral das Actividades de Saúde, “Inspeção sobre a monitorização do erro médico e acções judiciais com pedido de indemnização por deficiente assistência médica (follow up)”, 2010