



Responsabilidade Penal no âmbito da Equipa Médica

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.

- Mestrado em Direito criminal -

Bruno Miguel da Costa Cunha

PORTO 2014

Responsabilidade Penal no âmbito da Equipa Médica



Responsabilidade Penal no âmbito da Equipa Médica

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 a orientação científica da Senhora Professora Paula Ribeiro Faria

- Mestrado em Direito Criminal -

Bruno Miguel da Costa Cunha

PORTO 2014

Ao meu falecido Pai, durante o tempo de vida em que me acompanhou pelo carinho, dedicação, amor, paciência, e pela força e motivação para seguir os meus sonhos

Há minha Mãe, pelo carinho, amor, paciência, dedicação e coragem para prosseguir os meus objetivos

A toda a minha família, pelo enorme carinho, afeto e compreensão, pois sem eles nada disto teria sido possível

A todos os meus Amigos, sem citar nomes, têm um lugar cativo no meu coração, pelos momentos em que me deram a mão quando tudo parecia impossível de alcançar, não olhando a horas nem a distâncias para me transmitir palavras de conforto sempre acreditando que seria capaz de concretizar o meu objetivo

Agradeço profundamente à Professora Paula Ribeiro Faria, por ter aceitado ser a minha orientadora e por ter tido o privilégio de enriquecer os meus conhecimentos com os seus conselhos e por todo o apoio e disponibilidade, o meu profundo obrigado

Enfim, muito obrigado a todos

*“Não basta que todos sejam iguais perante a Lei. É preciso que a Lei seja igual
perante todos”*
Salvador Allende

Siglas e Abreviaturas

Ac. - Acórdão

Art. (s) – Artigo (s)

Al. – Alínea

Cfr – Conferir

CODM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CP – Código Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

Nº. – número

Ob. cit. – Obra citada

Pág. – Página

P. – Página

RDES – Revista de Direitos e Estudos Sociais

Índice

Introdução.....	9
1.O médico e o Direito – evolução.....	11
2.Legis Artis.....	12
3.Análise do Erro em Medicina.....	15
3.1.O Erro – Perspetiva Individuo.....	16
3.2.O Erro – Perspctiva do Sistema.....	18
4.Dever de Cuidado – a sua violação no âmbito da Medicina.....	19
4.1.Violação do dever de cuidado e o “erro médico”.....	22
5.O exercício da medicina em equipa – caracterização.....	23
5.1.Princípio da Divisão Trabalho.....	24
5.2.Princípio da Confiança.....	26
5.2.1.Fundamento e relevância do princípio da confiança.....	26
5.2.2.Pincípio do Risco Permitido.....	27
5.2.3.Pincípio da Auto-responsabilidade.....	28
5.2.4. Posição Adotada.....	31
6.Problema da Comparticipação.....	32
6.1.A questão da Co-Autoria Negligente.....	32
6.2.Comparticipação: coautoria negligente.....	35
7.Determinação dos âmbitos de Responsabilidade no exercício da medicina em equipa.....	36
7.1.Relações entre Médicos da mesma especialidade.....	37
7.2.Relações entre médicos de especialidades diferentes.....	38
7.3.Relações entre médicos de especialidades diferentes: o caso do médico de família e do médico de especialidade terapêutica.....	40
7.4. Relações entre médicos de especialidades diferentes: o caso do médico especialista e o médico de especialidade instrumental.....	42
7.5. O caso particular entre o médico-cirurgião e o anestesista.....	43
8. Conclusão.....	45

Introdução

O tema da responsabilidade penal no âmbito da equipa médica tem sido alvo de atenção pela sociedade em que vivemos. Não obstante ser um tema recorrente na imprensa, a realidade é que durante muitos anos, não eram muitos os casos de responsabilidade médica apreciados pelos tribunais portugueses. Contudo, e na minha opinião, essa tendência tem vindo a mudar devido à evolução da sociedade e da própria medicina, tendo vindo os tribunais a julgar um número cada vez maior de casos relacionados com a responsabilidade resultante de erros praticados no exercício da medicina.

A saúde é um sector de actividade que merece grande atenção por parte da sociedade, não só pela importância que ela assume na vida de cada cidadão, mas também por se tratar de um direito consagrado constitucionalmente no art. 64º da CRP, que estabelece o seguinte: “ O direito à 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 (...)”¹.

O Direito estabelece a relação entre determinados factos e os seus agentes, em ordem ao apuramento da sua responsabilidade, desde que eles estejam ligados a violações de deveres de cuidado – um profissional não pode responder de forma desrazoável pelos seus atos. Há erros relevantes, e há depois uma multiplicidade de erros irrelevantes que são tratados no âmbito da responsabilidade pelo risco, ou como acidentes.

Quanto à responsabilização do profissional de saúde, existem três ordens de responsabilização: a disciplinar, a civil e a penal.

A responsabilidade disciplinar diz respeito a uma responsabilidade corporativa ou ético-profissional, cabendo à Ordem dos Médicos² neste domínio o poder de, abrir processos e aplicar sanções aos seus membros. Uma grande parte das ações

¹ Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição revista, 2007, p.831

² Estatuto Disciplinar dos Médicos - art. 2º do Dec.-Lei nº 217/94, de 20/8 “Comete infração disciplinar o médico que, por ação ou omissão, violar, dolosa ou negligentemente, algum ou alguns dos deveres decorrentes do Estatuto da Ordem dos Médicos, do Código Deontológico, do presente Estatuto, dos regulamentos internos ou das demais disposições aplicáveis”.

disciplinares exercidas sobre os médicos, pela respetiva Ordem, decorre da violação de normas e deveres constantes do Código Deontológico.

A responsabilidade civil por danos causados pela atividade médica pode ter fundamento contratual ou extracontratual. É contratual, quando estamos perante uma situação de incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato de prestação de serviços médicos. Trata-se de responsabilidade extracontratual quando decorre da violação de direitos absolutos do doente, não se chegando a formar ou a concluir um contrato (acordo de vontades) entre médico e doente.

A responsabilidade penal dos médicos deriva da prática de um crime, determinando a aplicação de uma pena ao agente infrator, existindo neste caso regras específicas que disciplinam os atos médicos, *máxime*, o art. 150º do Código Penal.

É exatamente no âmbito do Direito Penal, em concreto, no âmbito da responsabilização da atividade médica em equipa, que a presente tese pretende clarificar qual o grau de atuação e conseqüente responsabilidade de cada profissional de saúde.

Para tal, a doutrina tem utilizado os princípios da divisão do trabalho e da confiança, como instrumentos basilares para aferir se existiu uma violação dos deveres de cuidado do qual resultará um risco para a saúde ou vida do paciente.

Nas palavras de SÓNIA FIDALGO “ Entre os diversos profissionais estabelece-se uma teia complexa de relações e o âmbito de atuação do princípio da confiança dependerá da posição que cada profissional assume na equipa médica. Só delimitando o âmbito de atuação deste princípio será possível determinar até que ponto cada profissional deverá ter em conta uma falta de cuidado do outro membro da equipa e, correlativamente, delimitar os deveres de cuidado de cada um.”³

É esta problemática que me proponho desenvolver, tentando averiguar se, no âmbito de uma responsabilidade horizontal, existe uma responsabilidade individual ou coletiva, quem será o responsável apurando-se o erro, e a que título lhe será imputada essa responsabilidade, analisando as soluções apontadas pela doutrina e a jurisprudência.

³ Sónia Fidalgo, in *Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa*, Coimbra Editora, 2009, p.12

O médico e o Direito - Evolução

Durante várias décadas, a medicina desenvolveu-se num contexto misterioso e mágico. As doenças tinham origem divina e o médico era considerado como uma espécie de sacerdote, que atuava mediante mecanismos desconhecidos condicionando a vida ou a morte do paciente. A medicina era, pois, considerada sagrada, e como refere GUILHERME DE OLIVEIRA, “ a responsabilidade a que estavam sujeitos os médicos não era uma jurídica mas uma responsabilização religiosa e moral (...) decorrente do carácter sagrado do seu múnus”⁴. Desta forma, o médico era admirado e respeitado - muitas vezes até temido – por todos os sectores da sociedade, até mesmo pelos mais cultos e poderosos.

Entretanto, este conceito foi evoluindo ao longo da história e, hoje em dia, a medicina é considerada uma verdadeira ciência, com todas as suas implicações e limitações.

Como refere ROMERO CASABONA, “Ao longo do tempo, a prática da medicina foi ganhando a reputação de uma verdadeira arte, devido às dificuldades envolvidas, para ser acessível apenas para determinadas pessoas com uma excecional capacidade intelectual e moral para resultados inimagináveis que era capaz de obter graças a habilidade e a contribuição pessoal do médico praticante; Em resumo, a criatividade que caracteriza toda a arte”⁵ . Assim, o conceito de médico foi se desenvolvendo e, progressivamente, foi surgindo um novo profissional de saúde: o médico especialista.

Já não se pode contar com o médico generalista para cuidar de todos os problemas de saúde. A tendência vai no sentido de uma divisão de competências: verifica-se uma especialização direta, em que os médicos procuram dominar certas áreas específicas do conhecimento científico, e indireta, que decorre do aumento da delegação de tarefas de rotina.

⁴ Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 1999, p.94

⁵ Cfr. Romero Casabona, Carlos Maria, *El medico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo General Tecnica, 1985, p. 3.

O médico deixou de realizar tarefas singulares, passando a integrar-se numa estrutura de prestação de serviços, onde colaboram cada vez mais equipas pluridisciplinares e pluriprofissionais.

Assim, o ato médico, até então indivisível, passa a ser composto por uma série de intervenções complementares efetuadas por pessoal médico capaz de analisar e avaliar uma série de dados cada vez mais precisos sobre o paciente, e a atividade médica é desenvolvida predominantemente no âmbito de uma equipa - a equipa de saúde.

Neste âmbito, podemos concluir que a medicina expandiu consideravelmente o seu raio de ação, utilizando procedimentos cada vez mais aperfeiçoados e eficazes.

A relação médico-doente foi substituída por um trabalho coletivo de prestação de cuidados de saúde. A atuação independente de técnicos de diferentes especialidades sobre o mesmo doente, a agressividade terapêutica e a invasibilidade dos procedimentos, a utilização de aparelhos tecnicamente sofisticados e a contribuição de outras ciências (como a Bioquímica, Biofísica e Farmacologia), bem como a prevalência de doenças crónicas, são alguns dos fatores que contribuíram para tal.

Todos estes aspetos convergiram, sem dúvida, no sentido da complexificação da prática clínica. Estas mesmas transformações exigem capacidades de coordenação e comunicação, obrigando a respostas que excedem a preparação das organizações e, por isso, existe maior probabilidade de erro.

É evidente que toda esta evolução acarreta consigo consequências do ponto de vista jurídico, cabendo ao legislador criar normas claras e inequívocas que regulamentem a responsabilidade médica em equipa.

Legis artis

Os profissionais de saúde no exercício da sua atividade lidam com os bens jurídicos mais importantes do ordenamento legal, sendo eles, a vida e a integridade física do paciente.

Desta forma, se o médico atuar negligentemente – violando o dever objetivo de cuidado – e dessa actuação resultar a lesão da vida ou saúde do paciente, o mesmo será punido por ofensa à integridade física negligente (art. 148 CP), ou por homicídio negligente (art. 137 CP).

Contudo, o Código Penal confere um tratamento privilegiado às intervenções clínicas através do seu art. 150º, que estabelece que as intervenções e tratamentos clínicos não constituem, em princípio, ofensas à integridade física.

O art. 150º do Código Penal exclui a responsabilidade penal do médico ou outro profissional de saúde por lesões da integridade física ou pela morte do doente, desde que se cumpram os seus pressupostos. O fundamento deste preceito é a valoração social diferenciada da atividade dos profissionais de saúde, *maxime* dos médicos.

No que respeita aos seus pressupostos, temos de considerar dois de ordem objetiva e outros tantos de ordem subjetiva.

Ao nível dos pressupostos subjetivos, exige-se a qualificação profissional do agente que tem de ser médico, ou outra pessoa legalmente autorizada. Além disso, ele tem de atuar com intenção curativa, em sentido amplo (“com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença...⁶”), em que a pessoa que sofre a ingerência na sua esfera jurídica tem de ser o beneficiário. A intenção curativa, do ponto de vista subjetivo, significa o contrário do dolo de homicídio ou de ofensas corporais. Esta é uma das razões da previsão legal do art. 150º.

Mas também se têm de reunir dois pressupostos objetivos: terá que existir uma indicação médica para o tratamento, ou seja, este tem de se revelar indicado, o que significa que, de acordo com um raciocínio abstrato, deve apresentar maior hipótese de benefícios do que de desvantagens. Obviamente, não se trata de uma ponderação matemática, tem de ser um cálculo de razoabilidade e é necessário que a atuação do profissional de saúde tenha tido lugar segundo as *leges artis*, isto é, de acordo com as regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica.

Questão paradigmática para a compreensão da responsabilidade médica é, sem dúvida, o conceito de *leges artis*. O médico nunca poderá – salvo nos casos de análises clínicas, próteses dentárias – assumir uma obrigação de resultado, ou seja de curar o doente, mas deve sim, assumir um compromisso em que compromete empenhar o seu melhor esforço para atingir o objetivo, não se comprometendo a atingi-lo, tendo em conta as suas capacidades e técnicas para tratar o doente. As *leges artis* configuram-se como um conjunto de “normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”⁷, a que um médico se encontra vinculado.

⁶ Cfr o art.150º do Código Penal.

⁷ Cfr o art. 4º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

Embora não exista um conceito unitário de *leges artis*, este pode ser definido como sendo um conjunto de regras científicas e técnicas que o médico tem a obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente. Trata-se de um critério valorativo de um ato clínico praticado por um médico⁸. Ou nas palavras de GOMES RODRIGUES as *leges artis* são “um complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais”⁹.

Por sua vez, estes princípios e regras resultam de normas de orientação clínica, do código deontológico, de pareceres de comissões de ética, de protocolos, *guidelines*, livros e revistas especializadas.

Estando preenchidos todos estes requisitos aquando da intervenção do médico, ela não pode ser considerada um crime contra a integridade física ou contra a vida do doente, uma vez que o médico atuou de acordo com os conhecimentos técnicos e científicos, fazendo tudo o que estava ao seu alcance para tentar minorar a dor ou salvar o doente, indicando o tratamento considerado idóneo para a situação, ainda que, contudo, não obtenha sucesso. Também neste sentido vai a posição de TERESA QUINTELA de BRITO “ainda que aquela venha a fracassar, não debelando ou minorando a doença ou, até, provocando a morte do doente”¹⁰.

Ainda sobre este aspeto, veja-se o Acórdão da Relação de Lisboa, de Dezembro de 2007 Processo nº 5965/2007-5, Relator: EMÍDIO SANTOS “As intervenções médico-cirúrgicas realizadas por médico, segundo as *leges artis* e com *animus curandi* não preenchem a factualidade típica das ofensas corporais e isto tanto nos casos em que a intervenção ou o tratamento são bem sucedidos, como nos casos em que o não são”.

Será necessário salientar que o art.150º do CP não se refere ao consentimento do doente para a realização da intervenção médica, levando a concluir que a falta do mesmo não constitui crime de ofensa à integridade física, mas um crime de intervenção arbitrária, de acordo com o art.156º do CP. Neste sentido, assinala COSTA ANDRADE,

⁸ Art.º 9.º 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”.

⁹ Gomes Rodrigues, *Responsabilidade Médica em Direito Penal*, 2007, p.54

¹⁰ Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade penal dos médicos*, in RPCC, ano 12, nº3, p.372.

a punição dos tratamentos arbitrários como um autónomo e específico crime contra a liberdade¹¹.

Tarefa árdua, mas sem dúvida de extrema importância, será a do julgador ao deparar-se com situações em que tem de formular um juízo decisório sobre se aquela intervenção ou tratamento está, ou não, abrangida pelas *leges artis*, ou se foi cometida com dolo ou negligência, ofendendo o corpo ou a saúde do paciente.

A atividade jurisdicional deve ter em conta que a medicina constitui uma atividade indispensável à vida em comunidade, devendo desenvolver-se com respeito pelas “*leges artis*”, tendo em conta que um mau exercício acarreta riscos para os bens fundamentais das pessoas.

Análise do erro em Medicina

O erro é uma das causas mais relevantes de lesão física na actividade médica, e nos casos mais graves, culmina na morte do doente.

Ora, os erros resultam quase sempre, não de um ato isolado, mas de uma sucessão de incidentes, tornando-se extremamente importante saber quem errou, onde errou, como errou e qual o resultado que esse erro produziu na vida do doente.

Por sua vez, devemos distinguir entre erro involuntário e erro culposo. No primeiro, não existe a intenção de causar mal ao doente, faltando a “intenção”, o que existe é uma falta de cuidado como brilhantemente refere FIGUEIREDO DIAS “ (...) a atualização na consciência psicológica ou intencional no momento da ação”¹², que aquela intervenção ou tratamento, resultaram prejudiciais para saúde ou vida do paciente. No segundo, o erro surge porque não se atua de forma a evitar um resultado prejudicial, neste sentido, ainda FIGUEIREDO DIAS refere “ (...) que tenha ocorrido a 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...”¹³, de não atuar de acordo com as *leges artis*”, uma voluntariedade que agravará o resultado.

¹¹ Costa Andrade, Manuel da, Anotação ao art. 156 do CP, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 2ª Edição, p.599

¹² Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª Edição, p.355.

¹³ Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, ob.cit.*, p.864.

Inserem-se no leque de erros culposos, a imperícia, em que o médico não está preparado, fazendo mal o que devia fazer de acordo com as normas de conduta ou guidelines; a imprudência, em que o profissional de saúde resolve fazer muito mais do que as normas impõe; e a negligência, que reflete uma clara violação das *leges artis*.

Quanto ao erro involuntário, temos os erros dos quais advém um resultado incontrollável (ninguém pode garantir que quando se retira um cancro de um doente, se retiram também todas as metástases), um resultado adverso (é ministrado um medicamento ao doente, mas como este não comunicou ao médico que é diabético, tem lugar uma reação alérgica), e resultados imprevisíveis ou imponderados (o doente sofre repentinamente uma ataque cardíaco). Se o médico tiver cumprido as regras a que a sua atuação está sujeita, terá cometido 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...”) ¹⁴, se o médico não cumprir as regras terá cometido uma violação do dever objetivo de cuidado. Sob o ponto de vista penal isto parece-me duvidoso....

Para compreender o processo do erro, deve ter-se em atenção duas perspetivas: a do indivíduo e a do sistema.

O erro – perspetiva do indivíduo.

Na sociedade moderna, pretende-se descobrir os fundamentos que levaram o profissional de saúde a cometer os “erros”, ou seja, se estes foram cometidos de forma involuntária, ocorrem por lapsos (falha de atenção, geralmente em médicos mais experientes), enganos (o agente atua bem intencionado mas toma a decisão errada), deficiente comunicação entre os vários profissionais de saúde, ou cansaço. Será tido como lapso, “...o erro do ajudante cirúrgico a quem se pede para cortar uma linha de sutura e corta inadvertidamente um fio de pace-maker que se encontra ao lado e não deveria ter cortado...” ¹⁵, enquadrando-se como uma distração, inerente ao ser humano, que ocorre durante um período de concentração relativamente extenso.

Por sua vez, nos casos de engano, o profissional de saúde formula uma decisão errada que culmina com um resultado errado, “ um exemplo típico é o do cirurgião

¹⁴ José Fragata/Luís Martins, *O erro em medicina*, 4ª Reimpressão, 2014. P.43

¹⁵ José Fragata/Luís Martins, *O erro em medicina*, ob.cit, p.50

júnior que, operando sozinho, se depara com uma situação que não toma, por falta de informação ou pouca experiência, e para a qual toma, depois de muito pensar e ponderar, a decisão cirúrgica intraoperatória que lhe parece mais certa, mas que é errada...”¹⁶. Os enganos subdividem-se, ainda, em erros por aplicação de regras ou por aplicação de conhecimentos.

O erro na aplicação das regras tem lugar quando a realidade é incompreendida existindo deficiências na sua apreensão, ou quando existindo várias opções, a regra escolhida não é aquela que se deve aplicar ao caso concreto.

Os erros da aplicação de regras ocorrem muitas vezes em médicos experientes, que colocados perante uma realidade desconhecida, optam pela inércia, aplicando um diagnóstico ou tratamento usado em situações “semelhantes”, por julgarem funcionar da mesma forma.

Exemplo académico, “o caso do cirurgião muito experiente que é chamado a ver um doente que tem febre após uma cirurgia cardíaca aparentemente não complicada. De entre as múltiplas causas fixa-se numa causa mais imediatamente visível – rubor da ferida operatória- sugerindo uma infeção da sutura. Não examina, contudo, o doente, mais detalhadamente, não pede outros exames (...) e aceita, por probabilidade e dado que tem havido algumas infeções de feridas operatórias no serviço, o diagnóstico de infeção de sutura que trata inicialmente com antibiótico X. Falha assim o diagnóstico de infeção urinária grave, de que o doente realmente sofre...”¹⁷.

Quanto aos erros de conhecimento, ocorrem quando o médico se apercebe de que surgiu um problema e que os métodos existentes para o solucionar não se afiguram capazes de uma resposta imediata. Urge então, encontrar uma nova solução, um novo método, capaz de dar uma resposta em tempo útil ao problema detetado, o que não sucede de forma satisfatória.

Neste tipo de erros são determinantes a experiência e a os conhecimentos do médico, bem como o tempo disponível para ponderar e deliberar sobre qual o processo a adotar para solucionar o problema.

¹⁶ Idem, p.48

¹⁷ Idem, p.52

O erro – perspectiva do sistema

Os erros cometidos na atividade médica decorrem na maior parte das vezes do funcionamento do “sistema”, resultando em falhas latentes inerentes a qualquer sistema organizacional de elevada complexidade.

Por isso, o “bloco operatório pode ser comparado a um cockpit de um avião. É uma estrutura complexa operada “hands on” por cirurgiões e anestesistas e onde interagem ainda outros estratos profissionais como técnicos e enfermeiros. Fatores humanos e individuais são aqui determinantes, além disso, o objeto de tratamento que é o doente e a sua doença conseguem, na sua incerta natureza viva, ser ainda menos previsíveis no comportamento biológico, do que um avião no seu comportamento físico.”¹⁸

As falhas latentes decorrem da comunicação deficiente entre os vários profissionais de saúde, de problemas interpessoais, de fraca liderança dos superiores, da ineficácia do plano de tratamento inicial e, conseqüente, da ausência de um plano de contingência para emergências.

O erro individual é a vertente tradicional da responsabilização no âmbito do erro médico, não só por ser o mais perceptível— o que muitas vezes não corresponde à realidade – como também, por ser aquele cuja punição maior satisfação trará à opinião pública e aos media.

Na minha opinião, não podemos todavia dissociar o médico e, conseqüentemente, os atos praticados por ele, do meio que o envolve, ou seja, da própria estrutura hospitalar ou de saúde, integrada hoje em dia por vários profissionais de saúde, e onde podem ocorrer graves problemas na convergência das sinergias com conseqüências nefastas para o doente. Atribuir a responsabilidade ao médico, apenas, pelos seus atos, e não contemplar uma possível falha dos mecanismos de equipa que auxiliam o médico na sua atividade, é uma atitude errónea e um retrocesso da medicina contemporânea.

¹⁸Idem, p.72.

Dever de cuidado – a sua violação no âmbito da medicina

Não descurando a possibilidade de uma intervenção dolosa por parte de um profissional de saúde, a lesão da integridade física ou da vida do paciente ocorrerá, por princípio, de forma negligente.

Nos casos em que ocorre uma violação destes bens jurídicos, esta não é de alguma forma voluntária, mas produz-se porque o seu autor (médico) não atua diligentemente.

Parafraseando FIGUEIREDO DIAS, “Dolo e negligência têm pois, deste ponto de vista, de ser considerados como entidades que em si e por si mesmas exprimem ou revelam diferentes conteúdos materiais da culpa, cada um com o seu significado e os seus critérios próprios”¹⁹.

O crime negligente ocorre quando o agente assume uma conduta violadora do dever objetivo de cuidado, que estava obrigado a observar, conduzindo esta a um resultado desfavorável perfeitamente previsível e evitável. Por sua vez, será o desvalor do resultado que concluirá objetivamente a finalidade da norma e decidirá a medida de cuidado devido. Neste sentido, TAIPA de CARVALHO refere que “O tipo de ilícito negligente é formado pela ação violadora do dever objetivo de cuidado (“desvalor da ação”) e pela ocorrência de um resultado típico (“desvalor de resultado”), isto é, do resultado cuja evitação constitui a ratio do dever objetivo de cuidado (...). Para a 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 cuidada.”²⁰

Para ROXIN, a questão fundamental no apuramento da negligência está em saber se o agente potenciou ou não um risco permitido, ou violou um dever de cuidado e, se desta violação, ocorreu um resultado típico. Afirmando “...comprove-se então se, na configuração dos factos submetidos a julgamento, a conduta incorreta do autor fez aumentar a probabilidade de produção do resultado em comparação como risco permitido. Se assim for, existe uma violação do dever que se integra na tipicidade e dever-se-á punir a título negligente. Se não houver aumento do risco, o agente não

¹⁹ Figueiredo Dias, *Sobre o Estado atual da Doutrina do Crime, 1ª Parte*, in RPCC, ano 1, nº1, p.51

²⁰ Taipa de Carvalho, Américo, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. II, Teoria Geral do Crime, Universidade Católica, 2004, p.379

poderá ser responsabilizado pelo resultado...”²¹, depreendendo-se, então, que a violação do dever de cuidado é um conceito pouco eficaz, podendo ser prescindido.

Corroborando a afirmação de TAIPA de CARVALHO, FARIA COSTA admite que “O Direito penal encontra a sua razão de ser e o seu fundamento, em nosso juízo, na dimensão onto-antropológica de uma relação de cuidado-de-perigo. O que faz com que a ilicitude penal material se manifeste na perversão ou rutura daquela precisa relação de cuidado-de-perigo. Ora este quadro dá-nos a indicação de que a comunidade politicamente organizada só se sente na necessidade de intervir penalmente quando a repercussão socialmente relevante – que varia, é óbvio, conforme aos momentos históricos – do rompimento da relação de cuidado-de-perigo é tida como insustentável. Para além de que aquele desvalor só é apreendido socialmente, em linha máxima, se refletir ou consubstanciar em um desvalor de resultado”²².

Quanto à questão da culpa negligente, esta consubstancia-se numa censura dirigida ao comportamento do agente, pela sua atitude de desleixo ou descuido perante a norma penal. O agente atuará com culpa negligente quando viola o dever objetivo de cuidado que devia observar, não afastando o resultado desfavorável, apesar de o ter previsto (ou não, nos casos de negligência inconsciente). Assume uma posição concordante com a minha linha de pensamento FIGUEIREDO DIAS, dizendo que “...ela surge quando no facto se exprime uma atitude interna de descuido ou leviandade perante o Direito e suas normas”²³.

Questão controversa no âmbito do crime negligente, e para a qual ainda não se alcançou consenso, é a de saber se o critério a utilizar no tipo de ilícito negligente será o “critério-padrão” do homem-médio, ou se, porventura, se deve ter em atenção as capacidades pessoais do agente, de acordo com a situação em concreto. Esta problemática assume especial relevo no exercício da medicina em equipa.

Afigura-se saber se para evitar uma eventual responsabilidade penal por factos negligentes, o médico deve atuar tendo em conta as exigências mínimas de carácter

²¹ Roxin, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ª Edição, 2004, p.257,258

²² Faria Costa, José de, *Ilícito – Típico, Resultado e Hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)*, in RPCC, 12, 2002, p.13.

²³ Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, ob.cit.*, p.896

geral, ou se, possuindo capacidades acima da média, deve utilizá-las sempre de acordo com o contexto em que se insere.

A generalidade da doutrina considera o critério objetivo, tendo como critério-padrão o conceito de “homem médio”, ou nas palavras de TAIPA de CARVALHO o critério do “homem consciente e cuidadoso” do sector da atividade a que pertence o agente, ou seja, do sector da atividade onde ocorreu o facto, considerado mais adequado que o tradicional²⁴. No caso em apreço, será adotado o critério do “médico-médio” ou, do “médico medianamente zeloso e diligente”. Contudo, entendemos que ainda há que ter em conta os conhecimentos do agente, que podem ser abaixo, ou acima, da média.

No que respeita às capacidades abaixo da média, estas não podem relevar para aferir o tipo de ilícito negligente, mas são relevantes para aferir a culpa negligente²⁵. Nesta perspetiva, o médico atua com o cuidado que é esperado quando se conforma com o critério médio e padronizado de cuidado, mas a sua falta de conhecimentos ou capacidades pode permitir excluir a culpa, uma vez que apenas se lhe pode exigir aquilo que de acordo com os seus conhecimentos pode realizar, tendo em conta as circunstâncias.

Quanto às capacidades acima da média, devem assumir relevância no âmbito do ilícito negligente, tal como entende TAIPA de CARVALHO, referindo “...a não utilização das capacidades superiores à média relevam no sentido da afirmação do ilícito negligente (...), desde que, (...) se trate de conhecimentos ou técnicas cuja eficácia já foi comprovada, embora desconhecida da maioria dos agentes do respetivo sector de atividade”²⁶. Se o médico possui capacidades ou conhecimentos especiais superiores à média, terá de atuar com um cuidado acrescido, tendo em conta os conhecimentos que devia usar e não o fez. Quando não faz uso das faculdades que possui, integrará o tipo de ilícito negligente.

PAULA RIBEIRO DE FARIA, por sua vez, entende que as capacidades do agente devem ser ponderadas no tipo de ilícito, não como capacidades excepcionais, mas como condição necessária do conceito de exigibilidade social do comportamento do agente. Refere, ainda, a autora que “quando afirmam que, se, por princípio, basta o cumprimento da regra abstrata de cuidado que define o risco permitido para

²⁴ Taipa de Carvalho, Américo, *Direito Penal – Parte Geral, ob.cit.*, p.381

²⁵ Vide quanto a este aspeto, Figueiredo Dias, *Direito Penal, ob.cit.*, p. 873

²⁶ *Idem*, p.383

determinadas atividades, a definição última do que constitui uma violação do cuidado tipicamente relevante pertence ao direito penal, e será sempre tomada em função da valoração social das circunstâncias do caso concreto, onde se incluem os poderes e as aptidões do agente. Por exemplo, em relação à atividade médica, apenas se exige o cumprimento das *leges artis*, a obediência às competências próprias e standardizadas da arte médica. Se, no entanto, no decurso de uma operação, surgem complicações cardíacas de certa gravidade, e o médico que se encontra de serviço é um reputado profissional na área, é evidente que se espera mais dele do que o pontual cumprimento das regras que o vinculam, devendo envidar todos os seus esforços no sentido do afastamento do perigo”²⁷. Ou seja, não basta a observância de um cuidado médio abstracto, dependendo a negação ou afirmação do ilícito negligente de um juízo de “exigibilidade social”²⁸ tendo em consideração as capacidades do agente para impedir o resultado. Por outras palavras, tendo em conta aquilo que lhe é exigido socialmente, face à situação em apreço.

Violação do dever de cuidado e o “erro médico”

Uma vez feita a distinção entre a violação do dever objetivo de cuidado e as “*leges artis*”, não poderia deixar de valorar a problemática que envolve a violação do dever de cuidado e o erro em medicina.

Vislumbrando o erro, apenas na perspectiva do indivíduo – podendo consistir em lapsos e enganos – cumpre saber quando será este relevante para o direito penal. A este propósito refere com clareza HELENA MONIZ que “erro relevante é apenas aquele que constitui uma conduta violadora das *leges artis*; constituindo a violação das *leges artis* um simples indício de uma possível conduta negligente”²⁹.

²⁷ Faria, Paula Ribeiro de, *A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Porto, Universidade Católica, 2005, p.933

²⁸ Vide quanto a este aspeto, Faria, Paula Ribeiro de, *A adequação social da conduta*, *ob.cit.*, p.934

²⁹ Moniz, Helena, *Risco e Negligência na prática clínica*, in *Revista do Ministério Público* 130, Abril, Junho 2012, p.98

Desta forma, concludo referindo que existe um risco “tolerado” no exercício da medicina, devendo existir uma distinção entre o erro e a violação do dever de cuidado, tal como afirma HELENA MONIZ, que considera que “É esta a margem de risco que o direito penal aceita na atividade médica – o risco próprio inerente à atividade quando realizada de acordo com as leis da arte”³⁰.

O exercício da medicina em equipa – caracterização

O exercício da medicina em equipa é caracterizado por supor a particularização de tarefas, a interdisciplinaridade e coordenação na sua prática.

A participação de um vasto conjunto de colaboradores na actividade médica deve-se ao facto de, por um lado, existirem várias especialidades médicas a atuarem em conjunto e, por outro, à utilização de técnicas e aparelhos que permitem diagnósticos e tratamento.

Em causa está a actuação de vários médicos, e podemos usar como exemplo a intervenção médico-cirúrgica. Porém, a "prática colectiva" não se circunscreve apenas à intervenção médico-cirúrgica, estando presente nas urgências de um hospital, nas situações em que um doente é internado para lhe ser administrado um tratamento sem ser necessário qualquer tipo de cirurgia e, até, nas situações em que o médico de clínica geral e familiar encaminha o doente para um médico especialista após detetar através de um exame que este necessita de um tratamento especializado.

Não podemos afirmar todavia que exista um conceito unitário de equipa médica. Para se obter a definição de “equipa médica” é necessário distinguir dois tipos de situações. Aquelas em que existe uma atuação coletiva e síncrona de uma ação médica, ou seja, vários médicos intervêm cumulativamente no processo terapêutico do mesmo paciente, denominando-se por “equipa médica em sentido estrito” (ex: intervenção cirúrgica), e aquelas situações em que vários médicos intervêm sucessivamente no processo terapêutico do mesmo paciente, caso paradigmático do especialista de medicina geral e familiar que remete o paciente para o médico de outra especialidade, denominando-se por “equipa médica em sentido amplo”³¹.

³⁰ Moniz, Helena, *Risco e Negligência na prática clínica*, ob.cit. P.98

³¹ Sónia Fidalgo “*Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa*”, ob.cit, p.98

Contudo, “há quem entenda que só nas situações de intervenção simultânea de vários profissionais de saúde se está perante uma verdadeira “equipa médica” – só nestas situações os vários profissionais trabalham de forma conjunta e coordenada, sob a direção de um deles, mediante a divisão do trabalho” (CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE, apud, SÓNIA FIDALGO)³².

Parece-nos que estes dois conceitos não podem ser dissociados, pelo contrário, eles complementam-se, pois se o doente entra no centro de saúde onde é visto por um especialista de medicina geral e familiar, e este o remete para o hospital onde fica internado, sendo observado por um conjunto de médicos da mesma especialidade, que decidem qual o processo terapêutico a aplicar ao paciente, temos os dois conceitos de equipa médica em funcionamento simultâneo na mesma situação.

Para determinar a responsabilidade dos médicos no âmbito do exercício da medicina em equipa, é necessário uma adequada diferenciação e delimitação das competências de cada um dos membros da equipa médica.

A doutrina penal utiliza os princípios basilares da confiança e da divisão do trabalho para fixar a responsabilidade de cada membro da equipa médica.

Neste sentido, refere AUGUSTÍN JORGE BARREIRO, “Contra a possível falha do sistema de justiça criminal - aqui referido principalmente a negligência - que é pensado como modelo de conduta individual, o dogmático jurídico moderno emitiu critérios ou maneiras para delinear a responsabilidade quando se trata de -como no caso de cirurgia - atividades desenvolvidas por um grupo de pessoas: "a divisão do trabalho" e o "princípio da confiança"³³.

Princípio da divisão do trabalho

Este princípio impõe-se devido ao progresso científico e à sua conseqüente especialização. Refere-se, assim, a uma distribuição de tarefas entre os vários

³² Carolina, Villacampa Estiarte, Responsabilidad Penal, apud, Sónia Fidalgo, “Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa”, ob.cit,

³³ Augustín Jorge Barreiro, La imprudência punible en la actividad médico-quirúrgica, p.114

profissionais de saúde que colaboram no mesmo processo terapêutico, por forma a determinar qual o seu grau de atuação de acordo com as “legis artis” no desenvolvimento do trabalho em equipa, tendo em conta um objetivo comum.

Este princípio permite proceder à delimitação da responsabilidade de cada profissional de saúde na intervenção realizada e quando conjugado com o princípio da confiança, é tido como um elemento preponderante para a determinação e delimitação do dever de cuidado de cada participante na intervenção. Apesar disto, não é possível em geral, aferir quais os deveres (concretos) de cuidado que recaem sobre cada membro da equipa médica, em particular. Para tal, é necessário estabelecer normas e tarefas, para que cada membro da equipa fique encarregue de executar as que lhe competem, de modo a garantir o sucesso da divisão do trabalho e, claro, da própria proteção do paciente.

O princípio da divisão do trabalho permite não apenas ao médico, mas também aos outros membros da equipa (enfermeiros e demais pessoal auxiliar) uma maior dedicação às tarefas que estão especificamente qualificadas e destinadas para cada um, promovendo assim uma adequada assistência ao paciente.

A doutrina penal tem estado atenta ao desenrolar do modo como se estrutura a divisão das tarefas pelos profissionais de saúde, recorrendo a uma subdivisão do princípio da divisão do trabalho, repartindo-se em trabalho vertical e trabalho horizontal.

Por divisão do trabalho horizontal entende-se a repartição de tarefas que ocorre entre colegas, que devido à sua formação, competência e independência, se encontram numa situação de igualdade. Temos, neste caso, o exemplo paradigmático do cirurgião e do anestesista que apesar de atuarem em conjunto na intervenção cirúrgica aplicam os conhecimentos próprios da sua especialidade.

Por divisão do trabalho vertical entende-se uma relação de hierarquia em que alguém recebe instruções de outro profissional que se encontra numa posição de controlo, encontrando-se por sua vez numa posição de subordinação. Caso típico é o que ocorre entre o médico-cirurgião e os enfermeiros no bloco operatório.

Apesar do princípio da divisão do trabalho se mostrar de grande utilidade prática no seio da medicina, a verdade é que, também, acarreta alguns perigos e inconvenientes - como o risco de deficientes instruções dadas ao pessoal auxiliar, falhas na coordenação

entre os membros da equipa, falhas de comunicação, etc – recorrendo-se ao princípio da confiança para colmatar estas carências.

Princípio da confiança

Fundamento e relevância do princípio da confiança

O Direito consagra o princípio da confiança como sendo um elemento fundamental no apuramento da responsabilidade negligente.

Para se aferir do fundamento do princípio da confiança, bem como dos seus limites, devem ser ponderados dois importantes fatores. Em primeiro lugar, ter-se-á que analisar as situações em que este princípio adquiriu reconhecimento na doutrina e jurisprudência penal; em segundo lugar, ter-se-á que verificar se estes são suscetíveis de ser convocados para casos diferentes daqueles em que o seu reconhecimento foi feito.

Compreender o sentido e alcance do princípio da confiança constituirá um enorme contributo para uma melhor compreensão do exercício da medicina em equipa.

Para BAPTISTA MACHADO, o princípio da confiança é um princípio ético-fundamental para a convivência em sociedade, pois “poder confiar é uma condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre homens (...) é condição básica da própria possibilidade de comunicação dirigida ao entendimento, ao consenso e á cooperação (logo, da paz jurídica)”³⁴.

Entendo que este princípio no âmbito do exercício da medicina em equipa não deve ser interpretado como uma “confiança total” no comportamento de outrem.

Este princípio tem como função basilar delimitar o grau de observância do cuidado exigido numa atuação concreta e que, conjugado com o princípio da divisão do trabalho delimita a responsabilidade que cada membro deve ter no exercício da medicina em equipa. É quase impossível afirmar o que cada membro da equipa deve ou pode esperar dos restantes intervenientes. O que se pode afirmar inequivocamente é que todos almejam o bem-estar do doente e que deverão agir de acordo com a *leges artis*.

De acordo com o princípio supracitado, sempre que algum membro da equipa deteta uma violação do dever de cuidado por parte de um colega, deve intervir imediatamente para tentar remediar as consequências. Contudo, podem ocorrer

³⁴ Machado, J. Baptista, Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”, RIJ, 117, 1984-85, P. 232

situações complicadas sempre que a equipa seja composta por médicos de diferentes especialidades, onde nenhum dos membros conhece os deveres de cuidado a que cada um está sujeito, sendo impercetível que o colega violou o seu dever, até que se manifestem danos evidentes no doente. É neste tipo de situações que o princípio da confiança assume maior relevância, sendo crucial a sua aplicação para delimitação de responsabilidade.

Embora a doutrina maioritária utilize o princípio da confiança como delimitador da observância dos deveres de cuidado, em casos de uma multiplicidade de intervenientes, a verdade é que não existe, ainda, um consenso quanto ao seu fundamento³⁵.

Princípio do risco permitido

Apesar do princípio do risco permitido ser utilizado em variadíssimas situações no âmbito da doutrina penal constata-se, no entanto, que a sua base dogmática e significado apresentam imperfeições e limitações que se mostram alvo de um importante esclarecimento.

O conceito de risco permitido abarca comportamentos, que em si mesmo, potenciam riscos para os bens jurídicos penais. Contudo, estes perigos são consentidos pela ordem jurídica, ou seja, a sociedade tolera-os.

A medicina gera riscos para a vida e integridade física do doente, o que não impede, no entanto, que o seu exercício seja consentido pela ordem jurídica (mediante o cumprimento das *leges artis*), ao destinar-se a cumprir um interesse geral, que se traduz numa vantagem para a sociedade.

Assim sendo, o médico que no exercício da sua profissão cumpre com o dever objetivo de cuidado vindo apesar disso a ser lesados a vida ou a integridade física do doente, o resultado não será imputado à conduta, pois atou de acordo com o princípio do risco permitido (já o referimos a propósito do art. 150º do Código Penal). Todavia, se o médico cumpre com os deveres de cuidado e, mesmo assim, ocorre um dano para o

³⁵ Cfr. Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral* ob.cit, p.872, na doutrina espanhola vide, Augustín Jorge Barreiro, “*La imprudência punible...*”, ob.cit, p.117

doente por inobservância das *leges artis* por parte de um colega, ele não pode ser responsabilizado pelas consequências que advém da conduta de um terceiro.

É precisamente neste tipo de situações que o princípio da confiança intervém. Segundo a doutrina maioritária, decorre do princípio da confiança a ideia de que aquele que atua observando o dever objetivo de cuidado, deve, por regra, poder confiar que os demais atuarão de acordo com as regras de cuidado a eles impostas.

Podemos referir que tanto o princípio da confiança como o princípio do risco permitido traduzem uma ponderação entre as condutas e as vantagens a elas inerentes, por um lado, e os riscos do seu exercício, por outro.

Para aqueles que concordam com a doutrina maioritária, o princípio da confiança deverá ter em conta, não só os deveres de cuidado subjacentes ao ato médico, mas também as capacidades especiais que este possui tendo em conta a situação em apreço.

No entanto, se na situação em causa o médico souber ou deduzir que os demais participantes na intervenção ou tratamento não irão cumprir as regras de cuidado, tornar-se-á previsível o resultado prejudicial ao doente. Nestes casos, o médico terá de adequar a sua conduta às condutas negligentes dos colegas, de modo a evitar um resultado negligente. Tal como dissemos atrás, este raciocínio falha sempre que intervêm médicos de especialidades diferentes, sendo impossível para cada um deles, determinar quais os deveres de cuidado a que o colega está adstrito. Estamos aqui perante um limite ao princípio da confiança, mas também perante um limite ao princípio do risco permitido.

Para se poder considerar que a conduta do médico teve lugar ao abrigo de um risco permitido, o médico tem de atuar mediante a observância dos deveres de cuidado impostos pela ordem jurídica, mas também fazendo uso das suas capacidades especiais tentando evitar a produção de um resultado desfavorável.

Princípio da Auto-Responsabilidade

Concluimos que o princípio do risco permitido, apesar de ser defendido por uma parte da doutrina, apresenta limitações na sua aplicação no campo da medicina. Surge então outra manifestação do princípio da confiança defendido por outra parte da doutrina, o princípio da auto-responsabilidade.

Este princípio refere que no trabalho em equipa cada médico é responsável pela sua própria conduta, podendo esperar que os demais intervenientes cumpram, também eles, com os seus próprios deveres de cuidado.

O médico no exercício da sua atividade deve preocupar-se exclusivamente com a sua conduta, estando livre do peso, ou da expectativa de saber se os outros intervenientes (médicos e enfermeiros) atuaram, ou não, diligentemente. Só assim se poderá esperar uma maior concentração e empenho na sua tarefa, realizando-a com maior eficácia.

A este propósito diz FIGUEIREDO DIAS que “as outras pessoas são também responsáveis; se se comporta descuidadamente, tal só deverá afetar, em princípio, a sua responsabilidade. Dito por outras palavras, regra geral, não se responde pela falta de cuidado alheio, antes o direito autoriza que se confie que os outros cumprirão os deveres de cuidado”³⁶, certamente que um médico que se preocupe com todos os atos dos seus colegas e auxiliares não poderá estar exposto à culpa jurídico-penal do crime negligente, mas coloca-se a incógnita se será um bom médico.

O princípio da confiança adquire maior importância e significado na atividade médico-cirúrgica, quando conjugado com o princípio da divisão do trabalho.

A confiança refere-se ao comportamento dos outros, existindo uma expectativa de que o outro atuará diligentemente na sua conduta cumprindo as normas de cuidado de que está incumbido.

Todavia, não poderemos apelar ao princípio da auto-responsabilidade se, tendo em conta a situação em apreço, surgirem suspeitas ou indícios que frustem a expectativa de que o outro cumprirá com os seus deveres, emergindo desta conduta deveres de cuidado secundário. Como refere SÓNIA FIDALGO “...quando for cognoscível para cada 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 cumprirá este dever”³⁷. Ou seja, em princípio, sempre que um médico se faz substituir por outro na intervenção cirúrgica ou no tratamento do doente, deve poder confiar que o seu

³⁶ Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, ob.cit, p. 882

³⁷ Sónia Fidalgo, *Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa*, ob.cit, p. 128

substituto atuará de acordo com as normas exigidas, caso contrário, terá que cumprir deveres secundários, o que o pode impedir de dominar o processo terapêutico.

Face ao exposto, deduzimos que o princípio da auto-responsabilidade é uma manifestação clara do princípio da confiança, onde o agente responde única e exclusivamente pelo seu comportamento, só respondendo pelo comportamento de terceiros em situações residuais.

Por outro lado, o princípio da confiança não desonera o médico da obrigação de manter a atenção sobre o desenrolar de todo o processo terapêutico, evitando, caso seja necessário, os perigos previsíveis para este. No âmbito do princípio da divisão do trabalho é necessário delimitar a responsabilidade de cada interveniente de acordo com o princípio da auto-responsabilidade. Podemos referir que no exercício da medicina quando se dividem as tarefas, cada médico assume uma responsabilidade própria em relação ao desenrolar da atividade em que intervém. SÓNIA FIDALGO esclarece que, se de 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 comportamento”³⁸.

Deste modo SCHUMANN “... propõe-se a resolver os problemas colocados no âmbito de uma atividade desenvolvida segundo o esquema da divisão do trabalho com recurso à figura da autoria mediata”³⁹.

Para este autor, o “homem de trás” é o agente que realiza a primeira tarefa à qual se irão seguir as consecutivas tarefas dos demais agentes intervenientes no processo. O “homem da frente” será o agente que “aproveita” a tarefa do “homem de trás” para a realização da sua.

Para SCHUMANN, o princípio da confiança apenas poderá ser utilizado “...quando a função do homem de trás consistir precisamente em desonerar o homem da frente de deveres de cuidado que integram a esfera de competências deste e que, com

³⁸ Idem, p. 130

³⁹ Schumann, apud, Sónia Fidalgo, “*Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa*”, ob.cit, p. 130

isso, o âmbito de responsabilidade se estenda, penetrando o âmbito de responsabilidade do homem da frente”⁴⁰ .

Contudo, para uma apropriada delimitação da responsabilidade de cada agente deve ter-se em conta a sua função profissional, assim “o anestesiológico, na seleção da anestesia a aplicar a um doente pode confiar no diagnóstico feito pelo cirurgião – não integra as funções do anestesiológico proceder a uma análise de tal diagnóstico, o anestesiológico agirá em violação do dever de cuidado apenas quando circunstâncias especiais tornarem cognoscível que o diagnóstico cirúrgico esta errado”⁴¹ .

A única contrariedade que se poderá apontar a este princípio será nos casos em que resultam deveres secundários, não existindo propriamente uma desoneração da responsabilidade do primeiro interveniente, mas sim, um concurso de responsabilidades entre este e aquele sobre qual cumprem deveres secundários.

Posição adotada

Tal como FIGUEIREDO DIAS e SÓNIA FIDALGO, entendo que o princípio da confiança se concretiza no princípio da auto-responsabilidade.

Ninguém deve responder pela “falta de cuidado alheio”⁴² , pois a regra é a de que devemos confiar que o terceiro atue diligentemente, por ser responsável. O princípio supracitado apenas será contrariado quando existir a desconfiança ou a previsibilidade de que o terceiro não aja com o cuidado devido.

Este princípio permite que a medicina seja realizada com maior empenho e dedicação por parte dos profissionais de saúde no âmbito da divisão do trabalho, protegendo com maior eficácia os bens jurídicos tutelados pela lei penal e delimitando o âmbito de responsabilidade de cada interveniente.

⁴⁰ Schumann, apud, Sónia Fidalgo, “*Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa*”, ob.cit, p.130-131

⁴¹ Vide quanto a este aspeto, Sónia Fidalgo, *Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa*, ob.cit, p. 132

⁴² Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, ob.cit, p. 882

Problema da comparticipação

Uma vez analisado o sentido e alcance do princípio da confiança, reconhece-se a sua importância como princípio que delimita o dever objetivo de cuidado. Este, quando conjugado com o princípio da divisão do trabalho, permite definir os âmbitos de responsabilidade da equipa médica.

Todavia, existem situações em que o princípio da confiança não se aplica.

Será o caso em que dois ou mais intervenientes da equipa médica atuam, sucessiva ou simultaneamente, sem observar os deveres de cuidado.

Perante uma situação destas em que vários intervenientes contribuíram para o mesmo resultado, torna-se determinante averiguar quem, e de que forma, foi violado o dever de cuidado, apurando assim o seu responsável.

Nesta perspetiva, coloca-se a questão de saber se poderemos ter, ou não, no âmbito da realização negligente, uma hipótese de co-autoria.

A questão da co-autoria negligente

Perante a problemática da “comparticipação”, afiguram-se duas hipóteses. A primeira é a de considerar unitariamente as condutas de todos os intervenientes como integradoras do ilícito em causa, sem atender ao seu contributo “em concreto” para a verificação do resultado designando todos como autores do crime; a outra alternativa consiste em distinguir várias formas de comparticipação tendo em consideração a importância da conduta de cada um para a verificação do resultado.

Ora, sabemos, quanto aos crimes dolosos, que a teoria unitária não é reconhecida no nosso ordenamento jurídico pois, tal como o ordenamento alemão, tratamos de forma diferente autores e participantes.

A diferenciação entre autoria e participação consubstancia-se, como refere SÓNIA FIDALGO, numa “dogmática-formal”⁴³.

⁴³ Sónia Fidalgo “*Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa*”, ob.cit, p. 160

Tendo em conta este entendimento, é tratado como autor aquele que executa o facto (conceito restritivo de autor). Contudo, este conceito apresenta algumas falhas, não se podendo determinar com exatidão o que se entende por execução do facto.

Com vista a suprir as lacunas de interpretação do conceito restritivo, uma parte da doutrina acolheu um conceito extensivo de autor. Desta forma, segundo EDUARDO CORREIA “ 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”⁴⁴ e que “ por correto o conceito extensivo de autoria, e por exato que a causalidade deve continuar a considerar-se o verdadeiro fulcro à volta do qual gira a teoria da participação”⁴⁵

Todavia, esta conceção de autor não é vista da melhor forma, devendo ser mesmo abandonada. Pois, no ordenamento jurídico português o cúmplice é aquele que, de acordo com o art. 27 do CP “, presta auxílio” e não quem “executa o facto”. Logo se conclui que o conceito extensivo de autor deve ser preterido em detrimento do conceito restritivo, quanto aos crimes dolosos.

Quanto aos crimes negligentes também podem intervir na sua execução vários agentes, colocando-se de igual modo a questão da comparticipação, sendo fundamental distinguir autoria e cumplicidade.

Contudo, o agente nunca pode ser punido pelo facto ilícito negligente a título de cumplicidade, uma vez que a cumplicidade pressupõe uma atuação dolosa⁴⁶.

No crime negligente é considerado autor “...quem (...) não proceder com o cuidado devido a que (...) está obrigado...”⁴⁷. Por outras palavras, o crime negligente consubstancia-se por quem realiza o facto ilícito típico.

Melhor explicado nas palavras de 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 no resultado...”⁴⁸.

⁴⁴ Correia, Eduardo, “*Problemas fundamentais da comparticipação criminosa*”, Separata da RDES, 4 e 5, 1951, p. 6

⁴⁵ Correia, Eduardo, *Direito criminal II*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2004, p. 249

⁴⁶ Cfr. Art. 27 CP.

⁴⁷ Cfr. Art. 15 CP.

Cumpra agora verificar, no exercício da medicina em equipa, quais os conceitos a que podemos recorrer e as consequências que derivam da “comparticipação”.

Uma parte da doutrina espanhola, ao contrário da portuguesa, admite a participação nos crimes negligentes e, conseqüentemente, a necessidade da distinção entre o autor e o participante⁴⁹.

RODRÍGUEZ MOURULLO refere que “autor de um crime negligente não será (...) todo aquele que, através da sua conduta infringe o cuidado devido, dando uma contribuição causal, mas no fundo aquele que imprudentemente executa a ação típica do crime negligente correspondente”⁵⁰. Este é, porventura, o argumento utilizado pela doutrina na Espanha, para admitir a participação nos crimes negligentes, utilizando o conceito extensivo de autor.

Em sentido contrário, destaca-se a posição de AUGUSTÍN JORGE BARREIRO, “referindo que uma interpretação restritiva do sentido literal dos conceitos que regulam a participação (que supõem um alargamento da punibilidade, em concreto da tipicidade) referem-se somente à participação nos crimes dolosos, parecendo ser a mais indicada”⁵¹.

Tendo em conta o acima descrito acerca do conceito de autoria nos crimes negligentes, podemos referenciar os conceitos de autor negligente, autor mediato negligente e co-autoria negligente.

Autor negligente será aquele que viola o dever objetivo de cuidado a que está obrigado, dando origem a um resultado desvalioso. Quanto a esta definição não existe divergência – tanto na doutrina espanhola como na portuguesa – o médico que, com a sua conduta, viola o dever de cuidado, gerando assim um dano para a vida (homicídio negligente) ou para a saúde (ofensa à integridade física) do doente, é autor negligente do facto.

Autor mediato negligente será aquele que atua por intermédio de outrem. No caso de relação horizontal, “o anestesista (autor mediato) que negligentemente indica –

⁴⁸ Figueiredo Dias, *Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, 2001, p.367

⁴⁹ Augustín Jorge Barreiro, “*La imprudência punible...*”, ob.cit, p. 122

⁵⁰ Augustín Jorge Barreiro, “*La imprudência punible...*”, ob.cit, p. 122, apud, Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, I, p. 815

⁵¹ Vide Augustín Jorge Barreiro, “*La imprudência punible...*”, ob.cit, p. 123

depois de verificar um incidente grave (insuficiência cardíaca e respiratória durante 15 minutos) – ao cirurgião (mero instrumento) que este pode iniciar a cirurgia, vindo mais tarde o doente a falecer no bloco operatório, com sintomas de lesão cerebral – não avisados pelo anestesista – por anóxia”⁵².

Co-autoria negligente ocorre quando duas ou mais pessoas concordam em agir descuidadamente. A doutrina espanhola, que acolhe o conceito extensivo de autor, refere que estamos perante um caso de autoria acessória negligente. Esta forma de autoria é apontada nos casos “em que dois cirurgiões sem tomarem as precauções mínimas necessárias de assepsia e considerando como supérfluas tais precauções, intervêm ao mesmo tempo resultando em assepsia a causa de falecimento do doente”⁵³.

Chegando à conclusão que mais do que um agente através da sua conduta violou o seu dever de cuidado na mesma intervenção, afigura-se saber qual dos intervenientes deve ser responsabilizado.

Contudo, o princípio da autorresponsabilidade não poderá ser evocado para saber qual dos intervenientes deve ser responsabilizado. O que tal princípio permite é, apenas e somente, delimitar os âmbitos de responsabilidade de cada um, uma vez que nos crimes negligentes não é possível diferenciar entre autor e participante negligente.

Comparticipação: coautoria negligente

Sabemos que para a negligência não há co-autoria, o que não quer dizer que não possa existir a tentação, para situações em que é difícil identificar os autores efetivos de um facto cometido negligentemente, de responsabilizá-los conjuntamente. Neste caso, o termo utilizado seria autoria paralela ou, para não gerar confusão com a noção de autoria dolosa, um comportamento negligente conjunto.

Estaremos perante uma situação de comportamento negligente conjunto, como refere FIGUEIREDO DIAS, quando “o resultado é produzido imediatamente por um, mas só porque o outro anteriormente violou o cuidado objetivamente devido e assim criou um risco não permitido (...). Ponto é que já a violação (anterior) de cuidado devido e a criação respetiva do risco não permitido venha concretamente a concretizar-

⁵² Augustín Jorge Barreiro, “*La imprudência punible...*”, ob.cit , p. 126

⁵³ Idem, p. 126

se – ela não outra – no resultado ou na realização típica”⁵⁴. Esta figura tem como objetivo evitar uma possível “irresponsabilização”, acabando por responder todos pelas condutas negligentes praticadas, em virtude de uma assunção conjunta da tarefa.

No caso das prestações de saúde sucessivas em que, à partida, não há relações hierárquicas entre os profissionais que praticam os factos (ex: médico que faz a triagem; o que dá a 1ª consulta; o que faz exames de diagnóstico e que entretanto sai, sendo outro a analisar os resultados; o que faz a intervenção e o que dá a alta), pode haver também responsabilidade pelo comportamento negligente conjunto.

Então, surge o problema dos erros sucessivos de pequena intensidade que podem levar a resultados graves, mas que, isoladamente considerados, não têm relevância penal.

Não se determinou o responsável, apesar de se saber que houve inúmeras falhas. A mesma mecânica de “responsabilidade em cadeia” pode suceder num hospital. Pode não se identificar o responsável ou podem ser muitos. Ou seja, surgem dificuldades quanto à identificação do autor e quanto à relevância do erro.

Determinação dos âmbito de responsabilidade no exercício da medicina em equipa

Uma vez tecidas as considerações teóricas quanto aos temas apresentados, torna-se necessário proceder à sua concretização.

Limitar-me-ei, apenas, a considerar as relações horizontais que se estabelecem no exercício da medicina em equipa, tentando fazer funcionar os princípios da divisão do trabalho e o da confiança, nas situações em que do exercício da medicina advém um resultado desvalioso para a vida ou saúde do doente.

Sendo impossível referir todas as situações que podem ocorrer envolvendo diversos profissionais de saúde que não se encontram ligados por uma relação hierárquica, considerarei apenas aqueles casos que julgo ser pertinentes, por serem alvo de grande dúvida no exercício da medicina em equipa.

⁵⁴ Figueiredo Dias, *Temas básicos da doutrina penal*, ob.cit, p.367

Relações entre médicos da mesma especialidade

Podemos considerar o caso da atuação de vários médicos, no seio hospitalar, em que estes sucedem uns aos outros no turno hospitalar quando existem doentes envolvidos no mesmo processo terapêutico.

Nestes casos, cada um dos profissionais deve poder confiar nas capacidades dos colegas de serviço exceto se, por alguma razão aparente, for cognoscível ou previsível que o outro não atuará com o devido cuidado.

Todavia, o médico só pode invocar o princípio da confiança a propósito dos atos médicos praticados pelo médico que o precede, enquanto se mantiverem as condições apuradas pelo colega precedente.

No caso de, no turno do médico que sucedeu o colega, surgirem alterações no estado do doente, sendo estas inexistentes aquando da intervenção do primeiro, o médico sucessor não poderá invocar o princípio da confiança para justificar a sua intervenção. Neste tipo de situações, a documentação clínica⁵⁵ é de enorme relevância para registar a evolução do doente durante o turno do médico ao qual se encontra adstrito, não devendo ficar esta responsabilidade para os demais colegas.

Nos casos em que se sucedem vários médicos no mesmo processo terapêutico, é fundamental ter em atenção o momento específico em que cada médico atua e a concreta situação em que se encontra o doente.

Contudo, não devemos pensar em fragmentar o ato médico, preocupando-se o profissional de saúde, exclusivamente, com o que acontece no seu turno, antes sim, contribuir para uma coordenação de esforços com a finalidade de minorar a dor ou a doença do paciente. Por isso, a comunicação entre os diferentes profissionais afigura-se indispensável, principalmente na mudança de turno.

O médico sucessor deve ser informado de tudo o que se passou no turno anterior, especialmente se deve tomar precauções especiais em relação a algum doente cujo estado se revele de maior gravidade. Se o médico se aperceber de um erro de diagnóstico, capaz de levar a um agravamento do estado de saúde do doente e, na mudança de turno, nada disser ao colega sobre o agravamento da doença, viola, claramente, a norma de cuidado a que estava adstrito, podendo ser responsabilizado.

⁵⁵ Cfr. Art. 77 CDOM.

Contudo, a informação fornecida pelo médico precedente pode ser ou não acolhida pelo médico subsequente, tendo este a faculdade de confiar nesta ou, caso tenha motivos ponderosos para tal, não a seguir. Atuando de acordo com as “leges artis” durante o seu turno, não pode ser responsabilizado pelo agravamento de estado que o doente vier a sofrer.

Para o médico precedente, o final do turno não deve ser entendido como o “fim” da sua atuação e, conseqüentemente, como uma desoneração de responsabilidade. Cabe-lhe efetuar, ainda durante o seu turno, todas as intervenções consideradas urgentes para o estado de saúde do doente, não devendo estas serem transferidas para o médico sucessor, pois podem ser efetuadas tardiamente resultando num dano para o paciente.

Poderá suceder, no entanto, que para além do médico precedente também o médico sucessor incorra numa violação do dever objetivo de cuidado. Nesta situação, é necessário provar que cada um dos intervenientes adotou um comportamento negligente, potenciando a criação de um risco não permitido para a vida ou saúde do doente.

Neste caso, seguindo o conceito restritivo de autor que anteriormente acolhia, estaremos perante uma situação de responsabilidade pelo comportamento negligente conjunto.

Relações entre médicos de especialidade diferentes

Neste plano, contemplaremos as situações em que atuam vários médicos, no meio hospitalar, em que estes sucedem uns aos outros mas são de especialidades diferentes.

Neste tipo de situações, coloca-se muitas vezes a questão de saber como responsabilizar os vários intervenientes, uma vez que, sendo de especialidades diferentes, não pode o médico de outra especialidade saber que o colega violou o dever de cuidado imposto, pois não conhece os deveres de cuidado a que ele está adstrito.

Aqui, o princípio da confiança é de extrema importância para delimitar a responsabilidade de cada um dos médicos.

Para se delimitar tal responsabilidade, é muito importante apurar o estado concreto em que o doente se encontra, no momento em que é transferido para os

cuidados do médico de especialidade diferente e, claro, se o motivo é por pedido de auxílio ou de consulta.

Nestes casos, afigura-se imprescindível a documentação clínica e uma excelente comunicação entre os diversos profissionais.

Apenas com um relatório detalhado e minucioso, será possível para os médicos de especialidade diferente (serviço recetor) inteirarem-se do estado de saúde do doente e atuarem de acordo com as informações fornecidas.

Se, porventura, a informação for incompleta ou transmitida erradamente, e em consequência de tal ato o doente sofrer uma lesão, o médico que estava obrigado a dar a informação será, naturalmente, responsabilizado. Por outro lado, os médicos do serviço recetor não poderão ser responsabilizados por atuarem de acordo com a informação fornecida apesar de esta se revelar errada ou desfalcada.

Esta é uma situação em que claramente se afirma o princípio da auto-responsabilidade, devendo ser responsabilizado apenas e unicamente o médico que não forneceu toda a informação.

Nos casos em que se pede um parecer a um médico de especialidade diferente, será porque a situação do doente exige conhecimentos para o qual o médico não está habilitado.

O médico que recebe o parecer deve poder confiar na fiabilidade e honestidade daquele que o exara, contudo, devemos salientar o facto de que um parecer não passa de uma opinião, um juízo, uma mera apreciação da situação do paciente, cabendo a responsabilidade da monitorização da evolução do estado do paciente ao médico encarregue do seu tratamento. O médico que aprecia e dá o seu parecer técnico apenas emite uma opinião quanto ao processo terapêutico a seguir, não existindo, aqui, uma transferência do doente para a sua esfera de competências.

Se, por alguma razão aparente, o médico colocar em questão o tratamento sugerido pelo médico da outra especialidade, deverá pedir novo parecer a outro médico da mesma especialidade daquele.

Contudo, partindo do princípio que o médico segue escrupulosamente o conteúdo do parecer do médico de especialidade diferente, vindo esta terapêutica revelar-se desvaliosa para o doente ofendendo a sua vida ou saúde, coloca-se em causa a conduta do médico que emite o parecer.

Quanto ao médico que deu o seu parecer, será necessário averiguar as condições em que o forneceu e os dados de que dispunha no momento em que o deu. Na minha perspectiva, qualquer parecer dado por um médico não deve acarretar uma responsabilidade muito apertada, pois um parecer, como referi, não passa de uma simples opinião ou um conselho, tendo o médico que o pede, a opção de o seguir, ou não. Deste modo, seguindo a máxima de que ninguém deve responder pelos erros dos outros, apenas será responsável o médico encarregue do processo terapêutico do doente, desonerando de qualquer responsabilidade o médico de especialidade diferente.

Solução diferente se afigura no caso de o médico do serviço recetor para além de emitir o parecer, intervir no processo terapêutico e desta atuação resultar um dano no doente.

O médico que pede o parecer não vê a sua responsabilidade eximida pelo simples facto de o outro médico para além de emitir o parecer intervir também. Nestas situações existe um acordo na terapia a seguir, uma cooperação de sinergias das diferentes especialidades, logo se resultar um dano será imputado a ambos os médicos. Esta situação concretiza, claramente, uma responsabilidade por um comportamento negligente conjunto.

Relações entre médicos de especialidade diferentes: o caso do médico de família e do médico de especialidade terapêutica

Nesta perspectiva, abordarei situações fora do ambiente hospitalar, mas em que os profissionais de saúde se sucedem uns aos outros na terapêutica do doente, embora possuindo especialidades diferentes.

Este é o caso em que o médico de família após averiguar os exames efetuados pelo doente, constata que este possui um quadro clínico para o qual não possui as habilitações necessárias, encaminhando-o para um médico de especialidade terapêutica⁵⁶.

⁵⁶ Médico de especialidade terapêutica deverá entender-se o cardiologista, pneumologista, neurologista, entre outras especialidades.

O princípio da auto-responsabilidade é convocado, sem qualquer reserva neste tipo de situações, eximindo o médico de família de qualquer responsabilidade pela atuação do médico de especialidade terapêutica.

O médico de especialidade terapêutica recebe o relatório clínico do doente, devendo confiar no seu teor, no entanto, por regra não adota um processo terapêutico ou efetua uma intervenção com base nesse relatório. Observará a evolução da doença e convocará o doente a efetuar novos exames.

Todavia, uma vez efetuado o processo terapêutico ou a intervenção necessários à reabilitação do estado de saúde do doente, este regressa novamente para os cuidados primários do médico de família.

Este, por sua vez, é incumbido da função de acompanhar e registar a evolução do quadro clínico do doente, após a intervenção do médico especialista.

Se o médico de família, durante o acompanhamento do doente, detetar que as medidas terapêuticas enunciadas no relatório do médico especialista se revelam ineficazes ao tratamento do doente, deve comunicar imediatamente e remeter o doente para o especialista para que este reavalie o quadro clínico do doente e, conseqüentemente, as medidas adotadas. Caso não o faça, conformando-se com tais medidas e destas resultarem numa ofensa à saúde ou vida do doente, este será responsabilizado conjuntamente com o médico especialista. Assim sendo, não reatarão dúvidas de que estaremos perante um comportamento negligente conjunto.

Imaginando, agora, uma situação em que intervêm os dois profissionais de saúde acima citados, na qual o médico de especialidade no seu relatório enuncia também os cuidados que devem ser observados pelo médico de família de acordo com os cuidados primários que este deve exercer. Este, por sua vez, não procede à monitorização da evolução do doente, violando uma regra decorrente do seu exercício. Nesta especial situação, apenas o médico de família deve ser responsabilizado se, da sua falta de diligência, resultar um dano que afete o doente. O médico de especialidade terapêutica atua antes do médico de família, sendo que ao enviar o doente para os cuidados deste, pressupõe que o mesmo atue de acordo com os parâmetros do médico “zeloso e diligente”, ou seja, confia que este atuará de acordo com os deveres de cuidado a que está incumbido.

Relações entre médicos de especialidade diferentes: o caso do especialista terapêutico e o médico de especialidade instrumental

A par do médico de especialidade terapêutica, surge o médico de especialidade instrumental⁵⁷. Este último não tem, ao contrário do primeiro, uma intervenção “imediate” na saúde do doente, visando, por outro lado, fornecer um “auxílio” ao diagnóstico através da análise da situação concreta do doente.

São especialidades que funcionam como “instrumento” necessário para decidir qual o tratamento ou intervenção a realizar no doente.

O médico de especialidade terapêutica antes de submeter o doente a uma determinada terapia, pede ao médico de especialidade instrumental que execute determinado exame para confirmar, ou não, as suspeitas da existência de determinada doença, consoante os sintomas apresentados pelo doente. Será o caso em que o “oncologista decidirá o tratamento pré ou pós-operatório do paciente em função dos resultados da análise patológica de amostras de tecido feitas por um patologista; o cirurgião decidirá o tipo de intervenção a realizar em função do resultado da tomografia axial computadorizada (TAC), da radiografia, da ecografia, etc, realizada sobre a zona que vai ser objeto de intervenção”⁵⁸.

A solução adivinha-se idêntica à referenciada no exemplo descrito anteriormente, em que o médico de especialidade terapêutica pode confiar no relatório do exame apresentado pelo médico de especialidade instrumental. Se detetar erros, aquando da decisão de submeter o doente a tratamento deve comunicá-los ao anterior especialista, eximindo-se da responsabilidade dos danos que advierem do comportamento do médico anterior. Se os detetar, e conformando-se com o teor do relatório aplica a terapia, resultando mais tarde em danos no doente, serão ambos responsabilizados a título de comportamento negligente conjunto.

⁵⁷ Médico de especialidade instrumental entende-se: radiologista, hematologista, patologista, entre outros.

⁵⁸ Vide Sónia Fidalgo, *Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa*, ob.cit, p. 195

O caso particular entre o médico-cirurgião e o anestesista

Uma vez expostos alguns exemplos de uma atuação sucessiva de diversos profissionais de saúde, debruçar-me-ei sobre a atuação simultânea dos diferentes profissionais.

De entre vários exemplos de atuação simultânea, destacarei, pela importância que assume na sociedade moderna, e claro, na doutrina e jurisprudência, a relação entre o cirurgião e o anestesista.

Tanto o cirurgião como o anestesista desempenham funções autónomas entre si, mas, no decurso da cirurgia, a sua complementaridade afigura-se imprescindível ao êxito desta. Cabendo ao cirurgião dirigir a cirurgia, ficando o anestesista incumbido de verificar as funções vitais do doente durante e após a cirurgia.

De acordo, com o princípio da divisão do trabalho, nenhum dos intervenientes estará dependente científico ou tecnicamente um do outro, uma vez que não estamos perante uma relação de supra/infra ordenação.

Por regra, cada um dos profissionais acima citados pode confiar na atuação um do outro – princípio da confiança, não sendo responsáveis pelos erros um do outro.

Por outro lado, só em situações residuais se poderá rejeitar a aplicação do princípio da confiança, porventura nos casos em que “um deles se apercebe de uma falha grave, desvirtuando, assim, a confiança depositada na atuação do colega, fundamentando uma espécie de dever de cuidado imediato (secundário), não alertando o mesmo do erro cometido, conformando-se com a mesma, sendo ambos punidos por uma eventual conduta desvaliosa que se venha a produzir”⁵⁹.

Todavia, deve existir uma precaução reforçada no que toca à responsabilização daquele médico que confia plenamente nos atos executados pelo colega.

Devemos ter em atenção que, no caso em apreço, estamos perante uma relação horizontal – posição de igualdade – e que os médicos em causa são profissionais de áreas diferentes, não sabendo cada um deles os deveres de cuidado a que estão adstritos tendo em conta a especialidade do outro.

Assim sendo, perante tal dificuldade impõe-se a seguinte ideia.

Em primeiro lugar, só em situações pontuais se poderá afirmar que sobre um deles recai o dever de se aperceber do erro do colega. Na minha opinião, só impenderá

⁵⁹ Augustín Jorge Barreiro, “La imprudência punible...”, ob.cit, p. 138

tal dever nos casos em que se verifique uma falha grave, ou seja, seja violado um dever considerado elementar ao exercício da medicina. Em segundo lugar, mesmo que o médico se aperceba do erro do colega, nada mais pode fazer do que alertá-lo, uma vez que o erro ocorre no âmbito de outra especialidade, extravasando a sua esfera de competências para colmatar a falha, evitado assim o resultado desvalioso.

Para melhor compreender o âmbito de atuação de cada um dos profissionais em causa, farei uma breve reflexão sobre algumas situações que considero pertinentes.

Se o cirurgião não for advertido acerca dos riscos para o paciente da aplicação da anestesia e o doente sofrer um dano, apenas o anestesista será responsabilizado.

Outra situação será aquela em que o anestesista sabe que a aplicação de anestesia colocará em risco a vida do doente, não se afigurando a cirurgia indispensável tendo em conta o caso concreto, contudo, devido à insistência do cirurgião, este conforma-se com o resultado que possa advir e aplica a anestesia. Neste caso, ambos serão responsabilizados a título de comportamento negligente conjunto.

No caso destes dois especialistas, coloca-se muitas vezes em causa se o facto de estes pertencerem à mesma equipa há algum tempo e, claro, atuarem em conjunto em várias intervenções, não poderá determinar um conhecimento acerca das capacidades e deveres de cada um que os obrigue, em caso de erro, a intervir de modo a evitar um resultado prejudicial. Mesmo nesta situação, não creio que seja de admitir tal ingerência no âmbito de atuação de cada profissional, uma vez que, estando perante especialidades diferentes, faltam naturalmente conhecimentos específicos inerentes ao exercício de cada especialidade. Posição contrária a este entendimento tem GÓMEZ RIVERO, que refere que, pelo menos em relação ao cirurgião, surge um dever amplo de controlar todo o tratamento do paciente, incluindo a ação do anestesista, o que se designa por “controlo negativo da aparência da normalidade”⁶⁰. Contudo, entendo que não será de sufragar tal entendimento, não só pela razão anteriormente apontada, mas também pelo facto de estarmos perante uma relação horizontal onde não existe nenhuma relação hierárquica, logo, considerar tal posição da autora seria desvirtuar o princípio da divisão do trabalho no seu todo, impossibilitando uma delimitação do âmbito de competências.

Na fase pós-operatória, se o cirurgião, sem motivo aparente, deixar de controlar a evolução do doente, deixando tal tarefa a cargo de pessoal não competente para o

⁶⁰ Gómez Rivero, M^a del Carmo, *La Responsabilidad Penal del Médico*, 2^a Edición, Valencia, 2008, p. 427

efeito, apenas ele será responsabilizado por um eventual erro que possa surgir que culmine num dano para o paciente.

Isto que aqui dissemos para aferir da responsabilidade nos casos de intervenção simultânea servirá, *mutatis mutandis*, também para o caso de intervenções sucessivas, sendo essencial, ter em conta o caso concreto, e verificar qual dos especialistas cometeu o erro cirúrgico criando, assim, um risco não permitido que se perspetivará num resultado desvalioso.

Conclusão

É chegado o momento de tecer as minhas considerações finais acerca da responsabilidade penal no âmbito da equipa médica.

Constamos que a medicina moderna é dotada de uma enorme complexidade e especialização, com tratamentos e intervenções cada vez mais agressivos no combate à doença, possibilitando uma melhor qualidade de vida ao doente.

O exercício da medicina assume particular destaque e relevância na sociedade atual, tendo o legislador consagrado um regime especial no que toca às intervenções e tratamentos médicos. Todavia, a crescente multidisciplinariedade e coordenação entre os vários intervenientes, leva a que o direito penal tenha que intervir no caso de um médico que viola um dever objetivo de cuidado a que está obrigado a observar, se deste resultar um perigo para a vida ou saúde do doente. Apurar esta violação tem-se afigurado de difícil concretização, uma vez que as *legis artis* encontram-se dispersas por vários diplomas, chegando muitas delas a nem sequer estar escritas. Daí que exista a necessidade de uma positivação destas para auxílio não só da aplicação do direito, mas também da própria sociedade.

O exercício da medicina em equipa surge como uma consequência dos tempos modernos que obriga à delimitação dos âmbitos de responsabilidade de cada médico em ordem a ser possível apurar o responsável no caso de um dano que se consubstancie num resultado desvalioso para o doente. Para tal, recorre-se ao princípio da confiança que conjugado com o princípio da divisão do trabalho, permite que cada membro da equipa médica possa confiar na diligência e competência do seu colega e na sua actuação de acordo com as normas de cuidado de que está incumbido.

O princípio da auto-responsabilidade não é mais do que uma manifestação do princípio da confiança.

Quanto aos crimes negligentes, não é aceite um conceito extensivo de autor na doutrina portuguesa, ficando pelo conceito restritivo. Desta forma, não podemos falar co-autoria negligente, mas sim de comportamento negligente conjunto. Embora este conceito seja apenas admitido por uma parte da doutrina, a verdade é que ainda não é aplicado pelos tribunais portugueses.

No que respeita à atuação em equipa, em concreto nas relações horizontais, é feita a distinção entre intervenções sucessivas e simultâneas, sendo o princípio da confiança aplicado indistintamente nos dois casos. De acordo com este princípio, um profissional não deve imiscuir-se na atuação do colega, sendo este princípio afastado apenas no caso de uma falha grave por parte de um médico. No que toca à responsabilização profissional, é necessário analisar cada caso em concreto (principalmente se se tratar de médicos de especialidades diferentes), pois existem situações em que da violação da norma de cuidado decorre uma responsabilidade individual e noutras situações, poderá decorrer uma responsabilidade coletiva.

Certo é que, ainda muito ficou por dizer uma vez que, no campo do exercício da medicina em equipa, ainda existe um longo caminho a percorrer.

Bibliografia:

Bibliografia Portuguesa:

- Gomes Canotilho/Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4ª Edição revista, 2007

-Sónia Fidalgo, in Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2009

-Guilherme de Oliveira, Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, 1999,

-Gomes Rodrigues, Responsabilidade Médica em Direito Penal, 2007

- Brito, Teresa Quintela de, Responsabilidade penal dos médicos, in RPCC, ano 12, nº3.

-Costa Andrade, Manuel da, Anotação ao art. 156 do CP, Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, 2ª Edição, p.599

- Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª Edição, p.355

.

-José Fragata/Luís Martins, O erro em medicina, 4ª Reimpressão, 2014. P.43

-Figueiredo Dias, Sobre o Estado atual da Doutrina do Crime, 1ª Parte, in RPCC, ano 1, nº1

- Taipa de Carvalho, Américo, Direito Penal – Parte Geral, vol. II, Teoria Geral do Crime, Universidade Católica, 2004

-Roxin, Claus, Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3º Edição, 2004

- Faria Costa, José de, Ilícito – Típico, Resultado e Hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial), in RPCC, 12, 2002

-Faria, Paula Ribeiro de, A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal, Porto, Universidade Católica, 2005,

- Moniz, Helena, Risco e Negligência na prática clínica, in Revista do Ministério Público 130, Abril, Junho 2012

-Figueiredo Dias, Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime, Coimbra Editora, 2001, Machado, J. Baptista, Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”, RIJ, 117, 1984-85

-Correia, Eduardo, “Problemas fundamentais da comparticipação criminosa”, Separata da RDES, 4 e 5, 1951

- Correia, Eduardo, Direito criminal II, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2004,

Bibliografia Estrangeira:

Gómez Rivero, M^a del Carmo, La Responsabilidad Penal del Médico, 2^a Edición, Valencia, 2008,

- Romero Casabona, Carlos Maria, El medico ante el Derecho, Ministerio de Sanidad y Consumo General Técnica, 1985

- Augustín Jorge Barreiro, La imprudência punible en la actividad médico-quirúrgica,