

Inês Leite Menezes Pinto Viana

**CRITÉRIOS DE APURAMENTO DA NEGLIGÊNCIA NO
EXERCÍCIO DA MEDICINA EM EQUIPA**

PORTO

2012

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO (PÓLO DA FOZ)
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CRIMINAL

CRITÉRIOS DE APURAMENTO DA NEGLIGÊNCIA NO EXERCÍCIO DA MEDICINA EM EQUIPA

Inês Leite Menezes Pinto Viana

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Orientador: Prof. Dra. Paula Ribeiro de Faria

PORTO
2012

*"Aplicarei os regimes para o bem do doente
segundo o meu poder e entendimento,
nunca para causar dano ou mal a alguém.*

*Em toda a casa, aí entrarei para o bem dos doentes,
mantendo-me longe de todo o dano voluntário (...)"*

Excerto do juramento de Hipócrates

Agradeço primeiro à minha mãe e tia por terem conseguido manter o bom espírito e a paciência quando eu desanimava e terem-me dado sempre força para continuar. Agradeço também à minha orientadora por ter estado sempre disponível para me ajudar e me deixar à vontade para a contactar. Por fim, a todos os meus amigos por me ajudarem a pensar noutras coisas além desta dissertação.

Um agradecimento especial à D. Rosa Lina por tudo o que fez, e faz, para me ajudar.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	6
INTRODUÇÃO	7
I - ESTRUTURA DO CRIME NEGLIGENTE	8
1. TIPO DE ILÍCITO	8
II - RESPONSABILIDADE MÉDICA NEGLIGENTE.....	9
1. RESPONSABILIDADE MÉDICA EM EQUIPA	9
A. Negligência médica	9
B. Medicina em equipa.....	12
i) Princípio da Confiança.....	12
ii) Princípio da Divisão de Trabalho	15
iii) Limites ao princípio da confiança e da divisão de trabalho.....	17
C. Punição da negligência em equipa.....	20
i) Autoria negligente.....	20
ii) Co-Autoria	21
iii) Teorias da Co-Autoria	22
iiii) Co-Autoria Negligente	24
1. Acordo - elemento subjectivo.....	25
2. Prestação - elemento objectivo.....	27
a) Essencialidade - domínio do facto	27
b) Crimes puros de resultado simples e complexos.....	28
i) Domínio positivo e objectivo.....	28
ii) Crítica aos critérios apresentados e proposta alternativa	29
3. Doutrina alemã	32
4. Co-autoria na negligência médica	34
BIBLIOGRAFIA.....	39

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

BO - Bloco Operatório

CAN - Co-Autoria Negligente

CDOM - Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CP - Código Penal Português

DP - Direito Penal

EOM - Estatuto da Ordem dos Médicos

LA - Legis Artis

REPE - Regulamento do Exercício Profissional dos Enfermeiros

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

Desde o aparecimento do conceito de negligência, no período do Direito Romano¹, tem-se discutido a sua natureza, estrutura, pressupostos e até utilidade. A negligência é definida por FIGUEIREDO DIAS² como uma "*forma básica de surgimento do crime*", enquanto JESCHECK a considera como um tipo especial de acção punível³. Mas, ambos os autores concordam com a existência na negligência de uma estrutura própria e específica, tanto ao nível do ilícito como ao nível da culpa⁴, defendendo o uso de um critério duplo⁵ para o apuramento da negligência em relação a um determinado comportamento.

Do ponto de vista do ilícito considera-se que os comportamentos negligentes são sancionados excepcionalmente quando existe uma norma legal a estabelecer essa punição⁶ pois, constituindo o Direito Penal a última *ratio* da punição, só intervém quando certas condutas negligentes ponham em causa bens jurídicos com dignidade penal e como tal carecidos de protecção, não se podendo punir todos os comportamentos descuidados mas somente aqueles que violam os bens jurídicos que são mais valiosos (vida, integridade física etc)⁷. A negligência pode ser consciente (o agente representa o resultado lesivo mas não se conforma com o mesmo, confiando que este não se vai produzir⁸) ou inconsciente (o agente nem sequer representa o resultado lesivo como possível, há uma total ausência de consideração dos perigos da acção⁹).

A negligência, hoje em dia já não é posta em causa enquanto tema central do Direito Penal, apesar de ainda existirem numerosos aspectos, questões e dúvidas em torno desta figura, continuando a ser um ponto de divergência entre a doutrina jurídica.

¹JESCHECK, HANS HEIRICH in "*Tratado de Derecho Penal*", 4ª Ed. Granada: Comares Editorial, 1993 p.511

²DIAS, JORGE FIGUEIREDO in "*Direito Penal: Parte Geral*", 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007 p.859

³ JESCHECK *ob cit*, p. 512

⁴ *Ibidem* p.512 referindo o autor que enquanto acção punível "*oferece uma estrutura própria tanto no âmbito do ilícito como na da culpabilidade.*"

⁵Ou "duplo escalão" - FIGUEIREDO DIAS *ob cit* B), p.865

⁶No Código Penal Português essa previsão conjuga-se com o artigo 15º e com os tipos de crimes previstos na Parte Especial do CP como puníveis a título de negligência.

⁷Neste sentido WELZEL, HANS "*El nuevo sistema del derecho penal - una introduccion a la doctrina de la accion finalista*", Buenos Aires: Julio César Faira, 2002 p.112; JAKOBS, GÜNTHER "*Moderna dogmática penal: estudios compliados*", 2ª Ed., México: Editorial Porrúa, 2006, p.307 nota 3, JESCHECK *ob cit* p. 515; FIGUEIREDO DIAS "*Comentário Conimbricense do Código Penal*", vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1999 p.100

⁸"*atitude interna do autor reprovável frente ao Direito.*" Considerando que "*todos têm de usar as suas faculdades pessoais... para poderem perceber e evitar a tempo os perigos concretos para os bens jurídicos protegidos*" JESCHECK *ob cit* p.515.

⁹Para WELZEL "*...na culpa inconsciente a reprovação da culpa baseia-se no facto de o autor nas sua actuação não ter previsto a possibilidade de se produzir o resultado típico tendo podido fazê-lo.*" *Ob cit* B), p.158

I - ESTRUTURA DO CRIME NEGLIGENTE

A negligência é composta por ilícito e culpa negligente. O ilícito negligente concretiza-se num comportamento contrário ao devido face um perigo, violador do dever de cuidado imposto pela ordem jurídica, que origina um resultado típico (sendo este previsível e evitável) e pela culpa negligente (censura dirigida à conduta do autor quando este podia ter previsto e evitado o resultado lesivo)¹⁰.

1. TIPO DE ILÍCITO

O tipo de ilícito negligente traduz-se numa acção desvaliosa (violadora do dever de cuidado) e num resultado típico desvalioso (previsto por uma norma) relacionados por umnexo causal, sendo estes elementos essenciais do ilícito. Discute-se se o resultado deverá ser ou não um elemento do ilícito, pois existem crimes negligentes de mera actividade¹¹ que não pressupõem um resultado mas somente a colocação em perigo de bens jurídicos através de um determinado comportamento. Nestes casos, e segundo FIGUEIREDO DIAS¹², concretiza-se o perigo e consuma-se o crime com a mera violação do dever de cuidado, o que não vale para os crimes de resultado de dano em que o resultado é elemento do ilícito. Existe uma violação do dever de cuidado quando o agente infringe o comportamento imposto pela norma para uma situação que exigia um determinado cuidado de modo a evitar-se a lesão do bem. Nestes casos há uma valoração social da conduta, sendo este critério determinante para o apuramento da existência de um delito negligente.

Para a avaliação da ilicitude do comportamento do agente, recorre-se a um critério objectivo e generalizador, de acordo com a maioria da doutrina¹³. A comparação será feita com as capacidades do homem médio, isto é, "*...o homem consciente e cuidadoso do sector da actividade a que pertence o agente...*"¹⁴. O comportamento deste homem-padrão naquela situação seria o correcto e cuidadoso. Portanto, sendo o comportamento do autor contrário ao

¹⁰A estrutura do crime negligente não é unânime entre a doutrina pois existem autores que defendem no ilícito a presença de um tipo objectivo e outro subjectivo e outros que preconizam uma indistinção entre ilícito e culpa; para um aprofundamento das diversas teorias vide FARIA, MARIA PAULA BONIFÁCIO RIBEIRO DE "A adequação social da conduta no direito penal: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal", Porto: Publicações Universidade Católica 2005 p.893 e ss

¹¹JESCHECK considera que existem 2 conceitos de perigo nestes crimes: um abstracto e outro concreto, *ob cit* p. 530

¹²*Ob cit* B), p. 870 e 871

¹³DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO *ob cit* A), p. 110 e 111, OLIVEIRA, FRANCISCO DA COSTA "Crime negligente e culpa: na dogmática penal e na prática judiciária", Coimbra: Almedina, 2010, p. 94, 95 e 98, JESCHECK, *ob cit*, p. 512, 513, 525 e 526, CARVALHO, AMÉRICO A. TAIPA DE, "Direito Penal - Parte Geral Volume II Teoria Geral do Crime", Porto: Publicações Universidade Católica, 2004 p.381 a 383, WELZEL, HANS *ob cit* B), p.113

¹⁴TAIPA DE CARVALHO, *ob cit* p.381

padronizado haverá violação do cuidado. Esta objectividade todavia foi amplamente criticada pois, nuns casos, pecava por excesso, já que os sujeitos com capacidade abaixo da medida padrão poderiam ser punidos, o que seria criticável, uma vez que não detinham pessoalmente capacidade para evitar o resultado, estando-se a exigir mais do que se podia, devendo negar-se a realização do ilícito, e pecaria por defeito em relação àqueles que possuíam capacidades acima do padrão-médio pois, cumprindo-o, estariam a actuar correctamente mesmo detendo capacidades "especiais" adequadas a evitar o resultado lesivo. Este sector da doutrina defende a utilização de um critério individual, atendendo portanto às capacidades individuais do autor para se averiguar da violação do cuidado.

II - RESPONSABILIDADE MÉDICA NEGLIGENTE

1. RESPONSABILIDADE MÉDICA EM EQUIPA

A. Negligência médica

O artigo 150º do CP considera as intervenções médicas e os tratamentos cirúrgicos como atípicos se os seus pressupostos forem cumpridos (qualificação do agente "... médico ou pessoa legalmente autorizada..."; intenção terapêutica "...intenção de prevenir..."; indicação médica "...mostrem indicados..."; realização segundo as *Leges Artis*). O médico terá que ponderar a necessidade da sua actuação, o risco da sua intervenção face ao da sua omissão e por último fazer uma avaliação entre os riscos e benefícios da intervenção¹⁵. As intervenções realizadas contra as LA e sem indicação curativa podem originar negligência médica.

A prática da medicina está cada vez mais complexa, expandindo-se a multidisciplinaridade nas ciências médicas surgindo "...novos modelos de relacionamento entre médicos de várias disciplinas"¹⁶, revelando-se necessário e essencial um trabalho de equipa no qual haja uma distribuição de competências e funções pois, cada vez mais, os médicos reduzem o "...campo de actuação, aprofundando os seus conhecimentos num âmbito científico específico"¹⁷ desenvolvendo as suas tarefas em conjunto com outros profissionais de saúde em equipas "pluridisciplinares"¹⁸.

¹⁵ RODRIGUES, ÁLVARO, *ob cit*, p.280 e ss

¹⁶ CASEIRO, JOSÉ MANUEL, "A Equipa Médico-Cirúrgica", in Revista Sociedade Portuguesa de Anestesiologia, vol. 15, nº3, Julho de 2006

¹⁷ FIDALGO, SÓNIA "Determinação da responsabilidade penal no caso de transfusão de sangue infectado com HIV/SIDA", in IX Congresso Virtual HIV/AIDS: A Infecção e o Direito, 2008

¹⁸ *Ibidem*

O fenómeno de crescente especialização leva à existência de colaborações de vários especialistas agindo todos para a prossecução do mesmo fim. A divisão de trabalho entre os membros da equipa, revela-se fulcral para se delimitar as funções e as tarefas que cabem a cada um para realizar o fim da intervenção¹⁹. Desta forma, também se delimita a responsabilidade à qual cada membro da equipa estará sujeito²⁰. A acompanhar a divisão de trabalho temos o princípio da confiança que é essencial²¹ para o bom funcionamento da equipa²².

O profissional médico tem de atender às normas reguladoras do ramo da sua actividade²³. Em Portugal, existem várias normas por exemplo, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, ou o Estatuto da Ordem dos Médicos. O art. 18º do CDOM estabelece os deveres dos médicos no desenvolvimento da sua actividade e dá recomendações sobre o comportamento a adoptar em certos casos que exijam "...ponderações difíceis de carácter ético"²⁴. Porém, esta actividade encontra-se em permanente renovação e evolução cabendo ao médico informar-se sobre os procedimentos existentes à data antes de actuar²⁵. As LA adequadas serão aquelas, que no caso concreto, sejam maioritariamente aceites pelos profissionais do ramo²⁶. Claro que é indispensável não esquecer que existe a "liberdade terapêutica"²⁷ (art. 125º CDOM), isto é, o médico pode escolher o tratamento que lhe pareça mais eficaz para a situação mas, sempre dentro dos limites das "...regras mínimas reconhecidas"²⁸. Existe também quem defenda a criação de LA *ad hoc* em vez de apelar a LA genéricas, cabendo a criação ao juiz²⁹.

¹⁹Detalhadamente MARIO MARAVER GÓMEZ "El principio de Confianza en Derecho Penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva", Cizur Menor Navarra: Civitas Thomson Reuters, D.L. 2009

²⁰BARREIRO, JORGE AUGUSTIN "La imprudencia punible en la actividad médico - quirúrgica", Madrid: Tecnos, 1990 p. 113 e 114; CARLOS MARIA ROMEO CASABONA, "El Medico y el derecho penal: licitud e responsabilidad penal", Barcelona: Bosch D.L. 1981 p.247 e 248

²¹ Para INGEBOG PUPPE este princípio é necessário para que exista um divisão de trabalho servindo ambos para delimitar os deveres de cuidado exigidos na prossecução da actividade médica, in "Division del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica", 2006, in, InDret-Revista para Análisis de Derecho nº382, Barcelona: Outubro p. 3

²²FIDALGO SÓNIA, in "A Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa", Coimbra, Coimbra Editora 2009, p. 101

²³As mencionadas *Leges Artis*

²⁴FIDALGO, SÓNIA *ob cit B*), p.75

²⁵Art. 9º CDOM

²⁶ROMEO CASABONA considera que a actuação correcta não é necessariamente coincidente com a aplicação das regras geralmente aceites e reconhecidas pois deve haver "...uma ponderação de riscos e vantagens..." no caso concreto p.237, *ob cit A*). Sublinha ainda a natureza meramente indiciária das LA *ibidem* p.238

²⁷FIDALGO, SÓNIA *ob cit B*), p. 74; ROMEO CASABONA in, "Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo", Granada: Comares, 2005 p. 209 nota 38

²⁸BARREIRO, JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica" in, Estudios penales y criminológicos, nº14, 1991 Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones de la Universidad p.152

²⁹FIDALGO, SÓNIA, *ob cit B*), p.62

Sobre os médicos incidem ainda deveres³⁰ de preparação e de informação, prévios ao exercício da sua prestação, que quando não são observados, ou o são de forma insuficiente, implicam um dever de omissão da acção. Também existe um dever de actualização dos conhecimentos³¹ (fundamental pois só desta forma se consegue ministrar a prestação mais adequada e eficaz tendo em conta os conhecimentos existentes à data). Indispensável é também o cumprimento do dever de auto avaliação prévio à prestação pois quando o médico conclui que não se encontra em condições para actuar deve pedir ajuda a outros colegas (126º CDOM) ou, até omitir a acção³². Facilmente se depreende que a violação do cuidado devido nestas situações pode gerar negligência por assunção³³. Em Espanha já foram julgados vários casos deste tipo como, por exemplo, a situação de um anestesista que aceitou indevidamente a realização e supervisão do estado de dois pacientes que se encontravam em blocos operatórios diferentes³⁴.

O médico ao actuar tem de atender às regras de cuidado que lhe são impostas pois são estas que definem o que se situa dentro do risco permitido, excluindo a negligência relativamente a um eventual resultado lesivo (sendo também excludentes de responsabilidade os riscos inevitáveis e imprevisíveis)³⁵. A violação de cuidado³⁶ tem pois de originar um risco não permitido pela norma, concretizando-se este no resultado típico, para se falar de negligência (imputação). Fica assim demonstrada a relevância e necessidade de o juiz³⁷ considerar na sua ponderação não só a opinião dos peritos como todas as circunstâncias do caso concreto. Como nos diz CASABONA³⁸, o juiz deve proceder à avaliação do comportamento do médico tendo em conta "...o preciso momento em que este actuou..." e as "... circunstâncias de lugar...", dando como exemplo a disparidade das circunstâncias que rodeiam um médico de um Hospital universitário urbano e de um hospital num meio rural. Também é fundamental integrar a conduta do médico na respectiva fase³⁹ de tratamento, pois cada uma implica deveres específicos⁴⁰.

³⁰ RODRIGUES, ÁLVARO *ob cit*, p.283 e 284

³¹ Art. 9º CDOM

³² CASABONA, ROMEO, *ob cit* A), p.234

³³ BARREIRO, JORGE *ob cit* B), p.155

³⁴ BARREIRO, JORGE, *ob cit* A), p.138 e 139

³⁵ Além do risco existe o dano anónimo, segundo a Lei 67/2007 art. 7 nº3 e 4. PAULA FARIA diz-nos que este podem ocorrer em casos de insuficiência de número ou qualificação dos profissionais de saúde in " *O erro e, medicina e o Direito Penal*" in, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Bio-Médico, Ano 7 nº14 Julho/Dezembro 2010, Coimbra: Coimbra Editora p. 10

³⁶ Esta violação pode consistir ou não na violação das LA atribuindo-se natureza indiciária a estas regras técnicas.

³⁷ RODRIGUES, ÁLVARO *ob cit* p.284 e 285

³⁸ *Ob cit*, A), p.245 a 247

³⁹ No diagnóstico surge muitas vezes o "olho clínico" baseado na experiência adquirida pelo médico que deve ser sempre completada com testes que comprovem o diagnóstico *vide* CASABONA *ob cit* A), p.255 e JORGE BARREIRO *ob cit* B), p.157. Este último refere que pode haver excesso de confiança num "dom intuitivo de valoração impossível quando se prescinde de comprovações objectivas elementares" *IDEM*

⁴⁰ Existem fases de diagnóstico, de tratamento etc; para maiores desenvolvimentos *vide* ÁLVARO RODRIGUES *ob cit* p.293 e ss e ROMEO CASABONA, *ob cit* A), p. 254 ss e C), p.210

A culpa negligente (médica neste caso) tem em conta as capacidades e conhecimentos pessoais do agente médico, avaliando-se se este se encontrava numa posição em que podia ou devia poder cumprir com as exigências de cuidado. Ter-se-á que "...valorar o comportamento individual nas circunstâncias em que este ocorreu"⁴¹ para se reprovar a acção negligente e afirmar a culpa tendo em conta a "...exigibilidade da conduta conforme o Direito"⁴².

B. Medicina em equipa

i) Princípio da Confiança

Em certos casos a produção do resultado decorre da concretização de perigos decorrentes da actuação de outros⁴³. Nestas situações é muito importante a plena aplicação do princípio da confiança⁴⁴ traduzindo-se este na possibilidade de os agentes confiarem na actuação correcta, cuidadosa e conforme o dever de cuidado dos restantes nas diversas relações sociais em que participam. O princípio recua e retrai-se sempre que os sujeitos tenham razões fundadas e concretas que permitam pensar, ou que devam fazer pensar, que os outros irão actuar descuidadamente. O princípio da confiança serve para delimitar os deveres de cuidado a observar em relação a terceiros e às suas actuações, definindo a atenção e diligência necessárias a ter nestas relações⁴⁵.

O fundamento deste princípio é discutido, havendo autores que consideram que se fundamenta no princípio do risco permitido (JAKOBS e ROXIN), outros no princípio da auto-responsabilidade (STRATENWERTH, FIGUEIREDO DIAS e FEIJÓO SÁNCHEZ) e também há quem o considere como expressão de uma "actualização" da relação de cuidado-de-perigo (FARIA COSTA).⁴⁶ Quanto a nós concordamos com FIGUEIREDO DIAS⁴⁷ quando afirma que se somos seres responsáveis (havendo excepções), devemos poder considerar que os outros também o são, e desta forma poder confiar na sua actuação cuidadosa e correcta, pois em princípio ninguém responde pela

⁴¹CASABONA, ROMEO, *"El Médico ante el derecho: responsabilidad penal y civil del médico"*, Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaria General Técnica, 1985, p. 68

⁴²BARREIRO, JORGE *ob cit A*), p.104; *vide* também JOSÉ MANUEL FERNANDÉZ HIERRO *"Sistema de responsabilidad Médica"*, Granada: Editorial Coamares, 3ª Ed. 2000 p.507 e ÁLVARO RODRIGUES *ob cit*, p.271

⁴³DIAS, FIGUEIREDO, *ob cit A*), p.262; JAKOBS *ob cit*, p.318 e ss defendendo que se não fosse permitida a confiança em geral todos os comportamentos susceptíveis de serem influenciados por comportamentos alheios tinham de ser omitidos; WELZEL, B), p.116 sendo o princípio "...uma importante concretização material do conceito de cuidado, ao converter a esperança na conduta correcta dos outros na base de actuação correcta de cada um dos participantes no tráfego."

⁴⁴Abordaremos a figura no contexto da responsabilidade médica

⁴⁵SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ FEIJÓO, *ob cit B*), p.50; FIGUEIREDO DIAS *ob cit B*), p.881; SÓNIA FIDALGO *ob cit B*), p.110; JORGE BARREIRO *ob cit A*), p.117 ss; ÁLVARO RODRIGUES *ob cit*, p. 304; PUPPE *ob cit*, p. 3 e 4

⁴⁶*Vide* SÓNIA FIDALGO *ob cit B*), p.119 e ss

⁴⁷*Ob cit*, A), p. 109 e B), p.882

"...*falta de cuidado alheio*"⁴⁸. Claro que a aplicação deste princípio não é universal pois como já disse, existem limites à confiança (p.ex. razões concretas e fundadas que obriguem a desconfiar da actuação correcta de terceiros).

Questão controversa é a de saber se, os sujeitos que actuam violando o dever de cuidado podem manter a confiança na actuação correcta dos restantes (contrariamente às hipóteses de acontecimentos naturais, que obrigam a evitar os riscos previsíveis⁴⁹). Autores como FIGUEIREDO DIAS⁵⁰, FEIJÓO SÁNCHEZ⁵¹, MARIO GOMEZ⁵², PUPPE⁵³ defendem esta posição pois a lesão ocorrida, pode não ser imputável ao comportamento violador do autor mas, ficar a dever-se a motivos que lhe são alheios, estando presentes questões atinentes à imputação do resultado à conduta e não problemas ligados ao funcionamento da confiança, concluindo que nem todo o resultado produzido na sequência de uma infração do dever de cuidado está ligado a essa conduta. Outros autores⁵⁴ e alguma jurisprudência apontam no sentido contrário, ou seja, consideram que uma actuação violadora dos deveres afasta a aplicação do princípio e imputando o resultado ao infractor. Consideram que só quem actua conforme as normas pode confiar na actuação responsável dos restantes (teoria do prémio). Ora, os opositores desta teoria consideram que esta questão nada tem que ver com o princípio da confiança mantendo-se a sua aplicação pois os outros intervenientes não deixam de ser seres responsáveis, não se podendo por isto concluir que estes últimos tenham que compensar ou evitar as condutas descuidadas. O princípio delimita os deveres, mas não a responsabilidade e o cumprimento dos mesmos⁵⁵. Então, a imputação do resultado a estes agentes não pode ter como fundamento apenas a violação do dever de cuidado, pois estar-se-ia a voltar a uma *versari re illicita*⁵⁶ (imputar-se-iam todos os resultados causalmente relacionados com a violação do cuidado, imputava-se um azar sem ligação à acção). É necessário que além da violação do cuidado seja possível imputar o resultado à conduta. A resolução do problema não será encontrada através do princípio mas sim através dos critérios de imputação do resultado à conduta. A violação da norma tem que concretizar um risco previsto pela mesma. Não vamos desenvolver as várias teorias criadas para resolver o problema da imputação, já que seguimos a teoria do incremento do risco, auxiliada⁵⁷

⁴⁸*Ibidem*

⁴⁹STRATENWERTH/KUHLEN, *Allgemeiner Teill*, apud SÓNIA FIDALGO *ob cit B*), p.125

⁵⁰*Ob cit B*), p.127 e 883

⁵¹*Ob cit B*), p.59 e ss e A), p.225 e ss especialmente p.235

⁵²GÓMEZ, MARIO MARAVER, *ob cit*, p.123 e 170 e ss

⁵³PUPPE, INGERBORG "*Division de trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica*" Universidade de Born, in *InDret Revista para el Análisis del Derecho Barcelona*, Outubro 2006 p.5

⁵⁴GÓMEZ, MARIO *ob cit*, p.117 e ss; ROMEO CASABONA A), p.249

⁵⁵*Ibidem*

⁵⁶ROXIN, CLAUDIUS, "*Problemas fundamentais de Direito Penal*", Lisboa: Veja, 1998 p.292; FEIJÓO SÁNCHEZ *ob cit B*), p.58 e 59; PUPPE *ob cit*, p.5

⁵⁷SÁNCHEZ, FEIJÓO BERNARDO JOSÉ, "*Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y limites materiales*", Zaragoza: Editorial EDIJUS, 1999 p.264

e completada com a teoria do fim da protecção da norma⁵⁸. Como já referimos, o resultado lesivo pode também ser responsabilidade do próprio lesado ou de terceiros, tendo estes violado o cuidado ao qual estavam obrigados. Nestes casos fala-se de "concorrência de culpas", pois o terceiro pode adoptar um comportamento que negue a possibilidade de contar e/ou evitar o resultado. Relevantes para o nosso estudo são as hipóteses de comportamentos alternativos lícitos. FEIJÓO SÁNCHEZ⁵⁹ refere que para se imputar o resultado à conduta deve-se recorrer a um juízo hipotético de uma conduta alternativa cuidadosa e correcta. Se o agente agisse conforme a norma e o resultado viesse a produzir-se, não era possível evitá-lo ou impedi-lo pois, este seria inevitável. A operação que se realiza é a comparação de uma conduta alternativa lícita com aquela que foi efectivamente realizada pelo agente, determinando-se se o resultado era previsto pela norma. Este é um limite à imputação pois, o agente deve poder prever e evitar as lesões. Se o resultado ocorresse mesmo que o agente tivesse actuado correctamente, a norma seria ineficaz para aquela situação pois não iria evitar o resultado, seria inidónea. O mesmo autor⁶⁰ refere que isto é um "...reflexo de protecção da norma" pois um risco permitido não deixa de o ser por existirem comportamentos anteriores incorrectos porque, nestes casos, o perigo derivado da violação já se esgotou, sem que tenha ocorrido o resultado. O resultado verificado pode ter sido criado por outros factores concorrentes com a conduta do autor, não se demonstrando, desta forma, a idoneidade da norma para evitar o resultado naquele caso concreto. Analisando a norma, esta tinha de impor ao autor que este previsse *ex ante* aquelas lesões concretas. Se isto não acontece não seria nunca possível evitar o resultado. As normas não pretendem evitar todos os resultados causalmente ligados à sua violação mas só certos casos concretos. Um exemplo, que útil para demonstrar esta situação, será o caso de o superior não proporcionar aos subordinados os meios necessários para que estes realizem cuidadosamente as suas funções ou não dar a formação para que seja possível controlar certos riscos. O superior, imagine-se o chefe da equipa médica, infringe os seus deveres de cuidado, mas não se lhe pode imputar os resultados ocorridos naquela situação apesar de estarem causalmente ligados à violação, pois o resultado pode efectivamente não estar relacionado com a violação da norma mas com condutas defeituosas de terceiros ou de instrumentos⁶¹. PUPPE⁶² refere ainda os casos em que há exclusão da co-responsabilidade do causador do primeiro dano pela produção de um segundo dano, dando o exemplo do cirurgião que após examinar um paciente que tinha sido atropelado se depara com uma hérnia e durante a operação da mesma comete um erro. Contrariamente ao defendido pela doutrina e jurisprudência dominantes na Alemanha, a autora refere que a possível exclusão da responsabilidade não se funda no princípio da confiança pois o

⁵⁸Com mais detalhe *vide* FIGUEIREDO DIAS p.337, *ob cit* C), e ss; ROXIN, *ob cit* A), p.256 e ss

⁵⁹*Ob cit* A), p.264 e ss

⁶⁰*Ibidem* p.268 e 269

⁶¹*Idem* p.235

⁶²*Ob cit* p.5

segundo dano (erro médico) realiza um risco não permitido da actuação médica e não do atropelamento ou do acidente. O primeiro dano origina causalmente o segundo, pois sem ele não seria necessário realizar a cirurgia, não havendo oportunidade de ocorrer o último dano, mas não basta que o primeiro autor tenha concausado o segundo dano, precisamente por o segundo dano interromper o nexos causal e portanto a imputação, sendo aquele erro um risco geral do tratamento médico (actividade permitida, mas perigosa). De acordo com ROXIN⁶³ o 1º dano facilita o aparecimento do segundo. Já seria diferente, se o erro médico fosse cometido no tratamento dos danos gerados pelo atropelamento, se, por exemplo, o cirurgião ao operar um paciente atropelado, para lhe retirar uma peça de metal do carro, cometesse um erro que viesse a provocar uma lesão. A primeira lesão foi necessária para que as consequências perigosas da segunda conduta se produzissem. O médico está autorizado a evitar um dano maior mas isto não converte o risco da operação em permitido. Mas, se o erro médico fosse grave, a doutrina defende que a magnitude do comportamento médico é de tal ordem que haverá exoneração do primeiro responsável.

Quanto a nós, parece-nos, de facto, que o princípio da confiança se pode aplicar mesmo quando o sujeito viola o dever de cuidado. É preciso também provar que a sua conduta cria ou aumenta um risco não permitido e, por isso, ilícito, e que esse mesmo resultado cabe dentro do âmbito e fim da norma, sendo a finalidade da norma evitar precisamente resultados como aquele que acabou por se verificar.

ii) Princípio da Divisão de Trabalho

Uma das áreas mais importantes de actuação do princípio é a divisão de trabalho, no seio de equipas, como já foi dito. A intervenção de uma equipa pode ser organizada segundo uma divisão horizontal de trabalho, interagindo vários sujeitos que se encontram numa posição de igualdade⁶⁴, com a mesma formação e com funções complementares, ocupando-se cada um respectivamente das suas tarefas p.ex. cirurgião e anestesista que "*...com os seus conhecimentos especiais se complementam e dividem o trabalho na intervenção cirúrgica*"⁶⁵, ou farmacêuticos e médicos⁶⁶, ou neurologistas e cardiologistas. Nesta modalidade cada um dos membros da equipa pode ocupar-se das suas tarefas e competências "*...resultando numa maior efectividade, segurança e qualidade do trabalho realizado conjuntamente*"⁶⁷. Contudo pode também haver uma divisão de trabalho vertical existindo uma relação de supra/infra ordenação. Há uma

⁶³Ob cit A), p.291

⁶⁴BARREIRO, JORGE ob cit B), p.171 e 172

⁶⁵BARREIRO, JORGE, ob cit A), p.136

⁶⁶GARCIA, ESTHER HAVA, "La imprudencia medica", Valencia: Tirant to Blanch, 2000, p.177 e Albert Ponsold ob cit, p.56

⁶⁷SÁNCHEZ, FELIÓO, ob cit A), p.232

hierarquia, como nos explica ESTHER GARCIA, que pode ser composta por membros com diferentes níveis de formação⁶⁸ (cirurgião e enfermeiras⁶⁹) ou por membros com o mesmo nível mas onde um dos sujeitos assume a liderança e a gestão da equipa⁷⁰ (médicos de especialidades diferentes).

Como já expusemos, o princípio da divisão de trabalho serve para distribuir as tarefas aos membros da equipa para que, contando com a ajuda e o desempenho de cada um, se alcance a cura ou a melhoria do estado de saúde do paciente. Desta forma, cada sujeito assume funções específicas dentro da estrutura colectiva, dedicando-se exclusivamente ao seu cumprimento⁷¹. Esta repartição de tarefas acarreta perigos e riscos⁷² elevados porque podem ocorrer erros, enganos, lapsos e descuidos que venham a originar lesões graves numa actividade que envolve os bens mais preciosos para o Homem: a vida, a integridade física e a saúde humanas. ÁLVARO RODRIGUES⁷³ define como fontes de perigo a qualificação defeituosa dos membros, as falhas na comunicação de instruções ou a má interpretação das mesmas, a defeituosa coordenação das actividades (interacção de várias especialidades e formações), as faltas de organização (originando a responsabilidade do estado, o chamado funcionamento anormal de serviço⁷⁴) e a avaliação defeituosa da capacidade e/ou conhecimentos de outros membros da equipa para realizar as tarefas para as quais foram escolhidos. Mas, precisamente porque esta repartição acarreta riscos graves, tornando a actividade médica vulnerável, devem ser tomadas medidas para atenuar o perigo de lesões⁷⁵, por exemplo, tendo em conta o historial clínico do paciente, passando a escrito as ordens e instruções ou tratamentos, etc.

O papel do princípio da confiança é fundamental para delimitar os deveres de cuidado⁷⁶ na interação social, havendo quem o eleve, como faz FEIJÓO SÁNCHEZ⁷⁷, a princípio geral do Direito (tendo outras utilidades além da delimitação dos deveres de cuidado). Os sujeitos podem e devem actuar confiando nos outros. Como refere PUPPE, para o princípio da divisão de trabalho funcionar é fundamental o princípio da confiança, actuando este quase como pressuposto. Nas equipas médicas, os membros podem confiar uns nos outros, confiar que os outros se vão comportar correctamente e cuidadosamente de modo a alcançar-se a melhoria/cura do paciente, sendo este o objectivo e o fim da intervenção. Logo, é lhes permitido concentrar-se

⁶⁸*Ibidem* p.233 "... onde existem grandes desníveis de preparação"

⁶⁹BARREIRO, JORGE, *ob cit* A), p.147 e B), p. 173

⁷⁰SÁNCHEZ, FEIJÓO *ob cit* A), p.232 e FERNADÉZ HIERRO, *ob cit* p.54.

⁷¹BARREIRO, JORGE, *ob cit* A), "La imp..." p.115

⁷²BARREIRO, JORGE *ob cit* B), p. 170 e A), p.116.

⁷³*Ob cit*, p.305

⁷⁴Art. 7 nº4 Lei 67/2007 de 31 de Dezembro

⁷⁵"...uma gestão do risco, capaz de prevenir, tanto quanto possível, os erros inevitáveis e irrelevantes..." à semelhança das medidas tomadas na aeronáutica como defende PAULA FARIA *ob cit* p.26

⁷⁶Vide autores mencionados nota 87

⁷⁷*Ob cit* B), p.76

e dedicar-se à sua respectiva tarefa, pois cada um, irá responder apenas pela sua actuação⁷⁸. Tendo havido uma definição prévia das respectivas competências, considerando-se a adequação das mesmas à sua formação, ficam ficam os intervenientes cientes do cuidado ao qual estão obrigados, sendo viável uma verdadeira divisão de trabalho, pois só assim é possível estabelecer-se a confiança necessária na realização correcta e cuidadosa das tarefas dos restantes intervenientes. A formação de cada membro irá demonstrar, em princípio, o que cada um estará apto a executar (p. ex. seria contraproducente delegar numa enfermeira a tarefa de reparar uma artéria, mas ela já seria apta relativamente ao ministrar de uma injeção).

iii) Limites ao princípio da confiança e da divisão de trabalho

Este princípio não actua ilimitadamente⁷⁹ e a sua extensão será diferente consoante o âmbito que está em causa. Os limites gerais são a existência de motivos concretos que impliquem a suspeita de que o outro não actuou, ou não vai actuar, conforme a norma de cuidado (devendo haver uma compensação ou suspensão da actividade), a presença de um terceiro em relação ao qual se duvida da sua capacidade de reacção e actuação (idosos, pessoas com certas deficiências, crianças etc) e a existência de condutas que requeiram deveres de cuidado especiais (exemplo da divisão de tarefas vertical).

Para efeitos desta exposição é essencial distinguir o alcance deste princípio nas duas formas de divisão de trabalho. Na divisão horizontal (igualdade) entende-se que o princípio tem validade geral e o alcance normal. Há confiança de que os outros irão actuar de acordo com os seus deveres, assumindo cada um responsabilidade só e apenas pelo seu comportamento⁸⁰. Não se aplicará o princípio, valendo um dever de cuidado secundário, onde se constata falhas graves de colegas ou onde existem dúvidas sobre a sua qualificação ou fiabilidade⁸¹: imagine-se que o cirurgião, durante a cirurgia, dá conta de que o anestesista adormeceu, não estando atento aos níveis de oxigenação do cérebro do paciente. Nesse caso terá de chama-lo à atenção, sob pena de poder vir a responder por eventuais lesões que venham a ter lugar^{82 83}.

⁷⁸CASABONA, ROMEO, *ob cit B*), p.100 e ss; FEIJÓO SÁNCHEZ, *ob cit A*), p.225 e ss; PUPPE *ob cit*, p.3;

⁷⁹FIDALGO, SÓNIA, *ob cit B*), p.142 e ss

⁸⁰Da mesma opinião PUPPE *ob cit*, p.4 e JORGE BARREIRO, *ob cit A*), p.138 afirmando que o princípio "... só se pode excluir o funcionamento em casos excepcionais."

⁸¹Opinião partilhada por ESTHER GARCIA *ob cit*, p.76 e ss, FEIJÓO SÁNCHEZ *ob cit B*), p.55, ROMEO CASABONA, *ob cit B*), p.76

⁸²Mais exemplos *vide* SÓNIA FIDALGO *ob cit B*), p.199 e ss, JORGE BARREIRO, *ob cit A*), p.143. Outro exemplo de vigência do princípio são as relações entre os médicos e os farmacêuticos *vide* PONSOLD, ALBERTO, "Manual de Medicina Legal", Barcelona: Editorial Científico-Médica, 1955 p.56

⁸³Um dos exemplos referidos na doutrina relaciona-se precisamente com a relação entre anestesistas e cirurgiões, que têm funções autónomas e complementares entre si, CASEIRO, JOSÉ MANUEL, *ob cit*, p.11

Nas relações verticais, o alcance do princípio é mais controvertida mas há acordo quanto a ser a sua actuação mais limitada⁸⁴. Nestes caso há um sujeito que assume a liderança da equipa. FEIJÓO SÁNCHEZ⁸⁵ considera que o dever de cuidado será definido consoante a posição ocupada pelo sujeito na equipa, exemplificando com o caso do superior ter o dever de dar ordens tendo de controlar o cumprimento das mesmas.

O chefe de equipa tem deveres decorrentes desta sua posição⁸⁶: **deveres de seleção**⁸⁷ (escolhe pessoal com as capacidades e conhecimentos necessários para executarem as tarefas), **deveres de instrução** (fornece as informações necessárias aos subordinados, certificando-se que estes as compreenderam), **deveres de coordenação**⁸⁸ (estabelece as tarefas em função das circunstâncias concretas dos subordinados) e **deveres de vigilância, supervisão e controlo**. Estes últimos implicam uma limitação da confiança que vigora até ao momento em que os terceiros actuam (podendo dar origem à *culpa in vigilando* do superior). Obviamente o dever de controlo não será sempre igual, nem terá a mesma intensidade, podendo ser necessário controlar aspectos gerais e totais da conduta ou só certos aspectos, limitados no tempo. A intensidade do controlo das actividades de enfermagem não é o mesmo que era há uns anos atrás, pois estes profissionais além das competências dependentes têm, neste momento, competências próprias e independentes das dos médicos, em relação às quais não existe controlo⁸⁹. Todavia, tratando-se de pessoas com pouca experiência ou em formação (internos de medicina), o superior tem de controlar a total execução das tarefas, valendo o princípio da "desconfiança"⁹⁰. Esta posição é oposta à posição tradicional, que preconizava a *captain chief doctrine*⁹¹ segundo a qual o chefe de equipa se equiparava ao capitão de um navio: emanava ordens e tinha de verificar escrupulosamente o seu cumprimento. Para JORGE BARREIRO⁹² esta situação "*levaria a criar uma atmosfera insuportável de nervosismo e desconfiança e iria contra a lógica do princípio de divisão de trabalho*". Também nas relações verticais, uma vez cumpridos os deveres secundários (que podem derivar de diversas fontes de perigo⁹³), pode haver confiança. Damos o exemplo da regra que impõe, antes da cirurgia, a contagem do número de instrumentos e de

⁸⁴BARREIRO, JORGE, *ob cit A*), p.143, ESTHER GARCIA *ob cit*, p.81, FEIJÓO SÁNCHEZ, *ob cit B*), p.55 e 56 e B), p.233; PUPPE *ob cit*, p.4 e SÓNIA FIDALGO *ob cit B*), p.157

⁸⁵*In ob cit B*), p.55 e 56

⁸⁶Seguimos a exposição de MARIO GOMEZ *ob cit* p.137 e ss. que considera que uma vez cumpridos os deveres, o superior pode confiar na actuação correcta e responsável dos subordinados. SÓNIA FIDALGO descreve cuisadosamente os deveres para o apuramento da responsabilidade do superior hierárquico, *ob cit B*), p.222 e ss

⁸⁷ESTHER GARCIA e JORGE BARREIRO falam de uma possível culpa *in eligendo* caso estes deveres sejam incumpridos ou cumpridos de forma insuficiente p.81 e p. 101, *ob cit A*), respectivamente.

⁸⁸Com mais detalhe CUNHA GOMES RODRIGUES *ob cit* p.304 e ss

⁸⁹*Vide arts. 8º e 9º do REPE e SÓNIA FIDALGO ob cit B*), p.218 e ss

⁹⁰Esta é uma das excepções da validade do princípio da confiança *vide SÓNIA FIDALGO ob cit B*), p. 246 e ss e ESTHER GARCIA *ob cit*, p.84 e 85

⁹¹SÓNIA FIDALGO, *ob cit A*), e JORGE BARREIRO, *ob cit A*), p.119

⁹²*Ob cit A*), p.155

⁹³*IDEM* p.161

material cirúrgico pela enfermeira. Uma vez concluída a intervenção, o cirurgião procederá a uma revisão manual e a enfermeira circulante efectuará uma nova contagem comparando-a com a inicial. Se não existirem discrepâncias entre os números pode concluir a intervenção. O chefe de equipa pode confiar que a contagem foi efectuada correcta e cuidadosamente. Se, eventualmente, ficar algo esquecido, entendemos que a responsabilidade caberá em princípio à enfermeira e não ao chefe de equipa, precisamente por ser aplicável o princípio da confiança em geral, não havendo, neste caso, motivos para desconfiar da actuação correcta do subordinado⁹⁴.

Mais uma vez a aplicação do princípio não é ilimitada, pois verificando-se situações que permitam antever comportamentos incorrectos, o superior deve evitá-los, intervindo para compensar o erro e por vezes suspendendo inclusive a acção⁹⁵. Verificando-se a delegação de funções por parte do chefe de equipa, este tem obrigatoriamente de se assegurar que "*o delegado detém as competências, capacidades e conhecimentos necessários para cumprir correctamente os actos delegados*"⁹⁶, como refere CASABONA. Só se pode delegar em quem está capacitado para a cumprir correctamente (não pode haver delegação sem controlo prévio), sendo este um dos casos em que pode surgir a *culpa in eligendo* por parte do superior pois, se este desconfia da qualificação formal, deve averiguar quanto ao subordinado "*...a preparação real...e a experiência na tarefa delegada*"⁹⁷. Caso esta não se verifique, ou não delega a função ou "*...põe em prática os deveres de instrução e vigilância*"⁹⁸. Se, eventualmente, se verificar uma lesão, pode haver responsabilidade do superior, por ter confiado quando não o podia fazer e responsabilidade do subordinado pois, se este sabia (ou podia saber) que não se encontrava capaz e apto a realizar a tarefa, tinha que ter omitido a acção.

Podemos então afirmar que não é necessário tratar os subordinados como seres "*irresponsáveis*", a não ser que existam de facto motivos concretos e fundados que levem a suspeitas de actuações incorrectas. Estes casos são aqueles em que as pessoas à partida são imputáveis (e por isso responsáveis) e portanto aptas e capazes de realizar as suas incumbências mas que, por determinado motivo, não o são no caso concreto (devido a cansaço excessivo, a depressões que levam a estados de alienação, embriaguez etc). Se estas circunstâncias forem perceptíveis para o chefe de equipa, e este não puser em prática os seus deveres secundários, poderá vir a ser responsabilizado, pois o princípio não era aplicável à situação. Os motivos de desconfiança têm

⁹⁴Neste tipo de relações pode ocorrer a causalidade cumulativa, isto é, quando ambos os agentes são responsáveis pela lesão PAULA FARIA *ob cit B*), p.12

⁹⁵CASABONA, ROMEO *ob cit B*), p.76

⁹⁶*Ob cit C*), p.215

⁹⁷BARREIRO, JORGE, *ob cit A*), p.162

⁹⁸*Ibidem* p.166

de ser sólidos, objectivos, e concludentes, não bastando meros dados estatísticos ou a frequência das violações⁹⁹.

Em relação aos subordinados cabe-lhes o dever de cumprir as ordens e instruções do chefe, podendo confiar que estas são adequadas e correctas. Se assim não o fosse, não faria sentido afirmar-se uma hierarquia pois não haveria utilidade na imposição da autoridade. Somente nos casos em que haja uma clara e óbvia violação do dever de cuidado por parte do superior hierárquico, sendo esta facilmente verificável pelos subordinados, se permite a chamada de atenção do superior e caso este ignore a advertência ou dela discordar, é permitido o incumprimento das ordens, sob pena de responder juntamente com o superior por eventuais lesões originadas pela violação.

Exigir ao superior um controlo total das funções dos seus subordinados tornaria quase impossível o cumprimento e a realização das suas tarefas enquanto médico pois estaria obrigado a concentrar-se totalmente na supervisão dos subordinados. Se assim fosse teríamos o reverso da medalha, pois o desempenho de uma das funções teria que ser descurada, o que podia originar lesões e danos, quem sabe maiores do que os que poderiam hipoteticamente ocorrer na vigência do princípio. Consideramos que, aplicando-se a desconfiança geral na divisão vertical, se deve atribuir a vigilância das acções a uma outra pessoa, a quem possa caber o papel de controlador. Pensamos que será mais pertinente e funcional esta medida para evitar os riscos do que a desconfiança, precisamente pelos motivos já assinalados. Como nos diz ESTHER GARCIA¹⁰⁰ "*se os superiores hierárquicos tivessem de que estar a todo o tempo a vigiar de forma constante a actuação dos subordinados, provavelmente ocorreriam menos negligências mas também se realizariam muito menos tarefas*". No mesmo sentido JORGE BARREIRO¹⁰¹ referindo que "*um médico que se ocupasse de tudo talvez não respondesse por uma reprovação jurídico-penal por falta de diligência mas provavelmente não seria um bom médico*".

C. Punição da negligência em equipa

i) Autoria negligente

O problema da punição dos comportamentos negligentes ocorridos no seio de uma equipa médica é extremamente complexo e debatido. Neste âmbito surgem várias questões. De acordo com o que vimos atrás, numa equipa há interacção de vários sujeitos, podendo cada um violar o cuidado ao qual está obrigado produzindo-se um resultado lesivo. Portanto, como primeira questão, cabe-nos analisar se será possível conceber uma co-autoria negligente, ou seja, se um

⁹⁹FEIJÓO SÁNCHEZ *ob cit* B), p.60 e 61 e A), p.236 e ss.

¹⁰⁰*Ob cit*, p.83

¹⁰¹*Ob cit* A), p.119

delito negligente pode ser imputado a um conjunto de indivíduos que actuaram numa mesma situação. Antes de mais, ter-se-á que analisar o conceito de autor. Aqueles¹⁰² que defendem um conceito unitário de autoria para os delitos negligentes negam a distinção de várias formas de autoria e da participação. Um conceito restritivo é defendido por LUZON PEÑA¹⁰³ e GARCIA CONLLEDO¹⁰⁴. Ambos consideram que o conceito é aplicável tanto aos delitos dolosos como negligentes, sublinhando GARCIA CONLLEDO a maior conveniência do mesmo, pois delimita da melhor maneira a autoria compatibilizando-a com a concepção de Direito Penal num Estado de Direito. Apesar de ambos distinguirem autoria e participação consideram que a última não é punível nos ilícitos negligentes¹⁰⁵. Também ROSSO CAÑADILLAS¹⁰⁶ defende que a falta de dolo não impede a punição da co-autoria negligente, pois o dolo não é elemento da autoria mas sim de um tipo de crime. FEIJÓO SÁNCHEZ partilha desta opinião, mas vai mais longe e admite a punição da participação negligente. Já FIGUEIREDO DIAS considera que o conceito extensivo de autor é o que vigora nos delitos negligentes mas concebe como possível a co-autoria negligente¹⁰⁷.

ii) Co-Autoria

A co-autoria é o conjunto de acções acordadas e executadas por vários agentes, que conduzem à produção de um único resultado (por si só cada prestação é incompleta, pois só há a realização de uma parte da acção ou uma das várias acções que compõem o crime). Na co-autoria há portanto uma imputação do delito consumado a todos os intervenientes embora cada um deles execute parcialmente uma parte do mesmo¹⁰⁸. Relativamente aos elementos definidores desta figura, o art. 26º do CP exige que haja um "*...tomar parte directa, por acordo ou conjuntamente*" na execução do facto, ou seja, considera que quem participa na fase preparatória do crime não é co-autor, independentemente do seu papel¹⁰⁹. A punição da co-autoria refere-se essencialmente ao momento em que os sujeitos actuam na fase executiva, não sendo puníveis as prestações realizadas nas fases preparatórias do crime, pois em Portugal o art. 26º exige tomar parte directamente na execução, porém esta exigência não impede a punição de quem planeie o

¹⁰² Autores como JESCHECK, *ob cit* p.98, TERESA PIZARRO BELEZA "*Direito Penal*" vol. 2, Lisboa: AAFDL, 2000 p.396/397; ROMEO CASABONA *ob cit*, A), p.247; CONCEIÇÃO VALDÁGUA, "*Início da tentativa do co-autor: contributo para a teoria da imputação do facto na co-autoria*", Lisboa: Danubio, 1986, p.132 nota 305

¹⁰³ LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL "*Alcance y función del Derecho Penal de la Circulacion*", 1985 p.95 e 101 *apud* MIGUEL DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, "*La autoria en Derecho Penal*", Barcelo: PPU, 1991 p.629 e 691

¹⁰⁴ *Ibidem* GARCIA CONLLEDO, p.407

¹⁰⁵ *IDEM* p.536

¹⁰⁶ ROSSO CAÑADILLAS, RAQUEL, "*Autoria y participacion imprudente*", Granada: Comares, 2002 p.527

¹⁰⁷ *Ob cit*, B), p.894/895

¹⁰⁸ VALDÁGUA, CONCEIÇÃO, *ob cit* p.116/117

¹⁰⁹ *Ibidem* p. 121; da mesma opinião HANS WELZEL, "*Derecho Penal Alemán. Parte General*", 4ª Ed. Castelhana, Santiago do Chile: Editorial Jurídica do Chile, 1993 p.130

crime e dirija a sua execução à distância¹¹⁰ (o cérebro do plano). Desta forma, também não se pune o mero acordo de execução pois não se punem intenções¹¹¹. O Direito Penal tem por base o facto e não a culpa ou a personalidade do agente. VALDÁGUA considera que o "ou" presente no artigo não significa que baste a mera adição de vários contributos ou a soma dos mesmos¹¹². Faltando o acordo defende que há autoria paralela¹¹³ nas situações em que nenhum dos comportamentos seria suficiente por si só para produzir o resultado¹¹⁴. A vontade e a consciência unilateral de um sujeito são assim insuficientes pois, nesse caso, não há um acordo ou a prática "juntamente com", dado que a outra(s) parte(s) desconhecem a colaboração¹¹⁵. Só havendo acordo é que existe da parte dos sujeitos uma repartição de tarefas e aceitação da sua execução¹¹⁶. Quanto à forma do acordo é consensual que o mesmo pode ser prévio ou contemporâneo à execução, podendo ser expresso ou tácito¹¹⁷. A referida autora nega a possibilidade de co-autoria sem exigência de acordo¹¹⁸.

iii) Teorias da Co-Autoria

Para se definir quem é co-autor e quem é cúmplice pode recorrer-se a várias teorias: teoria formal-objectiva, material-objectiva, subjectiva e do domínio do facto¹¹⁹. Em Portugal, a maioria da doutrina considera aplicável a teoria do domínio do facto (desenvolvida por ROXIN), tendo em conta os arts. 26º e 27º do CP¹²⁰. Esta teoria estabelece que o que distingue o co-autor do cúmplice é o domínio funcional do facto, ou seja, a existência entre vários intervenientes de um "co-domínio" do facto¹²¹, pois só a actuação conjunta, a soma de todas as contribuições, produz o resultado (a realização das tarefas repartidas dá origem ao resultado). Serão co-autores

¹¹⁰DIAS, FIGUEIREDO, *ob cit B*), p.795

¹¹¹VALDÁGUA, CONCEIÇÃO *ob cit*, p.123

¹¹²*Ob cit*, p.125

¹¹³Nestes casos há uma coincidência nos comportamentos que leva a que ocorra um resultado único.

¹¹⁴IDEM

¹¹⁵IDEM p.127 e também WELZEL, *ob cit A*), p.129

¹¹⁶FIGUEIREDO DIAS fala de uma decisão conjunta *ob cit B*), p.793

¹¹⁷JESCHECK, *ob cit*, p.618 considera que se pode concluir através de actos externos a aquiescência na participação na execução do facto

¹¹⁸*Ob cit*, p.130 e ss. Para negar a co-autoria negligente refere a posição de CAVALEIRO FERREIRA que a admitia, pois considera que o tipo legal descreve o comportamento violador com a mera realização causal da acção. Nega também a punição da cumplicidade não dolosa, pois ou o agente contribui causalmente para a produção do resultado ou não contribui causalmente de forma relevante para a produção do resultado, sendo a actuação impune. Já TERESA PIZARRO BELEZA, "*Direito Penal*", vol. 2, Lisboa: AAFDL, 2000 p.402 e ss admite uma cumplicidade negligente (p.424) dando o exemplo de uma pessoa que empresta uma arma a outro, vindo esta a ser utilizada para matar um terceiro, sem que o que empresta a arma se aperceba do destino da mesma. Ora, se fosse previsível e exigível o destino dado à arma este indivíduo poderia ser punido por cumplicidade, sendo esta hipótese teoricamente possível quanto a nós. Mas em Portugal de acordo com a maioria da doutrina, com a qual concordamos, não é viável a punição da participação negligente pois o art. 27º exige sem qualquer sombra de dúvida uma participação dolosa no facto doloso de outrem.

¹¹⁹Vide FIGUEIREDO DIAS, *ob cit B*), p.759 e ss

¹²⁰IDEM p.773

¹²¹IDEM p.791 e ss; CONCEIÇÃO VALDÁGUA *ob cit*, p.133 e ss; WELZEL, *ob cit A*), p. 132

aqueles cuja contribuição tenha sido efectivamente e executada e tenha peso, relevância e importância para a consumação do facto. Serão estes quem determinam o *se* e o *como* da realização do crime, podendo desta forma frustrar a realização e determinar a sua consumação¹²². A punição da co-autoria é efectuada através da imputação do comportamento (acordado) global de todos os intervenientes, pese embora cada um tenha realizado apenas parte(s) do mesmo¹²³. O facto de os intervenientes acordarem num comportamento e agirem conforme o mesmo determina a prossecução de um fim comum (a prática do crime).

Posição diferente é defendida por alguns autores espanhóis, pois admitem a possibilidade de existência de uma co-autoria negligente¹²⁴. CAÑADILLAS¹²⁵ considera que o conceito de autoria fixa os contornos desta figura, de modo a que quem actue de certo modo, originando um certo resultado, pode ser responsabilizado. Já a imputação objectiva, relacionada com a relevância penal da conduta para o DP, delimita a responsabilidade de um sujeito pela realização de um delito, de um facto típico. Critica o recurso à imputação objectiva para determinar autoria, pois desta forma cria-se uma diferença que não deve existir entre o dolo e a negligência porque quem viola o dever de cuidado é sempre autor, não sendo correcto este critério para definir a autoria negligente, uma vez que desta forma seriam todos os intervenientes autores, não se averiguando a qualidade e espécie dos comportamentos adoptados por cada um dos intervenientes. A autora dá o exemplo de dois trabalhadores que deixam cair uma viga para a rua lesionando um transeunte. Nenhum dos dois cria o risco da produção do resultado sozinho, mas ambos violam o dever de cuidado, sendo que neste caso não se poderia imputar um delito negligente a nenhum deles pois, por si só, cada uma das condutas seria insuficiente para produzir o resultado (um só não teria força para levantar e atirar)¹²⁶. Então a imputação objectiva tem de ser feita a todas as condutas que tenham tido algum tipo de influência para a produção do resultado e não só àquelas praticadas pelos "autores" pois todos "...criam o perigo da produção do resultado"¹²⁷, todos realizam o risco e este era previsível tanto para o autor como para o cúmplice.

Relativamente à co-autoria negligente, a autora conclui que, a imputação deve ser parte do "...tipo objectivo negligente - sendo este um - elemento necessário mas não suficiente..."¹²⁸ para se proceder à punição do ilícito. Ora, para se definir quem é o co-autor são invocáveis várias

¹²²Várias propostas foram feitas para delimitar o que se considera a essencialidade de uma contribuição, defendendo-se um domínio negativo ou então um domínio positivo do facto.

¹²³VALDÁGUA, CONCEIÇÃO *ob cit*, p.140; JESCHECK *ob cit*, p.616; FIGUEIREDO DIAS *ob cit* B), p.797

¹²⁴Em Portugal, esta hipótese já foi considerada por SÓNIA FIDALGO *ob cit* A), p.179 e FIGUEIREDO DIAS *ob cit* B), 894/895

¹²⁵*Ob cit*, p.501 e ss

¹²⁶*Ibidem* p.507

¹²⁷*IDEM* 511

¹²⁸*IDEM* p.517

teorias. GARCIA CONLLEDO¹²⁹ afirma que o domínio do facto é iminente objectivo pois será autor, quem tem objectivamente o domínio do facto, não sendo o dolo ou a consciência (vontade) elementos substanciais do domínio do facto, o que não quer dizer que se ignore a existência ou não do dolo.

A teoria do domínio do facto objectivo, para determinação de quem é autor, será válida para os crimes dolosos e para os negligentes, não se exigindo a vontade/consciência associada ao dolo. GARCIA CONLLEDO julga que é essencial e imprescindível falar da autoria como a realização *"...de uma acção que suponha o domínio do facto"*¹³⁰ referindo o exemplo de ROXIN¹³¹, do médico que dá dolosamente a outro médico uma seringa com veneno levando a que este segundo médico mate o paciente, sem disso se aperceber - este não sabe o que realiza, mas segundo esta teoria detém o domínio do facto no sentido do domínio da acção (este caso seria de autoria mediata)¹³².

CAÑADILLAS¹³³ defende a aplicação de um conceito restritivo de autor para a negligência, sendo autor quem realiza as acções típicas. Serão autores todos aqueles que detenham objectivamente em seu poder (de forma consciente ou inconsciente) o rumo dos acontecimentos. Desta forma, quem actue ao lado deste e não detenha o domínio da acção por muita vontade que tenha de ser autor, não o é (crítica às teorias subjectivas, que apelam à vontade do agente, para determinar se este é, ou não, autor). Autor imediato negligente será aquele que realize a acção típica ou que leve à produção do resultado por praticar a acção *"mais apta, idónea, adequada, apropriada e perigosa"*¹³⁴.

iii) Co-Autoria Negligente

Quanto à co-autoria negligente, já afirmamos que não há opinião consensual acerca da sua existência ou não. Por exemplo, JESCHECK¹³⁵, nega em absoluto tal hipótese pois considera como essencial na co-autoria a presença de *"...uma resolução comum que não existe nos delitos negligentes, exigindo uma necessária actuação de todos numa cooperação querida e*

¹²⁹ *Ob cit*, p.575

¹³⁰ *Ibidem* p.578

¹³¹ Este autor admite que na negligência consciente haja um domínio do facto in *"Autoria y dominio del hecho en Derecho Penal"*, Madrid: Marcial Pons, 2000 p.214 e ss

¹³² *Ibidem* 580; Também CAÑADILLAS admite a autoria negligente mediata, dando o exemplo do superior hierárquico que dá uma ordem negligente e que sem consciência de tal, instrumentaliza o seu subordinado por causa da posição de superioridade (negligência inconsciente), realizando deste modo a acção, que conduz directamente à produção do resultado, *ob cit* 531

¹³³ *Ibidem* 536/537

¹³⁴ *Ibidem* 539

¹³⁵ *Ob cit* 617 e ss

consciente..."¹³⁶. Caso esta não esteja presente o que é frequente nos delitos negligentes, só se poderá falar de autoria paralela¹³⁷. Em Espanha, alguns autores aceitam-na e elaboraram a estrutura da figura.

1. Acordo - elemento subjectivo

Uma questão de extrema relevância para a compreensão e aceitação da co-autoria negligente é a necessidade e essencialidade do acordo (em qualquer das suas formas e momentos). Em relação aos elementos que a compõe não há uma concordância total entre os autores que a aceitam. Certos autores que prescindem do elemento subjectivo na co-autoria negligente fundamentam a sua posição no facto de na negligência não ser possível conceber-se um acordo propriamente dito precisamente por não haver previsão em relação ao resultado típico, não existindo, por conseguinte, vontade na produção do resultado¹³⁸. Mas esta posição não nos parece a mais correcta. GARCIA CONLLEDO entende que o conceito de acordo é lato não exigindo formalidades especiais sendo suficiente que cada interveniente contribua directamente com actos externos para o plano comum, exigindo-se sempre uma intervenção no facto¹³⁹. Não se pune o facto de os agentes se porem de acordo em cometer um ilícito, por este acarretar mais perigo do que uma vontade individual no mesmo sentido¹⁴⁰. Este autor destaca o facto de os agentes se encontrarem num plano de igualdade, actuando todos com a mesma liberdade resultando o acordo normalmente numa divisão de trabalho¹⁴¹. CAÑADILLAS concorda com esta posição acerca da existência de um acordo comum sendo este um elemento da co-autoria seja ela dolosa, ou negligente. Só que na negligência o acordo "*...compreende a realização da acção descuidada*"¹⁴², ou seja, uma vontade conjunta em agir levianamente (sendo os agentes conscientes, ou não, do descuido e infração de uma norma). Exige-se portanto um "conhecimento" de que se está a actuar com outros que realizam consigo o feito. Para esta autora o acordo comum é um elemento necessário da co-autoria só que para os delitos negligentes este é adaptado tendo-se em conta as suas características especiais. A imputação recíproca fundamenta-se e justifica-se precisamente na existência do acordo, pois de outra forma as acções, não obstante serem valorativamente iguais, seriam insuficientes para originar o resultado fazendo com que os sujeitos respondam pela acção global. O acordo resulta na acumulação de esforços originando a acção conjunta. É a soma das acções parciais que estabelece conexão entre acções singulares insuficientes para determinar objectiva e

¹³⁶*Ibidem* 618

¹³⁷*IDEM* 619

¹³⁸ GUTIERREZ RODRÍGUEZ, MARIA, "*La Responsabilidad Penal del coautor - Fundamento y limites*", Valência: Tirant to Blanch, 2001 - ob cit p. 117 e ss

¹³⁹GARCIA CONLLEDO ob cit, p.369

¹⁴⁰ *IDEM* p. 390/391

¹⁴¹ *IDEM* p.399

¹⁴²*Ob cit* p.581

positivamente o facto e o resultado¹⁴³. Também GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ considera que é necessário adaptar a figura aos crimes negligentes por a negligência não englobar uma intenção. Pode existir um plano elaborado por um terceiro que tem como objectivo a realização de uma acção perigosa realizada em conjunto ou um projecto de actuação comum. Existe então um conhecimento recíproco por parte dos intervenientes de estarem a actuar em conjunto levando à criação de um risco não permitido violando assim o dever de cuidado imposto (não se exigindo um conhecimento do perigo inerente à violação). Jamais se prescinde do acordo enquanto conhecimento recíproco da actuação conjunta, havendo um incremento do risco de lesão através da co-realização conjunta com acumulação de esforços¹⁴⁴. Considera ainda que o acordo tem os mesmos efeitos no dolo e na negligência: função constitutiva e função limitadora. É este elemento que confere unidade às várias acções distintas e responsabiliza os agentes pelo feito global, concluindo que "*...existindo acções(...)perigosas com as quais se concorda em praticar em conjunto*" existe co-autoria se a participação material de cada um tiver capacidade lesiva.

Um dos pontos que distingue a autoria acessória da co-autoria é precisamente a falta do elemento subjectivo na primeira das situações, o que para CANADILLAS¹⁴⁵, insere esta figura no âmbito da concorrência de culpas negligentes. Nestes casos está presente o elemento objectivo¹⁴⁶ mas as condutas isoladamente são insuficientes para causar o resultado, que apenas ocorre por força da união das contribuições. A autora salienta que a concorrência de culpas nem sempre resulta na autoria acessória negligente pois uma das contribuições pode ser de mera participação negligente, sendo esta atípica, pois há um mero favorecimento do facto e não uma determinação do mesmo. Pronuncia-se ainda sobre a causalidade cumulativa/concorrente (não alternativa) na qual as contribuições são suficientes originando situações de pluriautorias pois falta o acordo comum (conhecimento da actuação conjunta) que confere unidade às prestações não se realizando a imputação recíproca. Neste aspecto GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ concorda, pois quando vários agentes actuam para o mesmo sucesso típico mas sem que haja entre eles uma relação (não há conhecimento da actuação conjunta) que existe são autorias individuais, laterais e paralelas, exemplificando com um acidente rodoviário em que ambos os sujeitos violam o dever de cuidado mas sem saberem que o outro também o faz¹⁴⁷. Nesta situação, é notória a falta de conexão entre as acções, são isoladas.

¹⁴³ IDEM p.587/588 (refere que um dos âmbitos de demonstração desta posição é o trabalho horizontal)

¹⁴⁴ Ob cit p.223

¹⁴⁵ Ob cit p.589 e ss

¹⁴⁶ Há realização das acções típicas e co-determinação do feito tipificado, determinam o *se* e o *como* através da actuação conjunta sem acordo

¹⁴⁷ Ibidem 216/217

2. Prestação - elemento objectivo

O consenso entre os autores existe quanto à imprescindibilidade da existência de uma intervenção no facto. Este é o elemento objectivo que compõe a co-autoria seja dolosa ou negligente. Para se ser qualificado como co-autor tem de ter realizado a(s) acção(ões) que originam o resultado. Sabemos que o Direito Penal é um direito do facto e não de intenções não sendo por si só suficiente a existência de um acordo para se responsabilizar por co-autoria.

a) Essencialidade - domínio do facto

GARCIA CONLLEDO refere que a contribuição terá de ser importante e essencial para a produção do resultado. Destaca que caso os outros intervenientes considerem uma prestação como essencial esta adquire essa qualidade pois a consumação do delito está condicionada a essa mesma prestação¹⁴⁸. Para se definir a essencialidade a teoria com mais apoiantes é a do domínio do facto. O domínio pode ser negativo, isto é, será considerado como co-autor aquele que, caso não actue e realize a função atribuída e acordada comumente, ponha em perigo a concretização do facto modificando e transformando-o em algo diferente, sendo então a sua prestação essencial e indispensável à concretização do facto tal e qual aquele foi planeado (apelo ao domínio funcional). Para se avaliar a essencialidade, recorrer-se-á a uma perspectiva *ex ante*: a desvinculação da sua acção, inserida no plano comum, é de tal forma importante que leva à produção de circunstâncias modificantes do facto originalmente planeado (este critério será orientador para o juiz tendo que ter em consideração o caso concreto). O que daqui se conclui é que a frustração do facto através da omissão do comportamento é o que define a essencialidade. Mas segundo GARCIA CONLLEDO¹⁴⁹, CAÑADILLAS¹⁵⁰ e GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ¹⁵¹ a omissão não é suficiente para definir o que se entende como essencialidade.

GARCIA CONLLEDO defende que a essencialidade existe se houver um domínio positivo e objectivo do facto, isto é, se se determinar e dirigir de forma positiva e objectiva a consumação do delito mediante o comportamento havido, pois assim se determina o *se* e o *como* da acção que origina o resultado. Este comportamento é aquele que ofende mais directamente a proibição legal sendo a determinação objectiva e positiva do sucesso do facto válida tanto para os delitos dolosos como para os negligentes¹⁵². CAÑADILLAS concorda com este autor dizendo que avaliando-se *ex ante* a conduta, esta supõe um risco penalmente relevante, típico e perigoso, determinando de forma mais apta e idónea, a produção do resultado. Os autores detêm o controlo da mesma acção determinando o sucesso da produção do facto. Todos os co-autores

¹⁴⁸ *Ob cit* p.669

¹⁴⁹ O domínio negativo, o mero facto de se impedir a produção do resultado com a retirada da sua contribuição não é suficiente pois se o agente tiver cumprido a sua função, mas os restantes intervenientes não executarem o facto, não ocorrerá o ilícito, *ob cit* p.670

¹⁵⁰ *Ob cit* p.578/579

¹⁵¹ *Ob cit* p.399

¹⁵² *IDEM* 691

dominam e determinam positivamente e objectivamente o facto - o conjunto das acções determinam o resultado, pois por si só não seriam suficientes para originar o resultado, nenhum deles domina isoladamente o feito, co-determinando em conjunto a produção do resultado. Este critério material será coadjuvado pelo princípio da legalidade dado que quem realiza as acções típicas é quem determina o rumo dos acontecimentos conducentes ao resultado. Desta forma os agentes realizam as condutas que mais proximamente e intrinsecamente conduzem ao resultado. São estas condutas que põe em marcha o rumo causal mais apto a conduzir ao resultado concreto. Os co-autores têm nas suas mãos objectivamente o curso dos acontecimentos - a sua contribuição detém a qualidade intrínseca da produção do resultado concreto sendo esta a mais perigosa e adequada a produzir a lesão. Como forma de demonstração do critério dá o exemplo do bengaleiro de um teatro ao qual um cliente pede para lhe guardar o casaco no qual tem uma arma. O empregado pega na arma e por brincadeira aponta e dispara sobre um colega matando-o, não sabendo que esta se encontrava carregada. O que produz o resultado é o apontar e disparar, sendo esta a acção mais apta a lesar, é esta que determina o rumo causal. Quem dirige objectivamente os acontecimentos é o empregado, é este que tem o controlo da produção do resultado e tem nas suas mãos a acção inerente à consumação do resultado concreto. Desta forma consegue-se restringir a intervenção ao mínimo na punição da negligência¹⁵³.

Para existir co-autoria negligente CAÑADILLAS considera que as contribuições dos vários intervenientes têm de ser incompletas, pois só a união de todas elas produz o resultado, actuando todos eles mediante um acordo comum, realizando parte de uma acção típica. Um dos pontos de discordância entre as autoras citadas é em relação à insuficiência da contribuição. CAÑADILLAS entende que não se deve recorrer à imputação objectiva para resolver casos de co-autoria pois também a actuação do cúmplice tem de ter capacidade lesiva e ser perigosa, pois de outra forma, não seria relevante para o DP. O que distingue estas duas figuras é o facto de o co-autor ser aquele que realiza a acção mais apta e idónea a causar a lesão.

b) Crimes puros de resultado simples e complexos

i) Domínio positivo e objectivo

Quanto à co-autoria negligente nos delitos simples de resultado CAÑADILLAS recorre à experiência empírica para avaliar a aptidão lesiva da acção (a que mais proximamente conduz aquele resultado)¹⁵⁴. Mais uma vez, recorrendo ao exemplo da viga evidencia este critério, pois de uma perspectiva *ex ante* é óbvio que a acção de arremessar a viga é apta a lesar (experiência causal adquirida). Mas as interacções sociais e humanas são mais complexas, sucedendo-se várias intervenções sendo o saber experimental insuficiente. Desta forma é necessário recorrer-

¹⁵³ CAÑADILLAS ob cit, p.538

¹⁵⁴ Ob cit p.565

se a outros critérios e valorações normativas, como por exemplo a comissão por omissão, a delegação de poderes, etc. Este exigência torna-se evidente no caso do *Lederspray*¹⁵⁵ pois os autores foram aqueles que permitiram às vítimas o acesso ao produto nocivo e não as próprias vítimas que foram quem realmente realizou a acção mais apta a lesar. Então o que confere o domínio e determina o facto é a contribuição do agente que detem a direcção efectiva do curso causal que conduz ao resultado. Serão co-autores apenas aqueles intervenientes que dominem positiva e conjuntamente com os outros o facto, existindo uma necessidade recíproca de cada uma das prestações. Nos crimes de resultado é necessária esta restrição pois a própria natureza dos crimes de resultado exige a constatação da causalidade e a imputação objectiva (esta exigência não é feita nos delitos de mera actividade).

A co-autoria constata-se *ex ante*, mas é necessário *ex post* verificar-se a consumação do crime em co-autoria, pois a averiguação da causalidade é efectuada após a produção do resultado. Não se recorre à imputação recíproca para apreciar a co-autoria mas sim para responsabilizar essa mesma situação. Quando os intervenientes iniciam e terminam um curso causal suficiente e apto a produzir o resultado, existindo causalidade individual em cada uma das contribuições estas são suficientes. Se há suficiência de cada uma delas não se aplica a imputação recíproca pois a insuficiência faz parte da estrutura da co-autoria. A acção típica mais idónea no fuzilamento é a que atinge um órgão vital e produz a morte instantânea - *ex ante* todos disparam, são todos co-autores de uma tentativa, mas tem de ser analisado *ex post* qual a acção que causa a consumação do resultado. Sabendo-se quem foi, seria injusto responsabilizar os outros por delito consumado, só restando a tentativa para uma hipotética punição.

ii) Crítica aos critérios apresentados e proposta alternativa

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ considera que o facto de todos os intervenientes deterem o domínio funcional não implica que estes sejam co-autores pois mediante um comportamento activo um terceiro alheio não interveniente pode determinar o resultado. O critério é inválido para definir a prestação e também não define a essencialidade nos crimes de resultado complexos. O domínio funcional é demasiado lato e abrangente pois não refere quais as características exigidas à contribuição para a qualificação do sujeito como autor¹⁵⁶, reafirmando que a "*...essencialidade da contribuição não é o critério que representa uma qualidade especial da contribuição do co-autor*"¹⁵⁷, porque não implica uma intromissão, um ataque directo ao bem, visto que esse ataque tem de estar nas suas mãos, pois o resultado típico realiza-se precisamente por este deter em seu poder a faculdade de atacar o bem protegido.

¹⁵⁵ As vítimas no caso foram os consumidores de um spray para couros que continha toxinas, sendo este facto conhecido pela empresa que o comercializava e mesmo assim foi posto à venda no mercado.

¹⁵⁶ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *ob cit*, 403 e ss

¹⁵⁷ *IDEM* 404

Para a definição do que é essencialidade existem vários critérios propostos¹⁵⁸: a teoria dos bens escassos¹⁵⁹, a análise *ex ante* de acordo com as funções distribuídas pelos diferentes intervenientes, sendo essencial a contribuição que omitida modificasse o facto¹⁶⁰ ou a igualdade de alcance das diferentes contribuições¹⁶¹. Este último critério é o defendido por GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ e implica o a equivalência entre as diferentes contribuições, efectuando-se uma comparação das respectivas contribuições com as descrições típicas da lei, e levando esta comparação à conclusão que nenhuma delas tem uma maior ou menor importância relativamente às restantes¹⁶².

A co-execução do facto será o critério objectivo formal de co-autoria, ou seja, integrando-se o acto praticado na fase executiva, o agente será co-autor, mas os actos executivos em sentido estrito, e portanto qualificantes, serão só aqueles que praticados dariam origem a uma responsabilidade por tentativa (no roubo o vigilante não seria co-autor). Mas é necessário distinguir o que são acções executivas e acções típicas¹⁶³. De acordo com a teoria formal-objectiva moderada, será co-autor quem realize a conduta típica legal¹⁶⁴ conjuntamente e directamente com os outros. Nos **crimes de resultado** será autor quem praticar a acção conducente ao resultado será co-autor. Nos **crimes de mera actividade** será quem realiza a acção que causa perigo. Se o tipo legal é **simples** será a acção praticada em conjunto - cada um realiza completamente a acção mas no contexto de uma actividade global que permite a união de esforços que realizam o fim - que define quem é co-autor. Por fim, nos tipos legais **complexos**, ocorrendo uma divisão de funções, nas quais, cada um realiza exclusivamente uma das acções, actuando conforme o projecto comum conhecido (negligência) ou o acordado. Imputa-se reciprocamente as várias contribuições a cada um dos co-autores, punindo-se pelo facto global (o crime descrito na Parte Especial do CP)¹⁶⁵.

¹⁵⁸ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *ob cit* 412 e ss

¹⁵⁹ *Vide* 413 nota 451

¹⁶⁰ A autora considera que a essencialidade deve ser avaliada *ex ante* mas, atendendo ao comportamento concretamente prestado e às circunstâncias em que ocorre - *ob cit* 415 - recorrendo-se a elementos subjectivos (os outros consideram-na essencial para a realização do facto). Também GARCIA CONLLEDO, *ob cit* 669, considera correcto este apelo à subjectividade mas, limita a sua aplicação pois a consideração dos restantes intervenientes, da contribuição como essencial, mesmo não o sendo, converte-a em essencial mas não o contrário.

¹⁶¹ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *ob cit* 419

¹⁶² *IDEM*

¹⁶³ O início da punição da tentativa ocorre com a prática de actos anteriores à acção típica mas que, acarretam riscos iminentes para os bens. Logo, os **actos executivos** serão anteriores à execução típica, sendo **acções típicas** as que suponham um início da realização do tipo mesmo que este não venha a ser completado, havendo uma realização parcial do delito, *ibidem* 423

¹⁶⁴ *Ibidem* 545

¹⁶⁵ *IDEM* 443/444

O critério do domínio positivo objectivo é válido para os delitos puros de resultado mas "*...não se pode aplicar estritamente aos delitos cujo tipo exige a realização de várias acções.*"¹⁶⁶ Nos crimes puros de resultado não há descrição típica da acção sendo necessário um critério para se apurar qual a acção que a lei quis proibir directamente e que responsabiliza o(s) co-autor(es). Uma primeira hipótese seria a imputação objectiva do resultado mas sabemos que esta é utilizada para responsabilizar autor(es) e cúmplice(s) não sendo capaz de os definir e distinguir¹⁶⁷. Outra hipótese proposta é, como já vimos *supra*, o domínio objectivo e positivo do facto que defende um critério restritivo de autor, sendo este um critério material objectivo. Para esta autora, esta proposta restringe em demasia a aplicação da co-autoria pois apenas considera co-autores aqueles que dominem em conjunto com os outros de forma positiva o facto, exindose uma relação de causalidade directa entre o sujeito e a sua contribuição com o resultado final. Esta circunstância é demonstrada através do exemplo em que três tiros são disparados por três individuos diferentes e só se o conjunto dos três tiros causar a morte é que se considera que houve um crime cometido em co-autoria. Logo requer-se uma necessidade recíproca de todas as contribuições realizadas, de forma a que nenhuma delas seja indiferente para a lesão e para a respectiva responsabilização¹⁶⁸. A exigência da causalidade individual em cada contribuição é desnecessária sendo suficiente a causalidade global entre acções e resultado¹⁶⁹. Continua, dizendo que não se pode exigir a comprovação *ex post* de que a acção estava nas mãos de cada um dos co-autores, bastando o domínio positivo de cada um *ex ante* e *ex post* a existência do domínio ao conjunto de intervenientes.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ propõe uma apreciação da qualidade da acção do co-autor baseada na capacidade lesiva directa, seja ela mediata ou imediata, parcial ou total, do bem jurídico¹⁷⁰. A capacidade lesiva da acção é aferida tendo em conta um juízo de prognose relativo à aptidão de lesão autónoma do bem, sendo a contribuição idónea a lesar ou a pôr em perigo o bem protegido. Esta capacidade lesiva tem de ser directa, estabelecendo-se uma relação directa o co-autor e a vítima/bem, sem intermediários, sendo a sua actuação perigosa e proibida. Ainda qualifica a capacidade como total ou parcial, sendo esta característica que distingue a co-autoria da autoria singular pois a mera lesão parcial não implica uma menor desaprovação jurídica.

¹⁶⁶*IDEM* 442

¹⁶⁷*Ibidem* 448/449 - os co-autores lesam directamente o bem jurídico e criam o perigo/risco relacionado com a produção do resultado; os cúmplices favorecem a comissão do ilícito ao co-autor (lesão indirecta do bem).

¹⁶⁸*Ibidem* 461

¹⁶⁹*IDEM* - verifica-se "*...a pertença do domínio positivo ex ante, no momento da realização da acção, a cada um dos co-autores e ex post enquanto consequência do principio da responsabilidade pelo facto global ao conjunto dos co-autores.*"

¹⁷⁰*Ibidem* 462 e ss

Para se avaliar se estes elementos estão presentes na acção a autora recorre a um juízo *ex ante*, considerando o momento do acordo (ou quando o co-autor aceita realizar a sua contribuição) e também quando o mesmo realiza a contribuição ou se dispõe a fazê-lo de acordo com o que foi acordado¹⁷¹. Este juízo valorativo da perigosidade será realizado por um observador imparcial e inclui todos os conhecimentos específicos do agente (perspectiva objectiva-subjectiva)¹⁷². A capacidade de lesão tem de ser semelhante entre todos os sujeitos e o domínio exigido é meramente potencial, isto é, *ex ante* o agente pode dominar, mesmo que efectivamente em concreto não domine. Considera portanto que o domínio negativo não é suficiente para se responsabilizar os intervenientes como co-autores, mas também considera exagerada a exigência do domínio positivo individual a cada um dos sujeitos pois, na sua óptica, o domínio pertence ao conjunto dos intervenientes, sendo estes que conjuntamente dominam a realização do delito.

3. Doutrina alemã

Após a exposição da doutrina espanhola relativa à CAN, é relevante conhecer a posição da doutrina alemã. Apesar da maioria da doutrina negar a possibilidade da existência de acções negligentes em co-autoria, existem alguns autores que a concebem como viável. ROXIN refere que esta figura verificar-se-á frequentemente nas acções praticadas por órgãos colegiais, no âmbito da responsabilidade pelo produto e nos danos ambientais, mas não descarta a sua aplicação a situações de actuação em grupo, nas quais os agentes actuam conjuntamente, de forma descuidada não se sabendo quem causou o resultado¹⁷³. Sustenta também que a teoria do domínio do facto é inaplicável a estas situações de negligência pois esta exige dolo do autor, sendo portanto necessário criar um critério novo e preciso para punição da comissão conjunta de factos negligentes, referindo os criados por REINZIKOWSKI e WEIßER.

O primeiro autor considera que pode existir um projecto conjunto de acção, criador de um facto global que comporta a criação de um risco. Os elementos que compõem a co-autoria negligente serão a realização das contribuições previstas no plano por cada um dos autores, não se exigindo a existência da relação causal entre cada uma delas e impondo a cada um deles a possibilidade e necessidade destes contarem com a perigosidade subjacente ao projecto comum¹⁷⁴. Segundo esta teoria, o caso da viga seria de co-autoria pois "*...é suficiente a prossecução de um projecto*

¹⁷¹ Casos seja realizada uma acção diferente é necessário um novo juízo de valoração para se avaliar se aquela tem a qualidade exigida, se viola a norma de comportamento e realiza o ilícito em conjunto com os outros.

¹⁷² Portanto, se externamente a conduta era apta a lesar, será lesiva mesmo que haja "*...um desconhecimento da sua ineptidão*" por parte do agente no momento em que actua *ob cit* p.467

¹⁷³CLAUS, ROXIN, "*Autoria y dominio del hecho en Derecho Penal*", Madrid: Marcial Pons, 2000, p.741 e ss

¹⁷⁴*IDEM*; este critério também é referido por SÓNIA FIDALGO *ob cit* A), 175 e ss

de acção comum e que com este actuem (os agentes) de forma descuidada em relação à produção do resultado"¹⁷⁵. Já a segunda autora impõe aos intervenientes a sujeição ao mesmo dever de cuidado (estão numa posição de igualdade - requisito objectivo), havendo uma cooperação conjunta livre e voluntária na prestação descuidada (na violação do dever que origina o risco e leva ao resultado), estando todos os sujeitos conscientes de que estão vinculados às mesmas exigências de cuidado, na execução daquela acção conjunta¹⁷⁶.

CAÑADILLAS, estabelece, relativamente à teoria de RENZIKOWSKI, que tem de haver uma co-determinação positiva conjunta do resultado, ou seja, tem de haver realização do facto pelo agente, com os restantes, não sendo relevante a essencialidade enquanto domínio negativo do facto pois este é demasiado abrangente (abarca preceitos da Parte Geral e não da Parte Especial extinguindo-se o domínio positivo¹⁷⁷). Nos crimes de resultado, é necessária a prática das acções típicas e nos puros de resultado serão autores aqueles que praticarem as acções mais aptas e idóneas a produzirem o resultado concreto¹⁷⁸. CAÑADILLAS avalia igualmente a teoria de WEIßER¹⁷⁹, expondo que a autora considera que estamos perante situações de co-autoria nos casos das *Rolling Stones* e do *Lederspray*, mas discorda da posição assumida por WEIßER, pois o requisito objectivo leva a uma exigência de vinculação dos agentes à mesma norma de cuidado. Desta forma está a excluir situações em que os deveres presentes sejam diferentes, mas a violação dos mesmos resulta numa "situação equivalente"¹⁸⁰, elucidando com o caso do cirurgião que opera sem a presença do anestesista e do director do centro que autoriza esta acção. Deve considerar-se que relevante é que o resultado decorrente da violação coloque os sujeitos numa mesma posição jurídica e não a sujeição ao mesmo dever de cuidado, precisamente porque a razão e preocupação que originou a criação da norma ter sido evitar aquela lesão, qualificando-se o caso de co-autoria. Outra crítica tecida a WEIßER, é a incompletude do critério proposto, porque não resolve correctamente os casos de autoria aditiva (casos de pluriautoria pois não há insuficiência das contribuições) pois considera-os como co-autorias¹⁸¹.

CAÑADILLAS questiona também a suficiência do elemento subjectivo da co-autoria para fundamentar a punição dos intervenientes. SÁNCHEZ prescinde deste elemento pois, se "*... os requisitos subjectivos são conhecer a criação de um risco ou conhecer certos dados concretos*

¹⁷⁵RENZIKOWSKI, Joachim in "*Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*", 1997, p.290 apud ROSSO CAÑADILLAS nota 167 p.557

¹⁷⁶*Ob cit B*), p.741

¹⁷⁷*Ibidem* nota 170 p.579

¹⁷⁸*Ibidem* 580

¹⁷⁹*Ob cit*, 572

¹⁸⁰*Ibidem* 574

¹⁸¹*Ibidem* 575. A autora diz incorrecta a solução de co-autoria nas *Rollin Stones* pois, os problemas subjacente ao caso é relacionado com prova - acção causante do resultado - ignorando aquela solução os princípios in *dubiu pro reo*, da culpa e da responsabilidade pelo facto.

dessa criação conjunta, não se entende a diferença valorativa entre a existência ou não de acordo de vontades" - exigindo uma "ratio cognoscendi"¹⁸² em relação a este elemento. Já referimos que para CAÑADILLAS o acordo é obrigatório e imprescindível mas, tem de ser adaptado aos delitos negligentes. É necessária a realização parcial da acção típica, havendo realização conjunta do resultado típico, através de uma acção descuidada, estando os autores conscientes ou não desse descuido violador da norma - o sujeito conhece ou deve conhecer que está a actuar com outros, sabendo que os outros estão a actuar com ele, entendendo-se isto como actuação conjunta¹⁸³. Ao negar-se o acordo, está-se a negar a co-autoria, dado que só pode haver imputação recíproca e imputação da responsabilidade existindo um acordo, um assentimento em algo, não fazendo sentido responsabilizar-se alguém por algo com o qual não concordou.

Por fim CAÑADILLAS aborda a afamada questão da autoria acessória negligente¹⁸⁴, integrando-a na órbita da concorrência de negligências pois, nestes casos, não existe acordo mas sim várias acções que juntamente originam o resultado, codeterminam o resultado (o seu *se e como*). Isoladamente as condutas não causariam o resultado e, se só uma determina o resultado, não há co-autoria pois a causalidade alternativa é pluriautoria¹⁸⁵. Se não há acordo, não há imputação recíproca sendo as acções impunes, dado que a tentativa negligente não é possível. Também nas acções que por si só causariam o resultado há autoria singular e não autoria sucessiva.

4. Co-autoria na negligência médica

Completada a exposição das diversas teorias e critérios propostos pela doutrina para a concepção da co-autoria negligente, cabe-nos agora tentar aplicá-las à realidade em análise. Nas acções em equipa médica podem surgir casos de negligência, nos quais vários membros da equipa tenham contribuído para a produção a lesão do paciente. Considerando como possível, e até exigível, uma responsabilização pelas lesões sofridas, é necessário estabelecer o método para se alcançar tal objectivo. Tendo vários agentes actuado numa mesma situação, uma cirurgia, averiguaremos se houve de facto uma actuação negligente, isto é, se o dever de cuidado imposto para aquela situação foi concretamente violado. Obtendo uma resposta positiva, passaremos à apreciação das condutas executadas no seio da equipa para a prossecução do fim comum. Definindo-se quem detinha o domínio positivo do facto¹⁸⁶, isto é, quem com a execução da sua contribuição determinou o rumo dos acontecimentos, levando desta forma à consumação do facto (através da soma da sua prestação às restantes), determina-se quem é autor.

¹⁸² *Ob cit A*), 102

¹⁸³ A acção conjunta é compreendida como um acumular de esforços ou uma divisão de trabalho pelos intervenientes na acção, consistindo a soma das contribuições na concretização do resultado.

¹⁸⁴ *Ob cit* 588

¹⁸⁵ *IDEM* 591 nota 198

¹⁸⁶ Acompanhando a opinião dos autores referidos.

Exemplificando com a cirurgia, o anestesista no início da mesma dá, de acordo com a estrutura do paciente, a dose necessária de anestesia, mas contrariamente ao seu dever abandona o BO, não verificando a evolução do estado do paciente durante a cirurgia. Neste hiato o paciente sofre uma paragem cardio-respiratória, que é resolvida por um outro anestesista que é chamado de imediato. O cirurgião que aceita esta saída, ao executar a sua função, função para a qual já não estava capacitado, comete um erro, dando-se uma intensa hemorragia do paciente, que consegue ser travada a tempo, mediante a execução do tamponamento da aorta. Enquanto decorria a cirurgia a enfermeira ia colocando gazes para absorver o sangue, de forma a facilitar a acção do cirurgião. Uma vez terminada a cirurgia, é realizada a revisão manual e feita a comparação de contagens de material cirúrgico por uma enfermeira apressada e que, por isso erra na contagem. Passado algumas horas, o paciente começa a queixar-se de dores intensas, tendo ficado com alguns danos devido à paragem sofrida, é operado de urgência pois tinha ficado uma gaze que infectou a caixa torácica e o tamponamento ficou mal feito. Apesar de todos os esforços o paciente acaba por morrer. Nesta situação estão presentes várias actuações violadoras do dever de cuidado que conduzem à morte do paciente. Ora, aceitando a co-autoria negligente, podemos concluir que todos os agentes detinham o domínio do facto: o anestesista que tendo actuado de imediato teria impedido a paragem cardio-respiratória que deixou sequelas que dificultaram a recuperação da cirurgia; o cirurgião que tendo cumprido diligentemente os seus deveres teria evitado a realização do tamponamento de urgência; e também a enfermeira. A soma das acções realizadas, analisadas *ex ante*, eram adequadas a produzir o resultado, os agentes sabiam que estavam a actuar em conjunto, e os deveres de cuidado aos quais estavam obrigados tinham como objectivo comum proteger aquele bem (fossem os deveres os mesmos ou não). Aplicando a teoria de CANADILLAS estaríamos perante um caso de co-autoria num homicídio negligente.

Em casos de esquecimento de instrumentos e material cirúrgicos, nos quais o cirurgião não procede à revisão material e a enfermeira conclui, erradamente por descuido censurável, serem iguais as contagens, vindo a verificar-se posteriormente a presença de um corpo estranho dentro do paciente, podemos também concluir que há co-autoria negligente sendo ambos punidos por ofensas à integridade física negligentes¹⁸⁷.

Podemos também considerar um caso em que **A** se dirige à urgência queixando-se de dores intensas abdominais, sendo examinado pelo médico de serviço **B** nas Urgências que apenas

¹⁸⁷ Nestas situações por força do princípio da confiança consideramos que o cirurgião pode confiar na contagem realizada pela enfermeira instrumentista. Se o primeiro tiver cumprido o seu dever de cuidado não haverá negligência do cirurgião mas só da enfermeira. Caso se verifiquem comportamentos negligentes de ambos defenderíamos uma co-autoria negligente. Numa situação similar à referida o STJ negou a responsabilidade da enfermeira instrumentista e condenou apenas o cirurgião, decisão com a qual não podemos concordar caso se tivesse verificado negligência na contagem Acórdão STJ 07A3426 de 27/11/2007

através da apalpação da zona abdominal diagnostica gases e manda o paciente para casa. **A** volta no mesmo dia às Urgências e é atendido pelo médico de serviço **C** que, pese embora veja no registo médico a omissão de exames complementares para um diagnóstico diligente, receita paracetamol para diminuir as dores, sem também realizar os exames adequados deixando o paciente sob observação da enfermeira **D**. Não havendo melhorias e agravando-se o estado de **A**, e apesar das queixas à enfermeira, esta não chama o médico para que este re-observe o paciente. No dia seguinte **A**, já inconsciente, é levado para o BO e é submetido a uma apendicectomia que, apesar de executada correctamente pelo cirurgião, resulta na morte de **A**. Novamente, temos vários comportamentos negligentes que originam a morte. Desconhecendo-se a acção concreta que causa o resultado mas concluindo-se que qualquer uma delas poderia produzir o resultado, punir-se-ia por co-autoria negligente **B**, **C** e **D**.

Nas situações em que existem vários sujeitos a actuar numa equipa podemos conceber três soluções como possíveis: ou se punem todos os intervenientes (sendo autores enquanto detentores do domínio do facto positivo, detentores do poder de contribuir relevantemente para o resultado) como co-autores, por terem actuado em conjunto na violação dos respectivos deveres de cuidado que dão origem a um único delito negligente; ou se entende que há autoria paralela, isto é, apesar de actuarem isoladamente, originam aquele resultado, quando as condutas isoladas fossem suficientes para o causar; ou por fim, absolve-se os agentes que com a sua conduta não poderiam nunca a ser punidos enquanto autores singulares pois os seus comportamentos não eram relevantes o suficiente para serem punidos como autores singulares. Esta última hipótese não nos parece defensável pois, se todos contribuem para o resultado, mesmo que isoladamente não causassem o resultado, a acção conjunta e global origina a lesão. Nestes casos consideramos que seria viável a punição por co-autoria mas aplicar-se-iam algumas atenuantes na determinação da medida da pena. Não nos parece correcto deixar impunes acções que originam lesões graves para bens jurídicos essenciais para o ser humano.

Se se aceitasse esta figura, casos como o do Acórdão do STJ 73/99.7 TAVIS.C1.S1¹⁸⁸, seriam resolvidos com a condenação das agentes como co-autoras na participação num crime de homicídio negligente, como nos parece correcto, e não como o que foi decidido pelo STJ de as condenar como autoras singulares. O caso reportava-se a morte de um feto causada por uma obstetra e duas enfermeiras que negligenciaram a grávida, pois não prestaram a devida atenção e cuidados necessários à paciente, retardando o parto e nascendo o feto morto.

Como razões a favor desta punição podemos enumerar o facto do CP português não excluir esta possibilidade no artigo 26º, pois o que é exigido é um assentimento, um acordo, ou a prática

¹⁸⁸Acórdão do STJ 73/99.7 TAVIS.C1.S1 de 03/12/2009

juntamente com", não nos parecendo que haja de facto exigências de um acordo num sentido doloso ou de vontade em actuar. Pelo facto de não haver exclusão no CP desta hipótese e por nos parecer conveniente que se assuma a existência desta figura, não entendemos decisões como a que conclui que há um erro de julgamento quando em tribunal *"introduz a co-autoria no terreno incompatível da negligência"*, considerando que a negligência *"jamais se processa em termos de actuação conjunta, consciente e querida, assim como não aceita um plano co-formador do delito. Cada uma das arguidas, em função de autónomas violações de deveres de cuidado (...) cometeu um crime por negligência..."*¹⁸⁹. O facto de os agentes saberem que estão a actuar com outros, tendo consciência ou não que, com aquela actuação conjunta estão a criar perigos para os bens, será motivo para se punir pela prática de um crime negligente em co-autoria.

¹⁸⁹ Acórdão STJ 042591 JTSJ00007568 de 07/05/1992

CONCLUSÃO

Não vamos tão longe nesta matéria como alguns autores, que defendem que a negligência devia ter uma abrangência muito superior à actual e que devia tornar-se numa forma geral de incriminação. No entanto, é necessária uma regulação mais precisa desta figura e a criação de formas adequadas de punição que acompanhem a realidade actual sendo, quanto a nós, a negligência em equipa médica um dos casos paradigmáticos desta necessidade de maior e melhor regulação, não só em ordem a garantir uma tutela mais abrangente dos bens jurídicos em causa, mas também em ordem a impor aos profissionais de saúde uma melhor preparação e um maior cuidado em situações em que a probabilidade de ocorrência de lesões é elevada. Não defendemos um sistema de "caça ao médico" como se verifica hoje em dia nos Estados Unidos da América, onde o número de processos por negligência médica é exagerado, tendo-se perdido, a nosso ver, os limites do que é negligência e do que não é. Existem países que conseguiram alcançar uma solução correcta como Espanha, Itália e França, locais em que a co-autoria negligente é admitida em certos casos na jurisprudência, apesar de não terem ainda a consagração legal da figura, e é este o sentido de regulação que entendemos dever ser seguido. A co-autoria negligente existirá quando os contributos parciais daqueles que actuam em grupo para o mesmo fim originam um resultado que pode ser imputado a esta actuação conjunta descuidada.

BIBLIOGRAFIA

BARREIRO, JORGE AUGUSTIN:

- A) *"La imprudencia punible en la actividad médico - quirúrgica"*, Madrid: Tecnos, 1990
- B) *"Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica"*, Estudios penales y criminológicos, nº14, 1991 Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones de la Universidad

BELEZA, TERESA PIZARRO, *"Direito Penal"* vol. 2, Lisboa: AAFDL, 2000

CARVALHO, AMÉRICO A. TAIPA DE, *"Direito Penal - Parte Geral Volume II Teoria Geral do Crime"*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2004

CASEIRO, JOSÉ MANUEL, *"A Equipa Médico-Cirúrgica"*, in Revista Sociedade Portuguesa de Anestesiologia, vol. 15, nº3, Julho de 2006

FARIA, MARIA PAULA BONIFÁCIO RIBEIRO DE:

- A) *"A adequação social da conduta no direito penal: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal"*, Porto: Publicações Universidade Católica 2005
- B) *" O erro e, medicina e o Direito Penal"* in, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Bio-Médico, Ano 7 nº14 Julho/Dezembro 2010, Coimbra: Coimbra Editora

FIDALGO, SÓNIA:

- A) *"Determinação da responsabilidade penal no caso de transfusão de sangue infectado com HIV/SIDA"*, in IX Congresso Virtual HIV/AIDS: A Infecção e o Direito, 2008
- B) *"A Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa"*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

FERNANDÉZ HIERRO, JOSÉ MANUEL, *"Sistema de responsabilidad Médica"*, Granada: Editorial Coamares, 3ª Edição, 2000

FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE:

- A) "*Comentário Conimbricense do Código Penal*", vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1999
- B) "*Direito Penal: Parte Geral*" 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

GARCIA, ESTHER HAVA, "*La responsabilidad medica*", Valencia: Tirant to Blanch, 2000

GARCIA CONLLEDO, MIGUEL DIAZ Y, "*La autoria en Derecho Penal*", Barcelo: PPU, 1991

GÓMEZ, MARIO MARAVER, "*El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*", Navarra: Thomson Reuters (Legal) Limited, Editorial Aranzadi, SA, 2009

GUTIERRÉZ RODRIGUEZ, MARIA, "*La Responsabilidad Penal del coautor - Fundamento y limites*", Valencia: Tirant to Blanch, 2001

JAKOBS, GÜNTHER "*Moderna dogmática penal: estudios compliados*", "2ª Ed., México: Editorial Porrúa, 2006

JESCHECK, HANS HEINRICH, "*Tratado de Derecho Penal*", 4ª Ed. Granada: Comares Editorial, 1993

OLIVEIRA, FRANCISCO DA COSTA "*Crime negligente e culpa: na dogmática penal e na prática judiciária*", Coimbra: Almedina, 2010

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO DE, "*A responsabilidade civil em instituições privadas: problemas de ilicitude e culpa*", Responsabilidade Civil dos Médicos nº11, Coimbra Editora, 2006

PONSOLD, ALBERTO, "*Manual de Medicina Legal*", Barcelona: Editorial Científico-Médica, 1955

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, "*Responsabilidade Médica em Portugal - Estudos dos Pressupostos Sistemáticos*", Coimbra: Almedina, 2007

ROMEO CASABONA, CARLOS MARIA:

- A) "*El Médico y el derecho penal: licitud e responsabilidad penal*", Barcelona: Bosch D.L. 1981

- B) *"El Médico ante el Derecho: la responsabilidad penal y civil del médico"*, Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaria General Técnica, 1985
- C) *"Conduta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo"*, Granada: Comares, 2005

ROSO CAÑADILLAS, RAQUEL, *"Autoria y participacion imprudente"*, Granada: Comares, 2002

ROXIN, CLAUS,

- *"Problemas fundamentais de Direito Penal"*, Lisboa: Veja, 1998
- *"Autoria y domínio del hecho en Derecho Penal"*, Madrid: Marcial Pons, 2000

SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ FEIJÓO:

- A) *"Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y limites materiales"*, Zaragoza: Editorial EDIJUS, 1999
- B) *"El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho Penal: fundamentos y consecuencias dogmáticas"*, in *Revista de Derecho Penal e Criminología*, vol. 21, nº 69, 2000

Stratenwerth, Günther, *"Derecho Penal Parte General I el hecho punible"*, Caracas: Edersa, 1982

PUPPE, INGEBORG, *"Division del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica"*, Outubro, 2006, in, *InDret - Revista para Análisis de Derecho* nº382, Barcelona

VALDÁGUA, CONCEIÇÃO, *"Início da tentativa do co-autor: contributo para a teoria da imputação do facto na co-autoria"*, Lisboa: Danubio, 1986

WELZEL, HANS:

- A) *"Derecho Penal Aleman Parte General"*, 4ª Ed. Castellana, Chile: Editorial Juridica de Chile, 1993
- B) *"El nuevo sistema del derecho penal - una introduccion a la doctrina de accion finalista"*, Buenos Aires: Julio César Faira, 2002