



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício Da Medicina Em Equipa

Alcina de Fátima Jacinto Faneca

Faculdade de Direito – Escola do Porto

2017



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa

**Dissertação apresentada à Escola de Direito do Porto da Faculdade de Direito da
Universidade Católica Portuguesa, para cumprimento dos requisitos necessários à
obtenção do grau de mestre em Direito sob orientação científica da Senhora
Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria**

- Mestrado em Direito Criminal -

Alcina de Fátima Jacinto Faneca

Faculdade de Direito – Escola do Porto

Maió, 2017

*Aos meus Pais, pelo carinho, amor, paciência, dedicação e coragem
para eu atingir os meus objetivos*

*À minha falecida tia Vera, que enquanto esteve presente sempre se
orgulhou muito de mim e me deu força para seguir os meus sonhos*

A toda a minha família, pelo apoio, carinho e compreensão

*Aos meus irmãos, Ana, Teresa e António, pela paciência, afeto e
incentivo sem eles nada disto seria possível*

*Aos meus primos André e Acácio, pelo amor e pela força que sempre
me deram*

Ao André, pelo carinho, apoio e por sempre ter acreditado em mim

*Aos amigos que estiveram presentes, e me deram uma palavra de força
sempre que tudo parecia mais difícil*

*A Professora Doutora Paula Faria, por ter aceite ser minha
orientadora, pelos conselhos, apoio e disponibilidade, um muito obrigado*

Obrigada a todos

"A arte é longa, a vida breve, a ocasião fugitiva, a experiência falaz, o juízo dificultoso. Não basta que o médico faça por sua vez quanto deve fazer, se por outro lado não coincidem ao mesmo objeto, os assistentes e as circunstâncias exteriores restantes."

Hipócrates

RESUMO	7
SIGLAS E ABREVIATURAS	9
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO DA MEDICINA E RESPONSABILIDADE JURÍDICA	11
1.2 ANÁLISE DO ERRO EM MEDICINA	12
CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE POR NEGLIGÊNCIA NO EXERCÍCIO DA MEDICINA – REGIME DO ART. 150º CP	15
1.2 DEVER DE CUIDADO NO EXERCÍCIO DA MEDICINA	19
1.4 - IMPUTAÇÃO DO RESULTADO À VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO – RISCO PERMITIDO	23
CAPÍTULO III- RESPONSABILIDADE POR NEGLIGÊNCIA NO EXERCÍCIO DA MEDICINA EM EQUIPA	25
1.1 PRINCÍPIO DA DIVISÃO DO TRABALHO	26
1.2 DIVISÃO DE TRABALHO HORIZONTAL	27
1.3 DIVISÃO DE TRABALHO VERTICAL	28
2. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA – ORIGEM E FUNÇÃO	30
3. PRINCÍPIO DO RISCO PERMITIDO	34
4. PRINCÍPIO DA AUTO-RESPONSABILIDADE	35
5. COMPARTICIPAÇÃO NO FACTO NEGLIGENTE	37
5.1 CO-AUTORIA NEGLIGENTE	38
6. DETERMINAÇÃO DOS ÂMBITOS DE RESPONSABILIDADE NO EXERCÍCIO DA MEDICINA EM EQUIPA	42
6.1 AS RELAÇÕES HIERÁRQUICAS – A RELAÇÃO DE SUPRA/INFRA ORDENAÇÃO	42
6.2 A RESPONSABILIDADE DO SUBORDINADO	45
6.3 A RELAÇÃO ENTRE O MÉDICO EM FORMAÇÃO E O MÉDICO ORIENTADOR	46
CONCLUSÕES	48
BIBLIOGRAFIA	50

Resumo

O presente estudo, procede à análise da responsabilidade por negligência no exercício da medicina em equipa. A constante evolução da medicina e a sua crescente complexidade aumenta as probabilidades de cura, no entanto traz consigo também um aumento do risco para os pacientes no âmbito da atividade médica.

O direito penal confere um tratamento privilegiado às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, o que se justifica dada a relevância social da atividade médica. No entanto, há situações em que o direito penal não pode deixar de intervir nomeadamente quando o profissional de saúde viola os deveres objetivos de cuidado que sobre si impendem e provoca um risco não permitido que resulta em ofensas à saúde ou integridade física do paciente.

No exercício da medicina em equipa, quando ocorrem erros importa desde logo delimitar o âmbito de responsabilidade de cada um no dano ocorrido, o que será feito através do princípio da confiança e do princípio da divisão do trabalho delimitando as responsabilidades dos diversos profissionais intervenientes simultânea ou sucessivamente no ato médico.

Quanto à comparticipação no facto ilícito negligente, não se pode falar aqui como nos crimes dolosos na “teoria do domínio do fato” como critério de autoria pois que aqui não existe uma atuação conjunta, consciente e dolosa dos intervenientes. Neste sentido poderá falar-se apenas numa situação de “autoria paralela”, ou de uma co-autoria negligente (comportamento negligente conjunto).

No âmbito das relações verticais surge para o chefe de equipa o dever de coordenação da atividade da equipa, e em certas circunstâncias um dever de controlo e fiscalização da atividade dos membros da equipa. Aqui coloca-se a questão de até onde pode ou não atuar o princípio da confiança.

Em determinadas situações como é a da relação entre o médico em formação e o médico orientador, devido ao dever de vigilância e fiscalização que impende sobre o médico orientador o princípio da confiança surge limitado. Podem todavia existir situações em que o médico em formação violando deveres de cuidado, realiza atos para os quais não tem capacidades nem autorização superior e como tal poderá ser unicamente responsabilizado por eventuais danos.

Palavras chave: Responsabilidade médica em equipa; Violação do dever objetivo de cuidado; Princípio da confiança; Princípio da divisão do trabalho; Comparticipação no facto ilícito negligente; Determinação dos âmbitos de responsabilidade; Relação de supra- infra ordenação; Médico em formação/médico orientador.

Siglas e Abreviaturas

CP. – Código Penal

CRP. – Constituição da República Portuguesa

CDOM. – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

EOM. – Estatuto da Ordem dos Médicos

EM. – Erro médico

EA. – Evento adverso

Ac. - Acórdão

Art.(s) – Artigo (s)

Nº. – Número

Ob. cit. – Obra citada

P. – página

P.p. – páginas

Al. – Alínea

Cfr. – Conferir

Introdução

A responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa, é um tema de grande relevância nos dias de hoje, embora nem sempre tenha sido assim, pois durante muito tempo não eram muitos os casos em que os tribunais decidiam sobre responsabilidade médica. Com o passar do tempo com a evolução da sociedade da própria ciência médica e a complexificação dos institutos existe um número cada vez mais elevado de erros praticados no exercício da medicina que merecem a atenção e tutela dos tribunais (¹).

Estamos perante um direito que merece especial tutela devido ao seu valor social, consagrado constitucionalmente no art. 64º da CRP, “ O direito á proteção da saúde analisa-se numa série de direitos dos utentes dos serviços de saúde e direitos dos doentes, entre os quais se contam o direito de acesso, liberdade de escolha, direito à autonomia e informação, direito à privacidade(...)” (²).

O Direito penal reconhece a relevância social da atividade médica e por isso dedica-lhe um regime particular e privilegiado nomeadamente no art.150º CP. No entanto devido aos bens jurídicos em causa, a intervenção do direito penal torna-se necessária quando a atuação do médico viola o dever de cuidado exigível podendo daí resultar um risco não permitido que provoca ofensas ao corpo á saúde ou mesmo a morte do doente.

Atuando os profissionais de saúde em equipa, existindo um dano resultante de uma intervenção entre outros, coloca-se o problema de apurar a responsabilidade de cada um no caso em concreto.

É a partir do princípio da divisão do trabalho e do princípio da confiança, que se estabelece e delimita a responsabilidade de cada profissional de saúde no âmbito de uma intervenção terapêutica em que vários profissionais intervêm simultânea ou sucessivamente. Nesta sede deverá apurar-se até que ponto cada profissional deve prever e ter em conta a falta de cuidado de outro membro da equipa, delimitando os deveres de cuidado de cada um.

¹ “À eficácia da medicina contemporânea estão inevitavelmente associados três características: agressividade, perigosidade e complexidade”; PENNEAU, Jean, “La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance”, Rev. Int. Droit Comp., 42 (1990), p.525.

² CANOTILHO, J.J Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4ª Edição revista, 2007, p.831.*

Esta reflexão vai circunscrever-se ao estudo da atividade médica em equipa, nomeadamente do tipo de ilícito negligente, e da atuação e consequente responsabilidade da cada profissional de saúde analisando soluções doutrinárias e jurisprudência.

Capítulo I – Evolução da Medicina e Responsabilidade Jurídica

Ao longo do tempo, a medicina assentou numa explicação transcendente, segundo a qual as doenças provinham de origem divina, e o médico tinha o papel de sacerdote com o poder de atuar sobre a vida e a morte, estando os resultados obtidos pelos médicos dependentes do seu instinto e da própria sorte. Neste sentido refere GUILHERME DE OLIVEIRA, “a responsabilidade a que estavam sujeitos os médicos não era uma responsabilidade jurídica mas uma responsabilização religiosa e moral (...) decorrente do carácter sagrado do seu *múnus*” ⁽³⁾.

A medicina era considerada sagrada, como conhecimento para lá da ciência, e os médicos como pessoas com poderes de origem desconhecida, “deuses”, que poderiam ditar o “destino” dos seus pacientes.

Com o tempo e com a evolução do sistema, deixou de se acolher este conceito de medicina como um fenómeno divino, para passar a considerar-se como uma verdadeira ciência, assistindo-se a uma tecnicização e especialização que aumentaram as expectativas dos pacientes.

Atualmente com a complexificação da atividade médica, já não se fala na figura do médico generalista, pois os médicos procuram cada vez mais especialização em áreas específicas.

O médico deixou de realizar a tarefa singular, pois age no âmbito de uma estrutura hospitalar, por sua vez o hospital tende a ser uma empresa de prestação de serviços onde colaboram equipas constituídas por médicos de diferentes especialidades, enfermeiros, técnicos de saúde e outros profissionais de saúde.

De acordo com LUÍS GRAÇA, nesta “industrialização” da produção hospitalar “o ato médico (ou seja, o conjunto até então indivisível do diagnóstico, da decisão terapêutica e do tratamento) passa a ser decomposto numa série de intervenções

³ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, p.94.

complementares efetuadas por pessoal médico e paramédico no seio das unidades, também elas tecnicamente diferenciadas” (4).

Devido à complexificação do sistema hospitalar no que diz respeito à prática clínica com a utilização de aparelhos complexos que acarretam o risco de graves consequências causados por erros na sua utilização, ou medicamentos altamente potenciadores de graves efeitos secundários, resulta uma falta de capacidade de resposta e impreparação das organizações, o que aumenta a probabilidade de erro (5).

Como resposta ao rápido e crescente progresso na medicina, há uma divisão do trabalho entre vários profissionais de saúde de várias especialidades médicas no âmbito do procedimento terapêutico.

No entanto a causa principal do aumento da conflitualidade no âmbito da atividade médica, é sobretudo a alteração da relação médico-paciente: o médico deixou de ser a figura paternalista a quem o doente tinha de obedecer porque se encontrava numa posição superior a ele naquelas circunstâncias, e passou a existir uma relação horizontal baseada no princípio da autonomia.

Assim, verifica-se uma despersonalização da atividade médica, uma instrumentalização do doente, uma diminuição da confiança nos profissionais de saúde, o que leva os médicos a praticar uma medicina defensiva e a ter uma atitude passiva em relação aos pacientes, tornando por vezes a intervenção mais dispendiosa e menos eficaz.

1.2 Análise do Erro em Medicina

Embora a medicina contribua significativamente para o bem-estar e aumento da esperança média de vida, da sua prática resultam muitas vezes danos, o que configura o dano iatrogénico como uma inevitabilidade estatística (6).

⁴ GRAÇA, Luís, “Evolução do Sistema Hospitalar: Uma Perspetiva Sociológica” (VII parte). Europa: o Sistema Técnico (depois da segunda II Guerra Mundial), Lisboa, 2000, I, 4.

⁵ FARIA COSTA alerta para o facto de que o “aumento dos instrumentos ou produtos tecnológicos potencialmente danosos leva a um crescimento mais do que proporcional das regras de cuidado” exigíveis para que “a aplicação práctico-social dessa mesma tecnologia possa expandir-se sem grandes e desadequados riscos”, no entanto e ainda nas palavras do autor “a ordem jurídica admite a produção em massa de instrumentos perigosos, cria uma rede hipercomplexa de regras de cuidado(...) mas esquece-se de que os homens, mesmo neste tempo histórico de aceleração, precisam de tempo, isto é, precisam do bem jurídico tempo, para interiorizarem as mais anódinas regras objetivas de cuidado”.(COSTA, José de Faria, *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.p 481,482).

⁶ CASCÃO, Rui *A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária*, Lex Medicinæ, 2004, Ano1, nº 1, p.97-106.

Neste sentido, o princípio da não maleficência constitui um dos pilares da bioética moderna que remonta a Hipócrates, donde resulta que o Direito da Medicina deve promover a *patient safety*, prevenindo assim a ocorrência de eventos adversos tanto quanto possível.

Atualmente a preocupação com a segurança dos pacientes atribui a responsabilidade principal por eventos adversos às deficiências de desenho do sistema e não tanto aos prestadores individuais ou aos produtos *per se*, ou seja há um desvio da responsabilização do profissional individual, para uma abordagem sistemática, designada em inglês por “system thinking”.

Este pensamento resulta do facto de os profissionais responsáveis pela área de segurança dos doentes, terem concluído que na maioria dos casos os erros são cometidos por profissionais dedicados e competentes e que a sua culpabilização não seria eficaz na resolução ou prevenção de futuros problemas, pois que o erro é inerente a todo o ser humano e como tal a segurança depende da criação de sistemas de antecipação e prevenção do erro ⁽⁷⁾.

O erro pode ser involuntário ou culposos, sendo que no erro involuntário não existe intenção de causar algum dano ao doente, neste sentido segundo FIGUEIREDO DIAS, não existe “(...) a atualização na consciência psicológica ou intencional no momento da ação” ⁽⁸⁾, de que aquela intervenção poderia resultar num dano para a saúde ou vida do paciente. Já quanto ao erro voluntário, existe uma consciência no momento da ação de que está a ser violado o dever de cuidado que pode resultar num dano , como refere FIGUEIREDO DIAS “(...) que tenha ocorrido violação, por parte do agente, de um dever de cuidado que sobre ele impende e que conduziu à produção do resultado típico; e, conseqüentemente, o resultado fosse previsível e evitável para o homem prudente...” ⁽⁹⁾.

Estamos perante erros culposos, quando estes resultam da imperícia, imprudência e negligência de atuação do médico que fica à margem do que é exigível segundo as *leges artis*.

Já o erro involuntário é pressuposto de um resultado incontrolável, um resultado adverso, imprevisível ou imponderado, assim se o médico tiver cumprido as *leges artis*

⁷ CARNEIRO, António Vaz, “ *O erro clínico, os efeitos adversos terapêuticos e segurança dos doentes: uma análise baseada na evidência científica*”. Centro de Estudos de Medicina Baseada na Evidência, Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral- Tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 2ª Edição, p.355.

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral- Tomo I...ob. Cit.*, p.864.

terá cometido neste âmbito um “erro honesto” (“...devendo a sua ocorrência ser desculpabilizada, o que não impede contudo o necessário culto da responsabilização e de prevenção que desencoraje a sua ocorrência ...”) (¹⁰), se ao contrário o médico não cumprir as regras terá cometido uma violação do dever objetivo de cuidado.

Nem todo o erro médico é resultado de uma violação dolosa ou negligente das *legis artis*. Neste sentido importa saber perante o princípio da liberdade de escolha do tratamento consagrado no nosso sistema nomeadamente no artigo 125º do C.D.O.M, se existirá erro médico.

Segundo a grande parte da doutrina médica e jurídica especializada, existem três modalidades de erro médico: o erro de diagnóstico, o erro de tratamento ou o erro terapêutico e o erro na relação com paciente.

Assim, o erro de diagnóstico resulta de uma errada representação da realidade por parte do médico quanto à patologia do paciente e consequentemente omissão do tratamento e procedimentos adequados. É um erro que tende a ser desculpabilizado devido à dificuldade na demonstração donexo causal entre o erro de diagnóstico e o dano verificado.

Quanto ao erro de tratamento será como resulta do exposto anteriormente, consequência direta do erro de diagnóstico, cometido a título de negligência ou dolo e resultando numa ofensa à integridade física do paciente ou a vida deste. O erro de tratamento pode ser causa de um crime de ofensas à integridade física ou homicídio.

Por fim, no caso do erro na relação médico-paciente aqui podemos incluir qualquer falha que ocorre no âmbito do relacionamento médico com o paciente ou familiares deste, nomeadamente os que resultam em ilícitos penais típicos tais como, revelação de segredo médico (artigo 195º CP), o aproveitamento indevido de tal segredo (artigo 196º CP), a passagem de atestados médicos falsos (artigo 260º CP).

Neste sentido LOBO ANTUNES afirma, que “ há erros que afetam a saúde do doente e outros que comprometem a saúde do profissional” (¹¹).

Para se entender o erro cometido na atividade médica é necessário ter em conta que no contexto atual a medicina é desenvolvida cada vez mais em conjunto, por diversos profissionais que simultânea ou sucessivamente fazem parte do processo

¹⁰ FRAGATA, José /MARTINS, Luís, *O erro em medicina. Perspetivas do indivíduo, da organização e da sociedade*, Coimbra: Almedina, 2005, 4ª Reimpressão, 2014.p.43.

¹¹ ANTUNES, João Lobo, *Sobre o Erro*, in *Um Modo de Ser; Gradiva, Lisboa, p.81*.

terapêutico do doente, é difícil apurar em caso de erro quem errou e o que errou, de modo a evitar futuros erros semelhantes.

Na avaliação do erro em medicina importa ter em atenção todo o procedimento e não apenas atender à decisão final, pois não faria sentido preocuparmo-nos apenas em punir o “homem da pistola fumegante”⁽¹²⁾.

Capítulo II – Responsabilidade por negligência no exercício da medicina – regime do art. 150º CP

O nosso CP, estabelece um regime privilegiado no que toca às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos nomeadamente no artigo 150º CP. Este preceito configura igualmente uma homenagem à relevância social desta atividade e portanto um tributo a quem beneficia dos seus cuidados.

Assim, entre nós a intervenção médico-cirúrgica medicamente indicada, realizada por um médico, com finalidade terapêutica e segundo as *leges artis*, não configura uma ofensa à integridade física ou um homicídio. Neste âmbito o nosso legislador não segue alguma doutrina alemã que acolhe a denominada *teoria do resultado*, segundo a qual a intervenção médica mal sucedida preenche o tipo de ofensa à integridade física.

Pelo contrário e seguindo a doutrina de ENGISCH e EBERHARD SCHMIDT, entre nós a produção de resultados indesejáveis só terá relevância como ofensa corporal típica quando resultar da violação das *leges artis*⁽¹³⁾.

Deste modo, para que estejamos perante uma intervenção médico-cirúrgica atípica, devem verificar-se um conjunto de quatro elementos, dois de ordem subjetiva, qualificação do médico e intenção terapêutica, e dois de ordem objetiva, a indicação médica e a realização segundo as *leges artis*.

Segundo COSTA ANDRADE estes elementos têm que se verificar cumulativamente: “...a ausência, v.g., da finalidade terapêutica exclui todo o espectro de intervenções que, embora normalmente realizadas por médico, não têm o <<paciente>> como seu beneficiário direto (experimentação pura, castração etc...)”⁽¹⁴⁾.

¹² FIDALGO, Sónia, *in Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra Editora, 2009, p.27.

¹³ ANDRADE, Manuel da Costa, *Anotação ao artigo 150º do CP*, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal 150º*, §8.

¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, in: *Comentário Conimbricense...ob. Cit.*, anot. ao art.º 150º (§11).

Para integrar o regime do art 150º o tratamento ou intervenção têm desde logo que ser realizados por um médico ou pessoa legalmente autorizada. Deste modo excluem-se as situações em que intervêm leigos ou curandeiros. Do ponto de vista subjetivo é ainda exigível que o tratamento seja realizado com finalidade terapêutica, ou seja que a pessoa que necessita de tratamento seja beneficiária direta do mesmo.

A intenção terapêutica é entendida pela lei portuguesa em termos amplos, abrangendo o diagnóstico e a prevenção ⁽¹⁵⁾.

Neste âmbito importa referir a questão das intervenções experimentais, sendo que apesar de o legislador as afastar do regime das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos, não é fácil delimitar o que é intervenção médico-cirúrgica e o que se considera uma intervenção experimental, pois existem situações intermédias que não se enquadram nem num nem noutra regime.

Segundo afirma COSTA ANDRADE, “ todo o tratamento médico comporta um coeficiente (...) de experimentação” ⁽¹⁶⁾.

Posto isto relativamente aos elementos objetivos, temos a indicação médica, que merece particular relevância.

Quanto a este elemento refere COSTA ANDRADE que, <<afasta os tratamentos e métodos ainda não cientificamente convalidados, bem como os métodos e terapêutica excêntricos em relação à medicina académica ou institucionalizada (máxime os chamados métodos naturalistas, homeopáticos), etc.>> ⁽¹⁷⁾.

A indicação médica que resulta do texto da lei é referida como aquela indicação “segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina”, sendo assim estarão excluídos nesta sede os métodos terapêuticos ou cirúrgicos não cientificamente convalidados, o que no entanto parece já se ter alterado com a entrada em vigor da lei que estabeleceu o enquadramento base das terapêuticas não convencionais ⁽¹⁸⁾.

Segundo esta linha de pensamento, resulta que entre nós, um médico que resolva aplicar um método terapêutico não convalidado embora já testado em outro países com alguma margem de sucesso, corre o risco de ser demandado por ofensas corporais.

¹⁵ Nos termos do artigo 150.º, n.º 1. do CP não se consideram ofensa à integridade física as intervenções ou tratamentos “com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”.

¹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p.468.

¹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, in: *Comentário Conimbricense...*, ob. Cit., p. 308.

¹⁸ Lei n.º 45/2003, de 22 de Agosto.

No entanto, o procedimento médico não deve ser equiparado ao do faquista, e portanto não deve considerar-se atípica uma intervenção médica quando a mesma seja realizada respeitando as regras e a finalidade terapêutica, apenas por não estar suficientemente provado nomeadamente em casos de doentes sem esperança ⁽¹⁹⁾.

A experiência terapêutica demora até conseguir resultados estáveis ainda que provisórios, assim entende-se, que quando surge um novo tratamento ou terapêutica que surte efeito positivo divulgada em congresso, publicação científica ou médica ou até pela internet, deve considerar-se preenchido o requisito da “experiência da medicina”, de modo a excluir a ilicitude da intervenção e integrar a mesma nos termos do artigo 150º CP.

Posto , isto cabe-nos fazer alusão ao outro requisito objetivo que é o da observância das regras da arte médica , as *leges artis*.

As *leges artis*, consistem em um conjunto de regras e obrigações profissionais resultado de experiência e conhecimentos adquiridos , adotados e aprovados pela comunidade científica , vigentes no exercício da medicina que o médico tem obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente ⁽²⁰⁾.

Trata-se de um parecer apreciativo do ato clínico praticado por um médico ⁽²¹⁾. Nas palavras de GOMES RODRIGUES é “ um complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento

¹⁹ Neste sentido BOCKELMAN, segundo o qual “ *aplicar o único meio que garante alguma esperança face à ameaça de morte será melhor do que não fazer nada. Este juízo “ex ante” tido por correto, permanece intocado quando “ex post” se verifica que a utilização do meio, em vez de um adiamento do fim teve como consequência a sua precipitação. A ordem jurídica não exige que se evite a última oportunidade pelo facto de a tentativa de a utilizar poder falhar. Espera, pelo contrário, que ela seja utilizada. Donde se conclui que, quando se trata de assegurar a última oportunidade, também uma “operação-Neuland” constitui uma intervenção indicada e, neste sentido acertada”*. BOCKELMAN **Strafrecht des Arztes**, apud. ANDRADE, Manuel da Costa, in: *Consentimento e Acordo...* ob. Cit., 470.

²⁰ Art.º 4º n.º 1 do Código Deontológico dos Médicos: “O médico deve exercer a sua profissão de acordo com as *leges artis* com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade”.

²¹ Art.º 9º do Código Deontológico dos Médicos: “ o médico deve cuidar da permanente atualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras de arte médicas”.

histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais” (22).

Nas palavras de FARIA COSTA, “*Quando cumprindo as leges artis, através do ato médico (e só há verdadeiro ato médico quando o médico atua de acordo com as leges artis) se alcança a cura, então o ato médico gerou um bem jurídico. Ainda que não se alcance a cura e tão-só se diminua a dor, o ato médico aumenta o universo dos bens jurídicos inerentes à ordem normativa num determinado momento histórico. E mesmo que o ato médico venha a desencadear a morte do paciente << deve considerar-se que o empobrecimento da ordem jurídica por perda do bem vida não resulta do próprio ato médico em si (...) mas advém antes do processo ininterrupto e imparável para que tende o ser-ai-diferente: a morte*” (23).

Neste sentido para RUI PEREIRA a violação das *leges artis*, tem um significado próprio e só configurará um crime “ quando dela resultar um perigo para a vida ou para a saúde “ do doente, nos termos do artigo 150º nº 2 (24).

Nas palavras do autor, “ se, por exemplo, um médico salvar um doente através de uma intervenção cirúrgica empreendida sem observância das *leges artis* porque não foi precedida de um eletrocardiograma, nem por isso se deve concluir que a intervenção cirúrgica constitui, em si, uma ofensa” (25).

O texto da lei é claro quanto à descrição dos pressupostos exigíveis para que estejamos perante uma intervenção ou tratamento médico cirúrgico, no entanto saliente-se que nem sempre que há violação das *leges artis* , haverá consequentemente uma ofensa à integridade física, só assim será quando essa intervenção se traduzir numa ofensa ao “corpo ou saúde da pessoa” (artigos 143º, 144º e 148º do CP). Neste seguimento refere FIGUEIREDO DIAS que, se “do *error artis* não derivar uma ofensa no corpo ou na saúde do paciente, a conduta do médico não será, por causa daquele erro, criminalmente punível (ressalvada a hipótese da tentativa). Se derivar uma tal ofensa, o ato médico será punível, havendo então que distinguir consoante o crime foi cometido com dolo ou com negligência” (26).

Assim, cumpridos todos estes pressupostos, a atuação do médico não pode ser considerada uma ofensa à integridade física ou contra a vida do paciente, pois o médico

²² RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade Médica em Direito Penal*, 2007, p.54.

²³ COSTA, José de Faria, *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p.529.

²⁴ PEREIRA, Rui, *O Dolo de Perigo: Contribuição para a Dogmática da Imputação Subjetiva nos Crimes de Perigo Concreto*. Lex-Edições Jurídicas, 1995, p. 151, nota 28.

²⁵ PEREIRA, Rui, *Os crimes contra a integridade física na revisão do Código Penal*, in: *Jornadas sobre Revisão do Código Penal*, Lisboa: AAFDL, 1998, P.198.

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo / MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade médica em Portugal*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, (332), Janeiro 1984, pp. 72-3.

atua segundo os seus conhecimentos técnicos e científicos de modo a minorar a dor ou salvar o paciente, indicando o tratamento idóneo ao caso concreto, segundo indicações médicas devidamente convalidadas, mesmo que não consiga obter o resultado pretendido isto é a cura ou melhoria do paciente.

1.2 Dever de cuidado no exercício da medicina

Embora, não se excluindo por completo a hipótese de o médico praticar uma conduta dolosa no âmbito da sua atividade, em regra a eventual lesão da integridade física ou vida do paciente será negligente.

Nas palavras de TAIPA DE CARVALHO, “ o tipo de ilícito negligente é formado pela ação violadora do dever objetivo de cuidado (“ desvalor da ação”) e pela ocorrência do resultado típico (“desvalor do resultado”),isto é, do resultado cuja evitação constitui a ratio do dever objetivo de cuidado ou, por outras palavras , a ratio da norma de cuidado que o agente deve ter, quando pratica uma ação que pode conter perigos para os bens jurídico-penais”. Ainda, segundo o autor “ ...para afirmação do tipo de ilícito negligente, tem de existir entre a ação e o resultado uma relação de adequação, ou seja, é necessário que o resultado possa ser objetivamente imputado à ação descuidadamente praticada” ⁽²⁷⁾.

Nos crimes negligentes, “ a essência do ilícito negligente está na forma descuidada com que o agente pratica a ação e não na ação abstratamente considerada” ⁽²⁸⁾.

O crime negligente consubstancia-se na violação por parte do agente, de um dever objetivo de cuidado que recai sobre ele, e que leva à produção de um resultado típico que seria previsível e evitável pelo homem médio.

Assim, a violação do dever objetivo de cuidado pressupõe a previsibilidade objetiva do perigo para determinado bem jurídico e a não observância do cuidado objetivamente adequado a impedir a ocorrência do resultado típico, ou seja do resultado que segundo a experiência está relacionado com a ação praticada.

A violação do dever de cuidado integra, deste modo, o âmbito do ilícito negligente , neste sentido FIGUEIREDO DIAS afirma que “...também nos crimes negligentes o tipo de ilícito encerra um indiscutível desvalor de ação e não se esgota no

²⁷ CARVALHO, Américo de Taipa, *Direito Penal Parte Geral, QUESTÕES FUNDAMENTAIS TEORIA GERAL DO CRIME*, 2^a ed. p. 525.

²⁸ Ibidem.

(ou não equivale completamente ao) problema da imputação objetiva do resultado à conduta”⁽²⁹⁾. Também PAULA FARIA destaca que no ilícito negligente não se poderá falar apenas de uma imputação do resultado à conduta, como defende ROXIN, pois “ [...] trata-se sim de valorar de forma global a conduta praticada pelo agente”⁽³⁰⁾.

A violação do dever objetivo de cuidado por parte do médico, que resultar numa ofensa ao corpo ou saúde do paciente ou inclusive resultar na sua morte, poderá preencher o tipo de ilícito do crime de ofensa à integridade física por negligência ou do crime de homicídio por negligência. Podendo ainda, em casos de comportamentos particularmente perigosos, resultar num caso de negligência grosseira expressamente prevista nos termos do artigo 137º, nº 2 do CP.

Se, apesar do agente ter procedido com o cuidado que lhe era exigível, se verificar um resultado desvalioso este não pode ser imputado à ação do agente, e portanto, não pode considerar-se tal ação como desvaliosa.

Neste âmbito importa saber quando estamos perante a violação de um dever objetivo de cuidado, que constitui elemento e pressuposto do ilícito negligente. No entanto, não existe nos tipos penais negligentes nenhum género e medida de cuidado aplicável, neste sentido alguma doutrina alemã considera que são tipos abertos preenchidos com valorações judiciais adicionais.

Discordando PAULA FARIA entende que, não estamos perante um tipo aberto, pois nas palavras da autora: “ [...] o ilícito negligente deixa-se fundar numa *fattispecie* materialmente fechada, porque, embora não se encontrem exaustivamente descritas as hipóteses de violação do dever objetivo de cuidado típicas, sabe-se que devem corresponder sempre a um juízo socialmente relevante de previsibilidade e inevitabilidade objetivas”⁽³¹⁾.

Questão controversa neste âmbito prende-se com o critério do cuidado objetivamente exigível, a generalidade da doutrina tende adotar como critério-padrão, o cuidado que teria o “homem consciente e cuidadoso”, no setor da atividade em que ocorreu o facto.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 28.º Cap., § 5.

³⁰ FARIA, 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, ob. cit. pp. 872-3.

³¹ FARIA, Paula Ribeiro de, *A Adequação social...*, ob. Cit., p.938.

O problema está em saber se deve ter-se em conta apenas o “homem consciente e cuidadoso” ou se deve atender-se, também, às capacidades pessoais do agente, que pratica o facto.

Neste âmbito, a questão que divide a doutrina é a importância das capacidades ou conhecimentos especiais que estão acima da média do agente. Isto porque, quando às capacidades abaixo da média, é unânime que não exclui a ilicitude da ação, relevando apenas ao nível da culpa, já quanto às capacidades acima da média, uma grande parte da doutrina entende que tais capacidades não devem relevar para efeitos de afirmar um ilícito negligente.

Assim, o médico que na sua ação procede com o cuidado e com os conhecimentos e técnicas segundo as *leges artis*, exigíveis no momento, não atua de forma ilícita mesmo que venha a verificar-se que tendo o mesmo aplicado os conhecimentos especiais que possuía, teria evitado o resultado produzido.

Todavia, autores como FIGUEIREDO DIAS, ROXIN e TAIPA DE CARVALHO, defendem que a não aplicação das capacidades superiores à média relevam no sentido da afirmação do ilícito negligente.

Neste sentido, TAIPA DE CARVALHO refere que: “[...] se tais capacidades acima da média não pudessem fundamentar o ilícito negligente, então também não podiam relevar no plano da culpa negligente, pois que esta pressupõe, necessariamente, que a ação em causa tenha sido, previamente, considerada como ilícito negligente”⁽³²⁾.

No âmbito da atividade médica, a maioria da doutrina defende a aplicação de um critério objetivo, ou seja, o dever de cuidado deverá ser aferido pelo critério do “médico- médio”, tendo em conta as capacidades acima da média, apenas ao nível da culpa⁽³³⁾.

Apesar de a doutrina que defende a posição objetivista continuar a ser doutrina dominante, deparam-se, no entanto, com o obstáculo de determinar, em termos gerais e abstratos, com o cuidado médio exigível para certas atividades⁽³⁴⁾.

Neste sentido, CASTALDO refere que: “[...] a repartição das tarefas e a especialização impuseram, progressivamente, a consideração do “diretor clínico médio”, “do pediatra médio”, “do cirurgião médio”⁽³⁵⁾.

³² CARVALHO, Américo de Taipa, *Direito Penal Parte Geral, QUESTÕES FUNDAMENTAIS TEORIA GERAL DO CRIME*, 2ª ed. p. 528.

³³ CARVALHO, Américo de Taipa, *Direito Penal Parte Geral, QUESTÕES FUNDAMENTAIS TEORIA GERAL DO CRIME*, 2ª ed. p. 529.

³⁴ FARIA, Paula Ribeiro de, *A adequação social...*, ob. Cit., p. 927.

Assim sendo, um dos obstáculos inerentes à teoria objetivista reside na necessidade de: “ [...] adequar o parâmetro médio às circunstâncias do caso, sem perder o próprio critério médio de cuidado”⁽³⁶⁾.

FIGUEIREDO DIAS e ROXIN, entendem que os conhecimentos inferiores à média relevam apenas ao nível da culpa, já quanto aos conhecimentos acima da média “...devem ser tomadas em conta no sentido de poderem fundar o tipo de ilícito negligente”⁽³⁷⁾.

LUZÓN PEÑA adota uma teoria objetivista segundo a qual: estaremos perante um ilícito negligente quando se viola o dever de cuidado que se impõe a todos os cidadãos nesse tipo de situação, em que é possível ao “homem médio ideal” nessas concretas circunstâncias cumprir, isto tendo em conta o cuidado que deve exigir-se a um bom profissional na sua área de atividade, incluindo, deste modo, os conhecimentos superiores, que segundo o autor são suscetíveis de transmissão através da aprendizagem e constante atualização do profissional⁽³⁸⁾, por outro lado, excluindo as capacidades especiais do sujeito, pois estes resultam de características pessoais e intransmissíveis - perícia, habilidade, etc - que não podem fundamentar uma atuação negligente.

MIR PUIG adota, também, a teoria objetivista, concordando com LUZÓN PEÑA no que diz respeito a relevância dos conhecimentos superiores, no entanto, em relação às capacidades superiores introduziu um matiz importante para a avaliação das mesmas, em relação com o dever de cuidado exigível. Assim segundo o autor será relevante saber se as capacidades superiores deixam de ser usadas, voluntariamente, no caso concreto, ou a não utilização das mesmas é consequência de circunstâncias exógenas à vontade do sujeito, isto para se saber, respetivamente, se estamos ou não perante uma violação do dever objetivo de cuidado.

A falta de medida ou género exigível do dever a aplicar, é uma questão de grande controvérsia doutrinal, quer a nível nacional quer noutros ordenamentos jurídicos, deste modo, sem um conceito explanado na lei caberá ao juiz em cada situação concretamente considerada, com eventual ajuda de peritos, concretizar o dever objetivo de cuidado, através de um juízo de prognose póstuma.

³⁵ CASTALDO, Andrea, << *Non intelligere quod omnes intelligunt*>>, *Objektive Zurechnung und Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Munique, 1992, p. 110, apud FARIA, Paula Ribeiro de, *A adequação social...*, ob. Cit., p. 927.

³⁶ FARIA, Paula Ribeiro de, *idem*, p. 928.

³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral I, 2ª edição.*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 35.º Cap., § 12.

³⁸ *Ibidem*, p. 167.

Para tal, deve atender desde logo, às condições de lugar e de tempo em que se realizou a intervenção, pois as exigências de cuidado para um profissional, que exerça a sua atividade num hospital universitário, não serão as mesmas que serão exigíveis para outro, que desempenhe a sua função num meio rural. Isto porque, a nível de alargamento de conhecimentos, meios disponíveis e possibilidade de pedir aconselhamento a colegas mais experientes, é diferente consoante estejamos em cada um dos casos supra referidos. Deve ter em atenção o estado da ciência médica no momento em que o médico realizou a intervenção, e ainda, ter em consideração as características que o dever de cuidado assume em cada uma das fases diagnóstico, tratamento e prognóstico. Neste âmbito, o legislador, apesar de estabelecer em relação a determinadas áreas, devido à sua complexidade, densidade jurídica e ética ⁽³⁹⁾, regras jurídicas de carácter geral e abstrato de modo a regular a forma como algumas intervenções são realizadas, não interfere no aspeto científico das mesmas nem em relação a quaisquer outras, pois sendo a medicina uma ciência em constante evolução e atualização das exigências de cuidado, a determinação do dever objetivo de cuidado será determinado tendo em conta um aglomerado de regras fixadas pelo próprio círculo profissional, nomeadamente, as *leges artis medicinae*.

1.4 - Imputação do Resultado à Violação do Dever de Cuidado – Risco Permitido

A atividade médica é uma atividade que comporta riscos para a saúde, integridade física e até para a vida do paciente. Contudo, tais riscos não podem nem devem impedir o seu exercício, tendo em conta a função social de tendencial restabelecimento da saúde ou de equilíbrio psico-fisiológico das pessoas.

Tal não implica, necessariamente, que estejamos perante uma atividade ilícita, ideia que resulta do artigo 150.º do CP, que exclui a tipicidade.

O risco permitido ou tolerado é inerente à atividade médica, sendo lícita apenas a conduta do profissional médico que atue conforme ao dever de cuidado, ou seja, que obedeça ao grau de diligência imposto.

Neste sentido, é opinião dominante da generalidade da doutrina especializada que, apenas se pode falar em ilícito imprudente, quando a ação (conduta ou comportamento) resulte na criação de um risco não permitido (incremento ou

³⁹ Relativamente á colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, Lei n.º 12/93, de 22 de Abril (alterada pela Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho).

potenciação de risco), previsível ou cognoscível pelo agente e, desde que, se estabeleça a relevância jurídico-penal da conduta, que só existirá quando o resultado lhe for objetivamente imputável.

Ou seja, o risco não será permitido quando for suscetível de causar danos à vida ou integridade física do paciente e for possível e exigível ao médico a sua evitação.

No entanto, para determinarmos se o risco é proibido ou permitido devemos saber se ele, de facto, existe e se foi criado pelo agente.

Entre nós, a doutrina, para determinar se estamos perante uma ação perigosa, utiliza como critério, a prognose póstuma objetiva, ou seja, consiste num juízo formulado por uma perspetiva *ex ante*, tendo em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação por um observador objetivo, um homem prudente pertencente ao círculo social do autor.

Problemática que se coloca neste âmbito dá-se nos casos em que existem profissionais com conhecimentos especiais, aqui a doutrina maioritária entende que deve incluir-se os conhecimentos especiais no juízo de prognose póstuma objetiva.

Posto isto, e comprovado que esteja a criação ou aumento do risco não permitido, temos de saber se o risco se verificou num resultado concreto.

Ainda assim, existem situações em que há uma previsibilidade do resultado desfavorável, mas é o único modo de salvar a vida do doente, neste sentido ROMEO CASABONA “ [...] este é o único meio para conservar ou devolver a vida ou a saúde do doente, ou seja, o médico atua para proteger o bem jurídico e se se abster é seguro que o resultado letal se produza sendo isso, precisamente que o médico quer evitar”⁽⁴⁰⁾.

“ Assim é necessário apurar os riscos e benefícios da intervenção atendendo ao valor social da atividade e a necessidade da sua intenção em concreto”⁽⁴¹⁾.

Assim sendo, não basta acontecimento fortuito do resultado para que o facto negligente assuma relevância penal, mas um desvalor da ação resultante da violação da violação do dever objetivo de cuidado, ou seja, tem de haver uma imputação objetiva do resultado à conduta.

Entre nós, considera-se que a teoria mais adequada para determinar o nexos de causalidade, nestes casos, é a teoria de imputação objetiva, nomeadamente, de conexão

⁴⁰ CASABONA, Romeo, apud MARTIN, M^a Ángeles Rueda, *La concreción del deber objetivo de cuidado em el desarrollo de la actividad médico- quirúrgica curativa*, in InDret, Barcelona, Octubre de 2009, p. 13.

⁴¹ Ibidem, p. 15.

do risco, segundo a qual a ação esperada será “ *uma tal que teria diminuído o risco de verificação do resultado típico* ” ⁽⁴²⁾.

Em síntese, nos crimes negligentes, verificada que esteja a violação do cuidado devido, deve estabelecer-se uma relação de causalidade, de modo a imputar o resultado produzido à conduta indevida. Neste nexos de imputação objetiva, deverão ser inseridos critérios corretivos, de modo a evitar a imputação do resultado à ação, quando existam outras fontes de criação de risco, ou quando não se verifique a criação de um risco permitido, e são eles: o comportamento alternativo lícito, o fim de proteção da norma de cuidado, a diminuição do risco e o comportamento da vítima.

Capítulo III- Responsabilidade por negligência no exercício da medicina em equipa

A realização de determinadas atividades profissionais, exige, por diversas razões, a participação conjunta de várias pessoas traduzida numa repartição de funções, sendo que, em princípio cada um dos sujeitos intervenientes tem um campo de atuação, no qual deve concentrar toda a sua atenção e perícia.

O exercício da medicina configura uma dessas situações, sendo sobretudo dois os fatores que levaram a uma progressiva implantação deste modelo organizativo na atividade médica. Por um lado, o desenvolvimento de uma medicina social resultante do auge do Estado social e democrático, que levou a um aumento do número de pessoas que tem acesso ao sistema de saúde. Por outro lado, a evolução científica e tecnológica verificada na medicina, obriga a uma intervenção, sucessiva ou simultânea, de especialistas de diferentes áreas na realização de um ato médico

O conceito de equipa médica, não é consensual, podendo distinguir-se dois tipos de situações. Por um lado, as situações em que há uma intervenção coletiva e simultânea dos vários profissionais no ato médico, como acontece nomeadamente nas intervenções cirúrgicas e, por outro lado, as situações em que há uma intervenção sucessiva, como acontece sempre quando na fase de diagnóstico um médico especialista solicite exames realizados por outros especialistas.

⁴² DIAS, Figueiredo *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012 2ª edição, nota 14, p. 697.

Há quem entenda que só nas situações de intervenção simultânea se está perante uma verdadeira equipa médica, pois só aí os vários profissionais trabalham de forma conjunta e coordenada, sob direção de um deles, mediante divisão do trabalho ⁽⁴³⁾.

No entanto, a problemática de determinação de responsabilidade nos casos de intervenção de vários profissionais num processo terapêutico, verifica-se quer perante uma intervenção simultânea quer perante uma intervenção sucessiva.

A perspetiva adotada nas considerações que se seguem será a do conceito de “equipa médica em sentido amplo”, abrangendo quer as situações de intervenção simultânea quer as situações de intervenção sucessiva ⁽⁴⁴⁾.

Assim, o exercício da medicina em equipa traduzir-se-á na intervenção simultânea ou sucessiva, pontual ou continuada de profissionais de saúde da mesma especialidade ou especialidades diferentes, no âmbito da mesma ou diferentes instituições de saúde, com o objetivo comum de melhorar ou manter o estado de saúde do doente ⁽⁴⁵⁾.

Será, individualizando e delimitando as competências de cada um dos membros da equipa médica, que se poderá apurar a sua responsabilidade. Neste sentido, o princípio da divisão do trabalho e o princípio da confiança constituem os fundamentos base, segundo os quais, a doutrina penal delimita a responsabilidade daqueles que trabalham no âmbito de uma equipa.

1.1 Princípio da Divisão do Trabalho

A divisão do trabalho é hoje uma realidade que constitui um resultado lógico do processo de especialização e subespecialização dos profissionais na área medicina.

Para análise do dever de cuidado, exigível no exercício da medicina, como já referimos anteriormente, o mesmo deve ser de acordo com as *leges artis*. Todavia, no caso de uma atividade realizada por múltiplos profissionais de saúde, a concretização deste dever objetivo de cuidado, de acordo com as *leges artis*, só será possível se cada um dos atos for corretamente realizado em articulação com os demais.

O princípio da divisão do trabalho, permitirá delimitar a responsabilidade de cada profissional no âmbito da equipa, no entanto, a generalidade da doutrina salienta

⁴³ Neste sentido GÓMEZ, PAVÓN, Pilar, *Tratamientos médicos: su responsabilidad civil e penal*, Barcelona: Editorial Bosch, S.A., 2004, p.348.

⁴⁴ FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício Da Medicina Em Equipa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 99.

⁴⁵ Ibidem.

que este princípio consiste, essencialmente, em permitir ao médico dedicar-se com a concentração necessária ao cumprimento diligente das suas tarefas específicas garantindo uma maior qualidade de assistência e proteção do doente ⁽⁴⁶⁾.

Apesar de constituir um importante fator de avanço na medicina moderna, a divisão do trabalho, traz consigo também alguns perigos, neste sentido CARSTENSEN “à medida que avança a divisão do trabalho e a especialização, aumentam os perigos” ⁽⁴⁷⁾.

Desde logo, pode suceder que existam profissionais na equipa menos qualificados para as tarefas que lhe foram confiadas, podem ocorrer falhas na comunicação na coordenação, que podem traduzir-se em obstáculos ao êxito do processo terapêutico.

Segundo o tipo de relação estabelecida entre os intervenientes da equipa médica, a doutrina penal ⁽⁴⁸⁾, distingue duas formas de divisão do trabalho: a divisão do trabalho horizontal e a divisão do trabalho vertical.

1.2 Divisão de trabalho horizontal

A divisão de trabalho horizontal, segundo a maioria da doutrina, é aquela que se verifica entre profissionais que se encontram em situação de igualdade, de acordo com a sua formação ou competências, exemplo paradigmático desta forma de divisão do trabalho, tradicionalmente referido pela doutrina, é o da divisão de tarefas entre cirurgião e anestesiolegista. Usa-se este exemplo, como demonstrativo de uma relação de trabalho entre profissionais que possuem a mesma formação, com idêntico grau académico, já que ambos são licenciados em medicina na sua própria especialidade.

Esta identidade, é no entanto criticada por alguns autores que defendem o critério de repartição de competências, neste sentido VILLACAMPA ESTIARTE, considera insuficiente o critério da formação académica dos profissionais de saúde como único meio de avaliar a divisão do trabalho, porquanto entende que podem existir relações interdependentes num plano de igualdade entre pessoas com diferente

⁴⁶ Ibidem, pp. 103 e 104.

⁴⁷ CARSTENSEN, G., <<Arbeitsteilung und Verantwortung aus der Sicht der Chirurgie >>, Langenbecks Arch. Chir., 335 (1981) p.571. <<Carstensen salienta que a especialização traz consigo, desde logo, uma limitação do horizontal mental do médico, o que obviamente constituirá uma importante desvantagem porque também em medicina serão válidas as palavras de Goethe: “ para olhar para uma pequena parte é necessária uma visão geral do todo” >>, apud FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.104.

⁴⁸ Ibidem, p. 105.

qualificação, desempenhando cada uma delas competências autónomas, sem que a relação entre eles seja qualificada, diretamente, devido à sua qualificação profissional, como uma relação vertical ou de dependência hierárquica ⁽⁴⁹⁾.

No entanto, independentemente do critério adotado para classificar uma relação laboral como horizontal, esta forma de trabalho supõe, desde um ponto de vista material, que todos os integrantes da equipa médica deve ter um campo de atuação autónomo e independente dos demais, devendo cada sujeito agir por si mesmo, sem estar condicionado a atos de terceiros, ou sob direção de qualquer outro interveniente.

Contudo, é certo que a independência absoluta numa atividade realizada em equipa na realidade prática não existe, pois a intervenção da equipa supõe em si mesma, a dependência de uns profissionais em relação aos outros, pois existem situações em que determinados atos médicos dependem de outros para a sua realização, apesar de se manter a delimitação de competências de cada especialidade. Esta relação de interdependência, não hierárquica, é a que resulta nomeadamente entre especialidades terapêuticas e especialidades diagnósticas, que são instrumentais daquelas. Assim, um médico que tem de aplicar um determinado tratamento, tem que esperar, na maioria dos casos, por resultados de exames médicos realizados por outros especialistas, como análises clínicas, radiografias, ecografias etc. No entanto, tal não significa que uma especialidade seja hierarquicamente superior à outra, pois as funções estão claramente delimitadas como âmbitos exclusivos de intervenção para os respetivos sujeitos.

1.3 Divisão de trabalho vertical

Não existe consenso doutrinal sobre o conteúdo da divisão vertical do trabalho, a maioria da doutrina entende que nesta forma de organizar o trabalho médico em equipa, verifica-se uma relação de hierarquia entre os intervenientes. Temos de um lado uma pessoa que recebe ordens e instruções de outra que se encontra a um nível superior, controlando a primeira, estabelecendo-se entre elas uma relação de supra/infra ordenação.

Neste âmbito, a dúvida e discussão doutrinal radica também em saber qual o critério a utilizar para decidir que um sujeito é superior ao outro dentro da equipa

⁴⁹ VAZQUÉZ, Virgilio Rodríguez, *RESPONSABILIDAD PENAL EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES MÉDICO-SANITARIA*, (Criterios para delimitar la responsabilidad penal en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios), Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012 p.193.

médica. A maioria da doutrina, nomeadamente, a que adota o critério de formação académica dos intervenientes, entende que existindo neste tipo de organização de trabalho desigualdade na formação académica, os níveis de subordinação derivam do maior ou menor grau de formação dos intervenientes e referem, a título de exemplo, a relação estabelecida entre o médico-cirurgião (chefe de equipa), e os enfermeiros que com ele colaboram na cirurgia.

No entanto, outros autores sobretudo na doutrina alemã ⁽⁵⁰⁾, adotam o critério da posição na estrutura hospitalar, que nem sempre depende do título académico ou do nível de formação adquirido, para qualificar a relação como hierárquica.

Podendo verificar-se, também, uma relação de trabalho vertical entre médicos da mesma especialidade em que, um deles se encontra numa posição de superioridade em relação ao outro ⁽⁵¹⁾, quer essa superioridade resulte da sua posição hierárquica na estrutura hospitalar (por exemplo o médico diretor do serviço em relação aos demais especialistas que trabalham no serviço), quer derive da posição de chefia numa equipa médica (como exemplo, o cirurgião chefe de equipa em relação aos cirurgiões ajudantes).

Neste âmbito, o médico pode ainda estar numa situação de superioridade, delegar funções nos seus subordinados, que se encontram numa situação de dependência em relação a ele.

Para alguns autores a divisão vertical de trabalho e delegação de funções são conceitos sinónimos podendo utilizar-se indistintamente, já para outros, a delegação de funções é uma modalidade da divisão vertical de trabalho, sendo que esta última não implica necessariamente a primeira, ou seja nem sempre que haja divisão de funções haverá casos de delegação ⁽⁵²⁾.

Por fim, outros autores como VIILACAMPA ESTIARTE, consideram que estamos perante aspetos diferentes da organização de trabalho que não se devem confundir, pois podem existir situações de delegação que não pressupõem uma relação hierárquica entre os sujeitos ⁽⁵³⁾, apesar de que, nestas situações, materialmente, resulte que um sujeito se veja obrigado a um dever de vigilância e controlo de outro, e neste sentido, nascendo uma relação vertical.

⁵⁰ Ibidem, p. 196.

⁵¹ FIDALDO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.107.

⁵² VAZQUÉZ, Virgilio Rodríguez, *RESPONSABILIDAD PENAL EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES MÉDICO-SANITARIA*, ob. Cit. p.196.

⁵³ Ibidem, p.p. 196 e 197.

2. Princípio da Confiança – origem e função

a) Origem

O princípio da confiança, constitui um dos critérios fundamentais que a dogmática penal desenvolveu para delimitar a responsabilidade penal por atos negligentes em casos de intervenção conjunta de vários sujeitos. Para BATISTA MACHADO o princípio da confiança consiste num princípio ético-jurídico fundamental, e defende que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem⁽⁵⁴⁾.

Nas palavras do autor “*poder confiar* é uma condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens (...) é a condição básica da própria possibilidade de comunicação dirigida ao entendimento, ao consenso e à cooperação (logo, da paz jurídica)”⁽⁵⁵⁾.

A maior parte da doutrina, atribui à jurisprudência alemã o surgimento da expressão “princípio da confiança”, nomeadamente, no âmbito do tráfego rodoviário. O problema que se colocava aqui consistia na questão de saber se cada participante no tráfego rodoviário deveria ter sempre presente que os outros participantes poderiam comportar-se de modo indevido e violar as regras de trânsito. A esta questão, e ao contrário da doutrina e jurisprudência dominantes, HERMAN GULDE responde negativamente, pois entende que se poderá presumir que cada membro da comunidade cumpra em cada momento os deveres a que está adstrito, além de que segundo o autor o princípio da confiança ao eximir cada interveniente no tráfego da obrigação de prever eventuais condutas contrárias aos deveres específicos que recaíam sobre os demais, possibilitaria a cada um concentrar-se de forma mais pertinente no cumprimento dos deveres que sobre si, especificamente, impendem⁽⁵⁶⁾.

No entanto, segundo o pensamento do autor, a expectativa de um comportamento correto por parte dos demais atuantes no tráfego e, conseqüentemente a sua tutela,

⁵⁴ MACHADO, J. Batista, << Tutela da confiança e “venire contra factum proprium” >>, RLJ, 117 (1984-5), p. 232. apud FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.108.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.112.

terminaria no momento em que fosse cognoscível para um deles a inobservância das regras do tráfego por parte do outro ⁽⁵⁷⁾.

Apesar de ter sido inicialmente afirmado no âmbito do tráfego rodoviário, o princípio da confiança foi depois objeto de transição para outras atividades consideradas perigosas com a intervenção de agentes anónimos e, posteriormente, começa-se também a utilizar-se para delimitar o dever de cuidado no âmbito de atividades com intervenção de vários sujeitos, entre os quais, existe uma relação profissional e de conhecimento prévio.

Neste sentido FEIJÓO SANCHÉZ afirma que: o princípio da confiança, considerado como princípio de delimitação do cuidado devido, assume especial relevância prática relativamente a duas manifestações características das sociedades contemporâneas. Por um lado, a existência de atividades de carácter anónimo em que as consequências das ações de cada interveniente depende de pessoas que não conhece, e com as quais pode até nunca vir a ter qualquer contato direto, tal como acontece, por exemplo, no caso da comercialização de produtos em que o fabricante apenas contacta com os consumidores através do produto. Por outro lado, o desenvolvimento de atividades perigosas realizadas por vários intervenientes, segundo o princípio da divisão do trabalho, como acontece nomeadamente no âmbito das intervenções das equipas médicas.

No âmbito da divisão de tarefas mediante uma equipa médica, “qualquer membro (...) deve poder contar com uma atuação dos outros adequada à norma de cuidado (jurídica, profissional, estatutária, da experiência)” ⁽⁵⁸⁾, quer a intervenção destes seja anterior, simultânea ou posterior ao comportamento que se analisa.

No entanto, a aplicabilidade do princípio da confiança como critério válido para delimitar o dever de cuidado em âmbitos de atividade nos quais existe repartição de funções, entre os diferentes sujeitos, foi posta em causa devido às diferenças estruturais existentes entre o tráfego rodoviário e a medicina em equipa.

Neste sentido VILLACAMPA ESTIARTE ⁽⁵⁹⁾ e, no mesmo sentido que UMBREIT ⁽⁶⁰⁾ enuncia-se, entre as principais diferenças, as seguintes: 1. No tráfego

⁵⁷ Ibidem p. 113.

⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral I*, Coimbra, : Coimbra Editora. 2004, 35º. Cap., § 32.

⁵⁹ VAZQUÉZ, Virgilio Rodríguez, *RESPONSABILIDAD PENAL EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES MÉDICO-SANITARIA*, ob. Cit., p.221.

rodoviário existem normas que disciplinam a atividade, o que supõe dotar o princípio da confiança de uma base normativa, da qual carece no âmbito médico; 2. No tráfego rodoviário as atuações não têm uma finalidade comum, enquanto no âmbito médico as atuações dirigem-se a um mesmo fim, o tratamento e cura do paciente; 3. As relações existentes no tráfego rodoviário dão-se entre sujeitos que se encontram em posição de igualdade, ao contrário do que acontece na equipa médica; 4. O tempo assume também papéis distintos, consoante uma e outra atividade, pois no tráfego rodoviário, por norma têm que se tomar decisões imediatas e tal, nem sempre sucede, no âmbito da equipa médica.

Todavia, a principal diferença resulta, segundo ambos os autores, do facto de que os participantes no tráfego rodoviário, por regra, não se conhecerem nem terem possibilidade de se conhecer, desconhecendo assim as capacidades do outro participante não podendo influenciar o seu comportamento. Já no âmbito da equipa médica, por regra, os vários intervenientes conhecem-se e mesmo que surjam novos elementos na equipa, é possível obter informações sobre as suas capacidades e experiência profissional.

Tendo em conta estas diferenças, UMBREIT entende que o princípio da confiança terá um âmbito de aplicação mais reduzido no exercício da medicina em equipa, do que no tráfego rodoviário ⁽⁶¹⁾.

Neste sentido, MANTOVANI não perfila do mesmo pensamento e considera que tais diferenças estruturais apontadas por UMBREIT não são tão marcantes como poderá parecer ⁽⁶²⁾.

Nesta ordem de ideias, quanto à questão de que no exercício da medicina em equipa existe uma finalidade comum que resultaria sobre cada membro num dever mais forte de atuar, no caso de reconhecer uma violação do dever por parte do outro membro, do que no tráfego rodoviário, deve-se ao facto de que no exercício da medicina existe um processo causal único, no qual todos intervêm, enquanto, no tráfego rodoviário existem pelo menos dois diferentes, assim sendo, no tráfego rodoviário, a única coisa

⁶⁰ UMBREIT, Hans-Werner, *Die Verantwortlichkeit des Arztes für fahlassiges Verhalten anderer Medizinalpersonen*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1992, pp. 70 e ss, apud FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.115.

⁶¹ UMBREIT, Hans Werner, *Die Verantwortlichkeit des Arztes...*, ob. cit., pp. 74-5, apud FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.116.

⁶² MANTOVANI, Marco, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano: Giuffrè, 1997., pp.60 e ss, nota 110, apud FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.116.

que o participante pode fazer, é perante uma violação cognoscível do dever de cuidado do outro, é abster-se de dar o seu contributo para a ocorrência do dano.

Por outro lado, quanto ao argumento relativo ao conhecimento e relação profissional prévia entre os participantes, não é pelo facto de na equipa médica os vários membros se conhecerem que conhecerão a aptidão de cada um dos participantes para cumprir o dever de cuidado que sobre eles recai.

Quanto à questão da posição de igualdade entre os participantes, a mesma poderá também verificar-se no seio de uma equipa médica, refira-se como exemplo as relações que se estabelecem no âmbito da divisão do trabalho horizontal.

Por último, quanto ao fator tempo, e a sua influência no âmbito de cada uma das atividades, no âmbito do exercício da medicina em equipa há casos em que se exige uma atuação de forma imediata por parte do interveniente da equipa médica.

b) Função

A maioria da doutrina, considera que o princípio da confiança serve para delimitar o dever de cuidado que corresponde a observar, cada um dos intervenientes, numa atividade realizada em grupo ou equipa. Ou seja, trata-se de um critério que estabelece qual deve ser a atitude do sujeito e como deve executar a sua tarefa em relação com a conduta de outras pessoas, aquelas com as quais interage no desempenho da mesma atividade. O princípio da confiança configura assim, um limite e estabelece até que ponto deve chegar a atenção e cuidado de cada um dos participantes, estabelecendo o âmbito de responsabilidade de cada um.

De outro ponto de vista para determinado setor doutrinal, o princípio da confiança é considerado como um critério de exclusão da imputação objetiva, segundo esta posição doutrinal, o princípio da confiança serve para concretizar o âmbito do risco permitido ao autor.

A diferença entre ambas as posições radica, em que para os defensores desta segunda posição o ilícito negligente completa-se com a teoria da imputação objetiva não sendo necessário, portanto, recorrer ao elemento do dever de cuidado.

3. Princípio do Risco Permitido

A doutrina alemã considera o princípio da confiança como um caso particular (*Unterfall*) de atuação do princípio do risco permitido, e portanto com o mesmo fundamento⁶³.

O risco permitido pode definir-se como aquela instituição jurídico-penal que contém o risco de condutas humanas que apesar de poderem gerar objetivamente um perigo para bens jurídicos penais, são permitidas pela ordem jurídica.

A atividade médica, como já havíamos referido, é potenciadora de riscos inerentes à mesma, no entanto, tal não pode impedir que o seu exercício seja consentido pela ordem jurídica mediante o cumprimento de determinados pressupostos (como referimos a propósito do artigo 150º do CP), ao destinar-se a cumprir um interesse geral, resultando numa vantagem socialmente relevante.

Todavia, a lesão dos bens jurídicos referidos pode ser consequência de fatores exógenos à conduta do agente, tais como, as circunstâncias em que ocorre o facto ou a violação do dever objetivo de cuidado por parte de terceiro ou da própria vítima. Nestes casos, entende-se que não poderá o sujeito, ou seja, o médico que atua no âmbito do risco permitido no exercício da sua profissão, ser responsabilizado pelas consequências da conduta em violação do dever de cuidado por parte de um terceiro ou da vítima.

Segundo entendimento da doutrina majoritária resulta do princípio da confiança que quem atua de acordo com o dever de cuidado que lhe é exigível, deve poder confiar que os demais também atuarão segundo os deveres que lhe são impostos.

O princípio da confiança deverá ser invocado, precisamente, nestes casos, e permitirá delimitar quais os riscos que apesar da atuação de terceiros ou da própria vítima, podem ainda se considerar criados pelo agente.

Neste sentido, e para aqueles que seguem entendimento majoritário da doutrina, considera-se que para delimitar o dever de cuidado do agente de modo a verificar se atua no âmbito do risco permitido, devem ser considerados os conhecimentos especiais do próprio agente, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto.

Assim, pode dizer-se que nos casos de atuação conjunta de várias pessoas, a maior ou menor amplitude do risco permitido resultará das características das pessoas

⁶³ FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.120.

com as quais se interage, sendo essas características as que definem o nível de confiança admitido ⁽⁶⁴⁾.

4. Princípio da Auto-Responsabilidade

Perante o setor doutrinal maioritário que considera o princípio da confiança como um pressuposto específico do risco permitido, surge outro setor na doutrina que segue uma fundamentação distinta ⁽⁶⁵⁾.

Segundo este setor minoritário, o princípio da confiança não se fundamenta no risco permitido nem na característica de *ultima ratio* do Direito penal, sendo pelo contrário o seu fundamento baseado no princípio da auto-responsabilidade, segundo o qual cada sujeito é responsável pelos atos que derivam das suas ações.

A ideia que resulta deste princípio é, portanto, que no âmbito de uma atividade médica realizada em equipa cada profissional é responsável pela sua própria conduta, podendo confiar e esperar, dos demais, o mesmo zelo e diligência nas suas próprias condutas.

Pois só, exonerando o médico deste dever de prever se os outros intervenientes (médicos, enfermeiros) atuaram ou não de acordo com os deveres de cuidado exigíveis, poderá o mesmo concentrar-se, exclusivamente, na sua tarefa de modo a realizar a mesma de forma mais diligente e eficaz.

Neste sentido, STRATENWERTH, “um médico que se preocupe com tudo e com todos não estará certamente exposto à reprovação penal por falta de cuidado, mas dificilmente será um bom médico” ⁽⁶⁶⁾.

No âmbito dos crimes negligentes STRATENWERTH distinguem-se, duas categorias de deveres de cuidado, os primários e os secundários. Sendo os primários aqueles que recaem sobre o agente que tem a *dominabilidade* do facto. Já os secundários, são aqueles que resultam para o sujeito que foi substituído, quando emergirem suspeitas ou indícios que frustrem a expectativa de que o sujeito que

⁶⁴ Vide. WILHELM, MedR, 2-1983, 50, apud VAZQUÉZ, Virgilio Rodríguez, *RESPONSABILIDAD PENAL EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES MÉDICO-SANITARIA*, p.249.

⁶⁵ VAZQUÉZ, Virgilio Rodríguez, *RESPONSABILIDAD PENAL EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES MÉDICO-SANITARIA*, ob.Cit., p.228.

⁶⁶ STRATENWERTH, Günter, << Arbeitsteilung...>>, ob. cit., p. 400 apud FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.126.

assumiu a *dominabilidade* do facto não irá cumprir os deveres de cuidado que lhe são exigíveis ⁽⁶⁷⁾.

Nas palavras de SÓNIA FIDALGO, “ Tal sucederá quando for cognoscível para um dos membros da equipa que um outro membro, tendo em conta as características que lhe são inerentes ou as circunstâncias em que assume a tarefa, apesar de ser o destinatário primário de um determinado dever de cuidado, não cumprir esse dever ” ⁽⁶⁸⁾.

O médico que se fizer substituir por outro, no processo terapêutico, deve poder confiar que o seu substituto irá atuar de acordo com os deveres de cuidado exigíveis, caso contrário, terá de cumprir esses deveres secundários.

Face ao exposto, podemos deduzir como afirma STRATENWERTH, que “ [...] o âmbito da responsabilidade do indivíduo, limita-se fundamentalmente à sua própria ação e só sob determinadas circunstâncias abrangerá também o comportamento de outros” ⁽⁶⁹⁾.

No entanto, o médico que participa numa atividade médica em conjunto com outros intervenientes, devido ao princípio da auto-responsabilidade, assume igualmente um dever de atenção perante o desenvolvimento do processo terapêutico evitando, caso lhe seja possível, os perigos previsíveis para este.

SÓNIA FIDALGO esclarece que: “se da atuação de um dos intervenientes derivar um dano, enquanto resultado de uma prestação do seu exclusivo âmbito de responsabilidade, quem interveio por sua vez, dando um qualquer contributo para tal prestação, não será, por efeito do princípio da confiança, responsabilizado. Inversamente, na medida em que um eventual resultado danoso derive de modo imediato da conduta de um dos participantes, mas deva na realidade remontar a uma prestação precedente que integre o âmbito de responsabilidade exclusiva de terceiro, aquele que atuou em último lugar não pode ser responsabilizado por tal resultado” ⁽⁷⁰⁾.

Neste sentido, SHUMANN de forma a resolver as dúvidas colocadas no âmbito da atividade desenvolvida segundo organização de divisão do trabalho, propõe o recurso à figura da autoria mediata. Assim, para o autor o “homem de trás”, é aquele a quem

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.128.

⁶⁹ STRATENWERTH, Günter, << Arbeitsteilung und arztliche Sorgfaltspflicht >>, in: *Fest. für EB. Schmidt*, Gottigen: Vandenhoeck um Ruprecht,1961, p. 400 apud FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.128.

⁷⁰ FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.130.

cabe a primeira atuação, a qual se vão seguir as dos demais intervenientes no processo. Por sua vez, o “homem da frente” é aquele no seguimento da atuação do “homem de trás” e, aproveitando a mesma, realiza a sua própria tarefa.

Segundo o autor o “homem da frente” apenas poderá invocar o princípio da confiança “quando a função do *Hintermann* (homem de trás) consistir precisamente em desonerar o *Vordermann* (homem da frente) de deveres de cuidado que integram a esfera de competência deste e que, com isso, o âmbito de responsabilidade se estenda, penetrando o âmbito de responsabilidade do *Vordermann*”⁽⁷¹⁾.

No entanto, para uma adequada delimitação dos âmbitos de responsabilidade de cada um dos intervenientes, deve recorrer-se à função profissional do agente. Assim “um médico na prescrição de medicamentos tem obrigação de se informar na literatura científica acerca das experiências com o medicamento - por outro lado já não integra as competências do médico a obrigação de mandar analisar a verdadeira composição dos medicamentos por ele usados”⁽⁷²⁾.

Todavia, a crítica que se dirige a este princípio será, nos casos em que surgem deveres de cuidado secundários, tal como referido anteriormente, e o sujeito a quem se dirigem primariamente os deveres de cuidado, não ser uma pessoa responsável, ou possuir uma responsabilidade diminuída. Aqui, não havendo exclusão do agente primariamente obrigado, haverá um concurso de responsabilidades entre este e aquele sobre qual cumprem os deveres de cuidado secundários.

5. COMPARTICIPAÇÃO NO FACTO NEGLIGENTE

Como já havia sido referido anteriormente, existem situações nas quais o princípio da confiança não atua, nomeadamente, quando numa intervenção médica um dos intervenientes confie na atuação de outro, na realização de determinado ato, quando não o devia ter feito, pois as circunstâncias demonstravam que o outro atuava violando deveres de cuidado que deviam ter sido conhecido pelo primeiro. Neste caso, este ao confiar na conduta do colega viola o seu dever de cuidado. Ou mesmo quando, independentemente da atuação do princípio da confiança, dois ou mais intervenientes da

⁷¹ SCHUMANN, Heirbert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen: J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986, pp. 6 e ss apud FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.131.

⁷² FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.132.

equipa médica violam sucessiva ou simultaneamente os deveres de cuidado exigíveis no caso concreto.

Neste âmbito, coloca-se a questão de equacionar, no âmbito da co-atuação negligente, uma hipótese de co-autoria.

5.1 Co-autoria negligente

No caso em que a atuação de vários agentes, resulta de um mesmo ilícito típico negligente, pode colocar-se a questão de estarmos perante a figura da comparticipação, o que justifica a caracterização da autoria e a sua distinção em relação à cumplicidade.

Mesmo, admitindo espaço neste âmbito para uma cumplicidade num ilícito-típico negligente, a mesma não seria punível porque se pressupõe uma atuação dolosa ⁽⁷³⁾.

Nos termos do artigo 15º CP, nos crimes negligentes é considerado autor “ [...] quem (...) não proceder com o cuidado devido a que, segundo as circunstâncias, está obrigado...” ⁽⁷⁴⁾.

Neste sentido parafraseando FIGUEIREDO DIAS “é autor todo aquele que, por violação do dever objetivo de cuidado objetivamente devido, contribui para a criação de um risco não permitido que se concretiza num resultado...” ⁽⁷⁵⁾.

Para EDUARDO CORREIA que adota o conceito extensivo de autor “ [...] será autor de um delito aquela pessoa ou pessoas que tiverem levado a cabo qualquer comportamento que esteja num nexó de causalidade com o preenchimento do respetivo tipo legal” ⁽⁷⁶⁾. Tal conceção afigura-se, no entanto, incompatível com o nosso Código Penal, na medida em que, a cumplicidade não é uma forma de autoria, e nos termos do artigo 26.º do CP, o “autor” não é quem causa o facto, mas quem o executa direta ou indiretamente, neste sentido FIGUEIREDO DIAS “ [...] um conceção correta de autoria terá por força de radicar na realização pessoal do ilícito típico, não na sua causação” ⁽⁷⁷⁾.

⁷³ Cfr. Art. 27 CP.

⁷⁴ Cfr. Art. 15 CP.

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, 2001, p.367.

⁷⁶ CORREIA, Eduardo, <<Problemas Fundamentais da Comparticipação Criminosa, In “ *Revista de Direito e Estudos Sociais*”, Coimbra, 1948, p. 6.

⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 30.º Cap., § 6.

Assim, no que respeita aos crimes dolosos de ação, deve partir-se de um conceito restrito de autoria.

Nos crimes dolosos de ação, a doutrina maioritária adota como critério de autoria o da teoria do domínio do facto, segundo esta teoria o autor é nas palavras de ROXIN “a figura central do acontecimento”⁽⁷⁸⁾.

Partindo-se desta teoria, no caso de realização de um ilícito típico por uma pluralidade de agentes, para além do(s) autore(s) tem de considerar-se a figura dos participantes, (que configuram os cúmplices nos termos do artigo 27.º do CP) que se traduzem em figuras secundárias na realização do facto, pois “não realizam o tipo de ilícito, mas participam de um tipo de ilícito realizado por outrem”⁽⁷⁹⁾.

No entanto, perante uma situação em que uma atuação de uma pluralidade de pessoas resulta num crime negligente, não é possível determinar quem detém o domínio do facto, nem delimitar uma divisão de papéis na execução do mesmo⁽⁸⁰⁾.

A generalidade da doutrina, defende neste tipo de crimes um conceito unitário de autoria: “é autor, todo aquele que com a sua atuação violadora do cuidado exigível, cria ou potencia o perigo proibido que se concretiza no resultado típico”⁽⁸¹⁾.

JESCHECK e WEIGEND entendem que se deve partir de um conceito restritivo de autoria nos caso de negligência consciente, no entanto, tal posição tem sido criticada, primeiro, porque tendo a negligência uma estrutura unitária deverá ser tratada de igual forma em sede de autoria, por outro lado, porque no crime negligente o autor não tem “[...] vontade de realização do facto”⁽⁸²⁾.

Quanto à questão da praticabilidade dogmática da coautoria negligente, o principal obstáculo que se levanta neste âmbito, reside na inexistência de mútuo acordo na decisão conjunta entre uma pluralidade de autores que em conjunto realizam um ilícito típico negligente.

⁷⁸ ROXIN, Claus, *Autoria y dominio del hecho em Derecho penal (tradução de Cuello Contreras e Gonzáles de Murillo)*, Madrid/ Barcelona : Marcial Pons, 2000, p. 367.

⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 30º Cap., § 2, e 32.º Cap.

⁸⁰ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS “...todo o critério do domínio do facto é pois aqui inaplicável, e com efeito, relativamente à negligência inconsciente, como à própria negligência consciente...”. DIAS, Jorge de Figueiredo, *DIREITO PENAL, PARTE GERAL, TOMO I, QUESTÕES FUNDAMENTAIS, A DOCTRINA GERAL DO CRIME*, 2ª ed. 2º reimp, 2012.

⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Parte Geral I, 2ª edição.*, Coimbra: Coimbra Editora, 2ª edição., 2007, 35.º Cap., § 48.

⁸² WEIBER, Bettina, <<Gibt es eine fharlassige Mittaterschaft?>>, *JZ*, (1998), pp. 231-2, apud FIDALDO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.168.

Neste sentido, segundo JAKOBS, em vez de ser exigida uma decisão conjunta no sentido de um acordo recíproco, “o mais correto será, conformar tais casos como uma *decisão de ajustamento*, com o que, o participante que não executa diretamente, mas coopera na configuração, ajusta ou vincula a sua atuação contributiva à conduta do executor”⁽⁸³⁾.

Todavia, a doutrina espanhola começa a aceitar a possibilidade de participação nos crimes negligentes, neste sentido GOMÉZ RIVERO⁽⁸⁴⁾ considera como exemplo, a atuação negligente conjunta de um anestesista e de um cirurgião, que devido à cooperação exigida entre ambos, configura como uma hipótese de co-autoria.

Também no Brasil, é entendimento consensual na doutrina, a possibilidade de co-autoria nos crimes negligentes e, neste sentido, vai também a respetiva jurisprudência, neste termos, referimo-nos a título de exemplo, a um caso julgado pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Paraíba em 1 de Junho de 1999, em que perante uma intervenção cirúrgica a uma criança de 9 anos, levada a cabo mesmo após verificada a intolerância da paciente aos anestésicos, o que resultou na sua morte, e na acusação por co-autoria por homicídio culposo, ao cirurgião e ao anestesista.

Por sua vez, entre nós FIGUEIREDO DIAS, também aceita a figura da co-autoria, no entanto, não como uma “decisão conjunta *dirigida* à realização do ilícito típico” (como nos crimes dolosos), mas como a “potenciação *conjunta* de um risco, não permitido que se exprime na realização típica”⁽⁸⁵⁾. Assim, entende o autor que para evitar equívocos deve substituir-se o termo de co-autoria negligente para o de *comportamento negligente conjunto*⁽⁸⁶⁾. O que configura a solução mais adequada, em alternativa à da absolvição dos arguidos, nos termos do artigo 27.º n.º 1 do CP, “seja por falta de prova, seja porque o “auxílio” de um ao facto de outro não seria punível por o crime por o crime cometido não ser doloso”⁽⁸⁷⁾. E ainda, será compatível com o teor do artigo 26.º do nosso CP, (que tal como no Código Alemão) pressupõe que o agente seja

⁸³ G. Jakobs, AT, II, 4, 41, (trad. Castelhana, DP,PG, p. 1997, pg. 746, apud RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *A Negligência Médica Hospitalar na Perspetiva Jurídico-Penal, ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE CRIMINAL MÉDICO-HOSPITALAR*, 2013, p. 402.

⁸⁴ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *A Negligência Médica Hospitalar na Perspetiva Jurídico-Penal, ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE CRIMINAL MÉDICO-HOSPITALAR*, 2013, p. 407.

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral I, Coimbra : Coimbra Editora, 2004, 35.º Cap., §49.*

⁸⁶ *Ibidem*, p.177.

⁸⁷ *Ibidem*, 35.º Cap., §50.

interveniente direto na execução do facto, por acordo ou juntamente com outro ou outros, não se exigindo uma decisão conjunta, nem exigindo que o facto seja dolos⁽⁸⁸⁾.

A doutrina alemã tem-se dedicado a estabelecer quais os pressupostos necessários para que se possa estar diante de uma situação de co-autoria negligente.

Neste sentido, WEIBER entende que os intervenientes devem estar todos, objetivamente, obrigados ao mesmo dever de cuidado⁽⁸⁹⁾, não se exigindo, neste âmbito, um plano de ação comum como na co-autoria, mas antes a cooperação voluntária dos intervenientes na realização da ação ou omissão descuidada. Neste seguimento, é ainda necessário para que se afirme a co-autoria negligente, que cada co-autor tenha conhecimento que, se aplicam aos demais, os mesmos deveres de cuidado que a si mesmo, este é, no entanto, um pressuposto mais difícil de provar, e por isso existe esta consciência de igual dever de cuidado para todos os agentes, mesmo que o autor em concreto, no momento da prática do facto, não tenha admitido a existência do dever de cuidado exigível naquele momento.

Segundo RENZIKOWSKI desde logo, para que se possa admitir a possibilidade de uma co-autoria negligente, é exigível um projeto conjunto de ação, não sendo necessária a relação causal entre o resultado e cada uma das condutas individuais, sendo que para que se possa imputar o resultado aos agentes, é necessário que cada um no momento da prática do facto pudesse e devesse conhecer a perigosidade do projeto conjunto⁽⁹⁰⁾.

Apesar de tais considerações, fica ainda por esclarecer se se exige ou não o projeto de ação comum para se afirmar a co-autoria negligente, todavia, no âmbito da medicina em equipa, a afirmação de que um comportamento negligente conjunto poderá ser a solução a seguir, quando da atuação em equipa resultar um dano para o paciente, sem que se possa apurar qual dos agentes produziu o resultado danoso.

⁸⁸ Ibidem, 31.º Cap., §§ 31 e 33, e 35.º Cap., §49.

⁸⁹ WEIBER, Bettina, <<Gibt es eine fahrlässige Mittaterschaft?>>, JZ (1998), pp. 236-7, apud FIDALDO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.176.

⁹⁰ RENZIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Taterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, pp.282 e ss., esp. Te 288 e ss apud FIDALDO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.179.

6. Determinação dos âmbitos de Responsabilidade no exercício da medicina em equipa

Uma vez tecidas as considerações anteriores, cabe-nos agora concretizar de que modo os princípios da divisão do trabalho e da confiança podem ser invocados no âmbito das situações em concreto onde, do exercício da medicina em equipa, resultam danos para a vida ou integridade física do paciente.

Neste sentido, abordaremos apenas, as relações verticais que se estabelecem no exercício da medicina.

Assim, numa perspetiva vertical, considerar-se-ão as relações de supra/infra ordenação que se estabelecem entre o médico que assume as funções de chefe de equipa e os demais profissionais (médicos da mesma especialidade e profissionais não médicos) que integram a mesma equipa. Sendo assim, neste sentido, iremos referir-nos à relação de supra/infra ordenação que se estabelece no âmbito de relações hierárquicas, aos deveres que derivam para o “chefe de equipa”, à responsabilidade do subordinado e à relação entre o médico em formação e o médico orientador.

6.1 As Relações Hierárquicas – a relação de supra/infra ordenação

A divisão vertical de trabalho é aquela que geralmente se estabelece entre sujeitos que possuem diferentes graus de qualificação académica. Como exemplo paradigmático, refere-se a relação entre o médico e a enfermeira, apesar de também poder existir entre médicos de especialidades diferentes, auxiliares de enfermagem, ginecologista e parteira, entre outros. A divisão vertical de trabalho caracteriza-se formalmente, pela existência de uma relação de supra/infra ordenação, entre os intervenientes e, materialmente, devido ao facto de, na generalidade, existir um ato de delegação de competências por parte do chefe de equipa em outros membros da equipa, que tenham as necessárias capacidades para realizar o ato em questão.

As equipas médicas, apresentam diferentes configurações, quer quanto às suas finalidades, quer quanto à sua constituição. Neste sentido, JOSÉ MANUEL CASEIRO, refere que, o modo como a equipa atua e como se articulam os vários elementos que integram a mesma, variam de acordo com as características da própria equipa, “e, muito

especialmente, conforme a existência ou não de mais que uma disciplina médica na sua constituição”⁽⁹¹⁾.

A chefia de uma equipa médica poderá caber a qualquer um dos médicos que a constituem, tendo em conta o “objetivo da constituição da equipa, a especialidade de referência, quando exista, a competência reconhecida a cada um e a experiência dos vários elementos”⁽⁹²⁾.

O chefe de equipa, para além das funções que lhe competem, nos termos da divisão do trabalho, terá também deveres de coordenação, estes deveres compreendem, desde logo, deveres de seleção dos seus colaboradores e de comprovação da sua qualificação técnica e pessoal, deveres de informação, instrução e deveres de vigilância de forma a evitar possíveis erros, e em determinadas situações, deveres de controlo de trabalho da equipa⁽⁹³⁾.

No que respeita à divisão de tarefas, o superior hierárquico deve proceder de modo a que todas as tarefas sejam atribuídas corretamente.

Neste ponto, importa referir uma distinção, pois a responsabilidade do chefe de equipa poderá ser diferente consoante exista ou não a possibilidade de ser ele a eleger o subordinado. Esta possibilidade varia conforme estejamos perante unidades de saúde públicas ou privadas, porquanto nas públicas, por regra, a seleção dos membros da equipa não pertence ao chefe de equipa, logo não teria sentido falar em responsabilidade pela escolha errada dos seus colaboradores.

Neste âmbito de coordenação de tarefas coloca-se a questão da delegação de tarefas do superior aos subordinados, e põe-se aqui sobretudo o problema de saber até que ponto é lícita a delegação por parte do médico de certos atos nos enfermeiros. O médico terá sempre que ter em conta as características próprias da formação académica destes profissionais de saúde, não pode delegar atos para os quais sabe que os subordinados não têm competência e capacidade de realização de acordo com as *leges artis*.

Assim, quer se trate de uma simples atribuição de tarefas por parte do médico pelos diferentes membros que constituem a equipa, quer se trate de uma verdadeira

⁹¹ CASEIRO, José Manuel, << A equipa médico-cirúrgica>>, *Rev.SPA*, 15 (2006), p.10. apud FIDALDO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p.214.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Cf. ULSENHEIMER, Klaus, *Arztstrafrecht in der praxis*, 3. *Auf.*, Heidelberg: C. F. Muller Verlag, 2003 ,I, § 1, n.º 174, apud FIDALDO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p. 215.

delegação de tarefas que, originariamente lhe pertenciam, o pressuposto a seguir será sempre o de que o médico só pode atribuir funções a quem apresentar as qualificações necessárias para as exercer, podendo confiar que as capacidades de cada um são correspondentes às respetivas qualificações.

Neste sentido, podemos concluir que vale também aqui o princípio da confiança, salvo se ocorrerem circunstâncias que alterem a normal presunção de capacidade dos subordinados.

Relativamente ao dever de controlo, o mesmo destina-se a evitar os perigos característicos à atividade médica em equipa, que podem resultar em ofensas à vida ou integridade física dos pacientes. Por norma, estes perigos derivam de falhas na comunicação, qualificação e coordenação. Pode acontecer que um qualquer membro da equipa que assuma uma tarefa atribuída pelo chefe de equipa, não tenha capacidades/experiência suficiente para a realizar, como pressuposto pelo chefe de equipa no momento da atribuição da mesma, nestes casos, recai sobre o chefe de equipa um dever de vigilância e instrução de forma a atenuar as possibilidades de perigo resultantes de uma eventual falha. Também, podem ocorrer situações de perigo resultante de falhas na comunicação, falhas que podem levar à morte do paciente.

As deficiências na coordenação, ainda podem ser uma relevante fonte de perigos no exercício da medicina em equipa.

Neste âmbito, havendo consenso quanto à existência de um dever de controlo por parte do chefe de equipa, existem no entanto dúvidas quanto à sua extensão, sendo que esta será maior quanto menor for a extensão do princípio da confiança.

Entre nós, nas relações verticais vale no geral o princípio da confiança, quando não houver circunstâncias que alterem a presunção de capacidade e preparação dos colaboradores.

Porquanto, não faria sentido, um dever de vigilância permanente da atividade dos colaboradores, nomeadamente nas tarefas próprias dos mesmos, pois se “o médico prescrever adequadamente o fármaco e a posologia e, se o enfermeiro trocar o medicamento ou o administrar em dose superior à recomendada, a responsabilidade por eventuais danos será do enfermeiro e não do médico”⁽⁹⁴⁾.

⁹⁴ FIDALDO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p. 231.

6.2 A Responsabilidade do Subordinado

Posto tais considerações, coloca-se a questão de saber até que ponto pode o subordinado ter em conta a falta de cuidado do superior, entende-se que não existe esteve dever de controlo na atuação do superior, todavia, esta “confiança das decisões e instruções do superior não pode ser uma confiança cega”⁽⁹⁵⁾.

A doutrina maioritária⁽⁹⁶⁾, entende que, nas situações em que o subordinado considerar que do cumprimento da ordem pode resultar uma lesão para o paciente tem o dever de discordar, pois caso não concorde e realizar a tarefa sem nada dizer, estará a violar o seu dever de advertência e, poderá incorrer em concurso de responsabilidade com o chefe de equipa.

Coloca-se ainda quanto a este aspeto, a questão de saber até que ponto pode o subordinado ser responsabilizado, por não ter percebido a falha que cometeu o superior, nesta sede, poderá usar-se como critério de análise a “figura-padrão” ou então recorrer ao critério de análise do erro em medicina que leva à distinção entre lapsos e enganar, neste sentido será mais fácil para um subordinado aperceber-se de lapsos do superior que resultam de meras distrações, do que propriamente de enganar, porque pode não possuir, na situação em concreto, os conhecimentos suficientes para os detetar⁽⁹⁷⁾.

No entanto uma ordem superior pode, também, ser errada, devido ao facto de ser atribuída a alguém que não tem qualificação suficiente ou não se encontra em condições de a realizar. Nesta situação, o superior poderia ser responsabilizado pelo erro na escolha do colaborador e, por sua vez, o subordinado que aceita a tarefa, “sabendo todavia ou sendo-lhe pelo menos cognoscível, que para tanto lhe faltavam os pressupostos anímicos (espirituais) e/ou corporais necessários”⁽⁹⁸⁾, “poderá incorrer em negligência na aceitação ou assunção”⁽⁹⁹⁾.

⁹⁵ Ibidem p 239.

⁹⁶ FIDALDO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p. 240.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral I*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 35º Cap., § 25.

⁹⁹ FIDALDO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, p. 242.

6.3 A Relação entre o Médico em Formação e o Médico orientador

Após a licenciatura em Medicina, realiza-se o internato médico que consiste numa fase de formação composta por um período de doze meses de formação inicial e por um período, subsequente, de formação específica cuja duração varia entre os quatro e seis anos, de acordo com as especialidades em causa.

Ao longo deste período de formação, os internos realizam as suas tarefas sempre sob instruções de um orientador de formação “a quem compete a orientação personalizada e permanente da formação e da sua integração nas equipas de trabalho das atividades assistenciais, da investigação e ensino, de acordo com os novos programas de formação”⁽¹⁰⁰⁾.

Nos termos dos diplomas que regulam o internato médico, cabe ao orientador a orientação e fiscalização direta, personalizada e permanente do médico em formação⁽¹⁰¹⁾. No entanto, não se encontra nestes diplomas nenhuma norma referente à questão da responsabilidade do médico orientador quando da atuação do seu orientando resultar um dano à saúde ou integridade física do paciente, e quanto à eventual responsabilização do médico interno apesar de se encontrar em período de formação.

Neste âmbito, há quem considere que no que respeita à relação entre o médico orientador e o médico em formação estamos perante um situação de trabalho em equipa, e como tal, para delimitar a responsabilidade de cada interveniente no ato médico, deve ter-se em conta o princípio da confiança.

Todavia, neste âmbito, o princípio da confiança, devido às particulares características que revestem a relação em causa, cede lugar ao dever de controlo e orientação do médico orientador.

Neste sentido JORGE FIGUEIREDO DIAS referindo o seguinte: “Poderá entender-se que sobre o orientador de formação, dadas as suas funções de instrução, impende um dever de garante face à atuação do médico interno, pelo que aquele poderá ser responsabilizado por omissão”⁽¹⁰²⁾.

Contudo, numa fase mais avançada do processo de formação, em que o médico interno já realiza autonomamente determinadas intervenções, coloca-se a questão de uma eventual responsabilização do mesmo. Quanto a esta responsabilização não poderá,

¹⁰⁰ Ibidem, p. 246.

¹⁰¹ Cfr. artigo 4º e artigo 15º nº 1 do Regulamento do Internato Médico.

¹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral I*, 2ª edição., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 38º Cap., § 48.

em princípio, falar-se numa negligência (anterior) na assunção ou aceitação, pois ainda se encontra numa fase de formação, todavia, pode verificar-se a situação da violação do dever de cuidado e, conseqüentemente, realização de um tipo de ilícito negligente.

Neste âmbito a verificação da violação do dever de cuidado torna-se mais difícil, pois estamos perante profissionais cujas aptidões não correspondem ainda aos critérios definidos como “modelo” a respeitar no exercício da medicina.

Assim, na verificação da violação do dever de cuidado por parte do médico em formação, os critérios devem ser diferentes daqueles aplicáveis aos médicos já formados, neste sentido, deve ter-se em conta os conhecimentos e experiência adquiridos pelo médico interno durante a fase de formação, e recorrer à figura-padrão de um médico interno “fiel aos valores protegidos, prudente e consciencioso”⁽¹⁰³⁾, nas mesmas circunstâncias.

Pode concluir-se que, no âmbito da relação entre médico em formação e médico orientador, devido ao dever de fiscalização e orientação face ao médico interno, não pode o médico sénior invocar o princípio da confiança de modo a afastar a responsabilidade dos atos praticados pelo seu orientando resultantes das suas instruções. Assim, um médico formador pode vir a ser, exclusivamente, responsabilizado pelos atos praticados pelo seu orientando seguindo as suas orientações, quando destes resultem lesões para o paciente.

Não estando porém excluída a hipótese de o médico em formação ser unicamente responsabilizado por atos por ele praticados, nomeadamente nos casos em que em que se subtrai ao controlo do médico formador desempenhando atividades para as quais não estava capacitado nem devidamente autorizado.

¹⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral I*, 2ª edição., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 38º Cap., § 48.

Conclusões

1. Devido aos progressos verificados na medicina nos últimos anos, hoje em dia existe uma maior complexificação da atividade médica, e uma alteração do paradigma da mesma.
2. Atualmente, está cada vez mais presente o fenómeno da atividade médica em equipa, realizada no âmbito de uma estrutura hospitalar onde colaboram equipas constituídas por médicos de diferentes especialidades e outros profissionais de saúde que, em conjunto, desenvolvem o ato médico.
3. Devido à relevância social inerente à atividade médica, o nosso legislador estabeleceu um regime privilegiado para as intervenções e tratamentos médico – cirúrgicos, nomeadamente no artigo 150.º do CP.
4. No entanto, apesar deste regime privilegiado, o direito penal não pode deixar de intervir quando estejam em causa situações em que o médico viola o dever de cuidado que sobre ele recai, e proporciona a criação de um risco não permitido resultando numa ofensa à integridade física ou saúde do paciente.
5. Para apuramento dos âmbitos de responsabilidade de cada profissional de saúde, no âmbito de uma atuação em equipa, é necessário apurar a violação do dever de cuidado de acordo com o critério das *leges artis* e com base nos princípios da confiança e divisão do trabalho.
6. Nos crimes negligentes, não se pode falar em “teoria do domínio do fato” como critério de autoria. Neste sentido, poderá falar-se apenas numa situação de “autoria paralela”, ou de uma co-autoria negligente (comportamento negligente conjunto). No entanto, e face a esta última questão, não existe ainda consenso na doutrina quanto aos pressupostos de atuação desta forma de autoria.
7. Na atuação em equipa, no âmbito das relações verticais, surge para o chefe de equipa o dever de coordenação da atividade da equipa e, em certas circunstâncias, um dever de controlo e fiscalização da atividade dos membros da equipa. Nestas relações, também está presente o princípio da confiança, no entanto, o mesmo por vezes é limitado pelo dever de controlo que existe por parte do superior em relação ao subordinado.
8. Na relação existente entre o médico em formação e o médico orientador, em regra, não vale o princípio da confiança, pois existe aqui um dever de controlo,

orientação e vigilância da atividade do médico em formação devido à sua pouca experiência profissional. Neste âmbito, se o médico em formação atuar segundo ordens e instruções do médico formador e dessa atuação resultar um dano, a responsabilidade é apenas imputada ao médico orientador. No entanto, caso o médico em formação realize atos fora das suas competências sem a devida autorização, poderá ser unicamente responsável por eventuais danos resultantes da sua atuação.

Bibliografia

ANDRADE, Manuel da Costa, *Anotação ao artigo 150º do Código Penal*, in: *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª Edição, 1999.

- *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 468.

ANTUNES, João Lobo, *Sobre o Erro*, in *Um Modo de Ser*; Gradiva, Lisboa, p. 81.

CANOTILHO J.J Gomes/MOREIRA Vital, *A Constituição da República Portuguesa Anotada- Volume I*, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição revista, 2007.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais- Teoria Geral do Crime*, 2ª edição.

CASCÃO, Rui Prista Patrício, *A responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária, Lex Medicinæ – RPDS*, 1 (2004), Ano 1, nº 1.

CORREIA, Eduardo, *Problemas Fundamentais da participação criminosa*, in “Revista de Direito e Estudos Sociais”, Coimbra, 1948

COSTA, José Faria de, *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo, *Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

- *Direito Penal - Parte Geral I*, 2ª edição., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

- *Direito Penal - Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge Figueiredo/ MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade médica em Portugal*, BMJ, 332, (1984).

FARIA, Paula Ribeiro de, *Aspetos Jurídico- penais dos transplantes*, Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995.

- *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal- Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*. Porto, Publicações Universidade Católica, 2005.

FIDALGO, Sónia, in *Responsabilidade Penal Por Negligência No Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

FRAGATA, José/ MARTINS, Luís, *O erro em medicina. Perspetiva do individuo, da organização e da sociedade*, Coimbra: Almedina, 2005, 4ª reimp, 2014.

GOMÉZ PAVÓN, Pilar, *Tratamientos médicos: su responsabilidad civil y penal*, Barcelona: Editorial Bosch, S. A., 2004.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra :Coimbra Editora, 1999.

PENNEAU, Jean, *La responsabilité médicale: responsabilité ou assurance*, Rev. Int. Droit Comp., 42, 1990.

PEREIRA, Rui, *O dolo do perigo (contribuição para a dogmática da imputação subjetiva nos crimes de perigo concreto)*, Lex- Edições Jurídicas, 1995.

- *Os crimes contra a integridade física na revisão do Código Penal*, in: Jornadas sobre Revisão do Código Penal, Lisboa: AAFDL, 1998.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade Médica em Direito Penal. Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Coimbra: Almedina, 2007.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El medico ante el Derecho, Ministerio de Sanidad Y Consumo General Técnica*, 1985.

ROXIN, Claus, *Autoria y dominio del hecho em Derecho penal*, Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2000.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português: Parte Geral II. Teoria do Crime*, Lisboa: Editorial Verbo, 1998.

VASQUÉZ, Virgilio Rodríguez, *RESPONSABILIDAD PENAL EM EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES MÉDICO- SANITARIAS, (Criterios para delimitar la responsabilidad penal en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios)*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012.

Documentos Web

Carneiro, António Vaz. «O erro clínico, os efeitos adversos terapêuticos e a segurança dos doentes: uma análise baseada na evidência científica», in Revista Portuguesa de Saúde Pública (RPSP),2010; Vol. Tem.(10):3-10. Disponível em <http://www.elsevier.pt/pt/revistas/-323/artigo/o-erro-clinico-os-efeitos-adversos-terapeuticos-e-X0870902510898082> .

GRAÇA, Luís, *Evolução do Sistema Hospitalar: Uma Perspetiva Sociológica (VII parte)*. Europa: o Sistema Técnico (depois da II Guerra Mundial), 2000, in www.ensp.unl.pt/luis.graca/textos99.html .