



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO PELA RECUSA DE TRATAMENTO DO DOENTE

O CRIME DE RECUSA DE MÉDICO

Rafaela Cristina Ferreira Leal

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO PELA RECUSA DE TRATAMENTO DO DOENTE

O CRIME DE RECUSA DE MÉDICO

Rafaela Cristina Ferreira Leal

Orientadora: Professora Doutora Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

*Ao Roberto, a razão de tudo o que conquisto;
Aos meus pais, à minha irmã e ao Bruno, pelo apoio em todas as horas e
por nunca terem deixado de acreditar em mim.*

“A expectativa de auxílio médico imediato, em caso de necessidade, da parte de quem pode e sabe prestá-lo, é pedra fundamental da vida em sociedade”

Teresa Quintela de Brito

Resumo

Deparamo-nos, por vezes, com decisões lacunosas e pouco fundamentadas no domínio da responsabilidade médica por omissão, essencialmente no que respeita à aplicação do crime de recusa de médico aos casos de ocorrência de um resultado lesivo de bens jurídicos essenciais como a vida e a integridade física.

Tendo em conta as dificuldades sentidas pela jurisprudência no enquadramento da omissão médica, o presente estudo tem por objetivo estudar as omissões jurídico-penalmente relevantes e analisar em que termos deve ser responsabilizado o médico que recuse a assistência médica hospitalar durante o serviço de urgência.

Uma vez que o médico é titular de um dever de auxílio especial e, em certos casos, de um dever de garante, é necessário averiguar se – e como - o médico pode ser responsabilizado em caso de omissão: pela prática de um crime específico como é o crime de recusa de médico, ou por um crime comissivo por omissão.

Para dar resposta a este problema é necessário saber em que casos é que o médico tem um dever de garante, e se pode ter simultaneamente um dever de garante e de assistência.

Palavras-Chave: Médico; Responsabilidade Penal Médica; Assistência Médica; Omissão Médica; Omissão Imprópria; Dever de Garante; Omissão Própria; Recusa de Médico; Omissão de Auxílio; Crime Comissivo; Homicídio por Omissão; Ofensa à Integridade Física por Omissão;

Abstract

We encounter, at times, with defective and insufficiently substantiated decisions in the field of medical liability for the omission, essentially with regard to the application of the crime of refusing a doctor to cases of the occurrence of an injurious result of essential legal assets, namely life and physical integrity.

Bearing in mind the difficulties experienced by the jurisprudence in the context of medical omission, the present study aims to study the legally and criminally relevant omissions and to analyze in which terms the physician who refuses hospital medical assistance during the emergency service should be held responsible.

Since the doctor has a duty of special assistance and, in certain cases, a duty of guarantor, it is necessary to discover whether - and how - the doctor can be held responsible in case of omission: for the practice of a specific crime such as it is the crime of refusing a doctor, or for a commission crime by omission.

To answer this problem, it is necessary to know in which cases the doctor has a duty of guarantor, and whether the doctor can have both, a duty of guarantor and assistance.

Key words: Doctor; Medical Criminal Liability; Health Care; Medical Omission; Improper Omission; Duty of Guarantor; Own Omission; Refusal of Physician; Omission of Assistance; Commissive Crime; Homicide by Omission; Offense Against Physical Integrity by Omission;

Índice

Resumo.....	6
Abstract.....	7
Indicações de Leitura.....	9
Lista de Siglas e Abreviaturas.....	10
I. Considerações Introdutórias.....	11
II. A Responsabilidade do Médico no Ordenamento Jurídico-Penal Português....	13
III. A Omissão Jurídico-Penal Relevante.....	15
i. A Omissão Própria: O Crime de Recusa de Médico.....	16
ii. Os Crimes de Omissão Imprópria.....	24
IV. A Interpretação do Artigo 10.º do Código Penal.....	25
V. Dever de Garante.....	29
i. As Fontes do Dever de Garante.....	30
ii. O Dever de Garante e o Artigo 284.º: A (in)existência da Posição de Garante do Médico.....	33
VI. <i>Case Studies</i> Pragmáticos da Jurisprudência Nacional.....	40
i. Análise do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-06-2009 na perspetiva do Crime de Recusa de Médico.....	41
ii. O Caso do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (22-02-2012) Segundo a Aplicabilidade dos Crimes de Resultado na Ótica do Dever de Garante	46
VII. Considerações Finais.....	49
VIII. Referências Bibliográficas.....	52
IX. Jurisprudência.....	56

Indicações de Leitura

No presente estudo, todos os artigos que não possuam indicação expressa em contrário dizem respeito ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março.

As citações constantes das notas de rodapé obedecem ao método Autor-Data, com a menção do nome do Autor, ano de edição da obra e da(s) página(s) relevantes. Quando a obra/artigo é referente ao mesmo Autor e o ano de edição coincide, indica-se ainda o nome da título/revista. No que toca ao Comentário Conimbricense, além do método Autor-Data supra mencionado, indica-se o Tomo e o Artigo sobre o qual índice o respetivo comentário.

Na bibliografia são indicadas todas as obras consultadas e citadas ao longo da dissertação, sendo que os Autores se encontram ordenados por ordem alfabética, em razão do seu apelido. A referência bibliográfica consiste na indicação do nome do Autor, ano de edição da obra, título da publicação, editor, local de edição e, no caso dos artigos, as páginas.

A jurisprudência nacional citada, mais concretamente as decisões mais recentes do TRP e do STJ, foi consultada na base de dados jurídico-documental do IGFEJ online, no site <http://www.dgsi.pt/>.

Lista de Siglas e Abreviaturas

A.- Autor (a)

As. – Autores (as)

Ac. - Acórdão

Art. - Artigo

Arts.- Artigos

BJ – Bem (s) Jurídico (s)

CC- Código Civil

CCCP- Comentário Conimbricense do Código Penal

C.D.M. - Código Deontológico da Ordem dos Médicos

Cf. - conforme

CP - Código Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

DP - Direito Penal

E.O.M. - Estatuto da Ordem dos Médicos

i.e. - isto é

n.º - número

n.ºs - números

p. - página

PE - parte especial

p.e.p. - previsto e punido

p.ex. - por exemplo

pp. - páginas

ss. - seguintes

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TRP - Tribunal da Relação do Porto

Vd. - Vide

I. Considerações Introdutórias

A responsabilidade penal é a forma mais grave de responsabilidade de um ordenamento jurídico, uma vez que as sanções que envolve contêm com a liberdade das pessoas, configurando uma forte restrição dos seus direitos, liberdades e garantias. A CRP impõe que o DP constitua a última *ratio* da punição, devendo, por isso, ter carácter subsidiário perante os outros ramos do direito.

A atividade médica é a atividade mais próxima dos bens jurídicos fundamentais das pessoas, como a vida, a integridade física e a liberdade, como vamos ter oportunidade de ver. Assim, quando estes BJ são afetados existe uma forte necessidade da intervenção do DP - do *ius puniendi*.

A responsabilidade criminal por atos médicos pressupõe uma conduta ilícita e culposa do médico, que tenha causado um dano ou um perigo de dano. Tratando-se de um crime de resultado, exige-se cumulativamente que a conduta do agente tenha sido causa adequada desse resultado.

O CP consagra alguns tipos de crime que apenas podem ser cometidos por médicos, como o crime de *recusa de médico*, objeto do nosso estudo.

O nosso trabalho diz respeito às omissões ou às insuficiências de atuação dos médicos, que podem gerar responsabilidade criminal por violação do seu dever profissional de agir.

Já não é novidade o facto da ordem jurídica portuguesa considerar crime a recusa por parte do médico dos seus serviços profissionais a uma pessoa em risco de vida ou em perigo grave para a saúde. Já assim é desde o ano de 1886. Todavia, afigura-se necessário perceber a que tipo legal deve subsumir-se esta recusa.

Justificando-se o estudo das normas incriminadoras da PE que consagram a punição, em diferentes e diversas circunstâncias, das omissões médicas, de forma a delimitar os âmbitos de aplicação de cada uma, recorreremos a casos jurisprudenciais que nos proporcionam uma abordagem de teor mais prático dos tipos legais de crime em apreço. Afigura-se necessário perceber a que tipo legal deve subsumir-se a não prestação de assistência, a recusa de médico, em cada caso. Para esse efeito, restringir-nos-emos, aos crimes potencialmente aplicáveis nessa situação: aos vários tipos legais de resultado combinados com a regra de equiparação do art. 10º; o crime de recusa de médico (art. 284.º), eventualmente agravado pelo resultado, nos termos do art. 285.º; e o crime de omissão de auxílio, consagrado no art. 200.º.

Pretende a presente dissertação dar resposta à seguinte interrogação: se o médico de serviço na urgência hospitalar se recusa a prestar assistência médica, comete um crime de omissão de auxílio, nos termos do art. 200.º; um crime de recusa de médico, eventualmente agravado pelo resultado, à luz dos arts. 284.º e 285.º; ou deve ser penalmente responsabilizado, pelos crimes de homicídio (art. 131.º) ou ofensa à integridade física (art. 144.º) por comissão por omissão (art. 10.º)?

Afastamos qualquer referência a eventuais responsabilidades civil e disciplinar, e centramos a análise da responsabilidade do médico no DP.

O compromisso assumido no presente trabalho refere-se ao estudo dos delitos praticados por omissão, em particular na distinção doutrinal entre omissões próprias ou puras e omissões impróprias ou impuras; à concretização dos deveres de garantia que justificam a responsabilidade penal de comissão por omissão; e à apreciação crítica do âmbito de aplicação dos diversos tipos de crime legalmente previstos que podem abranger o nosso caso de estudo.

II. A Responsabilidade do Médico no Ordenamento Jurídico-Penal Português

A responsabilidade penal dos médicos resulta de crimes cometidos no exercício da sua profissão, quer de forma genérica (homicídio, ofensas corporais), quer específica (crimes específicos próprios). O CP prevê normas para a atuação médica, como o art. 284.º (*recusa de médico*), mas a responsabilidade do médico também pode decorrer da prática de crimes que qualquer pessoa pode praticar, por ação, ou por omissão.

O médico, no exercício da sua atividade, contacta com os BJ mais relevantes do nosso ordenamento jurídico, que são a vida e a integridade física do paciente. O médico, como ser humano que é, está sujeito à aleatoriedade da vida e, por isso, erra, mas face às suas especiais qualificações e ao facto de se ocupar com os bens mais importantes do ser humano, é-lhe exigido um especial cuidado, perícia, e esforço em prol destes bens. O ato de cuidar é um dever ético e legal que incumbe aos médicos em relação aos seus pacientes, mas que nem sempre é cumprido, existindo casos de não prestação de cuidados indicados para o tratamento da situação de perigo para a vida ou para a saúde, que se exprimem como recusa, omissão de auxílio ou de insuficiência de atuação por parte dos médicos.

Não vamos tratar de todos os problemas atinentes à responsabilidade penal dos médicos, mas apenas das omissões ou insuficiências de atuação por parte destes. Importa saber qual a responsabilidade do médico de urgência chamado a atender um doente em perigo de vida (devidamente informado do estado do mesmo) e que depois de se dirigir ao local, resolve retroceder, abandonando o doente à sua sorte, que vem a sofrer lesões graves na sua integridade física ou a falecer por falta de cuidados médicos, bem como saber quais as situações em que o médico está incumbido do dever de garante.

Existindo este dever qual o tipo legal aplicável, o crime de recusa de médico ou de resultado?

As omissões de auxílio por parte do médico podem constituir violação de um dever de garante, uma violação do dever específico de assistência médica, ou uma violação do dever geral de auxílio. Referimo-nos assim à prática de crimes de ofensas corporais e de homicídio, dolosos ou negligentes, por omissão (art.10.º, n.º2), de recusa

de médico (art.284.º) e de omissão de auxílio (art.200.º), que podem ser agravados pelo resultado (art.285.º).

Como pressuposto da análise a fazer interessa saber quem deve ser considerado médico estando, por isso, sujeito às regras da profissão (*legis artis*) e aos deveres inerentes a esta classe. A resposta a esta questão é-nos dada por TAIPA DE CARVALHO¹. Para o exercício da profissão é necessária a licenciatura em medicina e a respetiva inscrição na Ordem dos Médicos, cabendo ao E.O.M. determinar o momento a partir do qual o médico pode exercer autónoma e plenamente a atividade médica e definir as circunstâncias em que, durante o período de formação profissional, pode exercer medicina. Só perante o preenchimento destes requisitos é que um agente pode adquirir a qualidade de médico face ao ordenamento jurídico português.

¹ CARVALHO, 1999, Tomo II, “Comentário ao Artigo 284.º: Recusa de Médico”, in *CCCP*, §5, p. 1018

III. A Omissão Jurídico-Penal Relevante

O crime consiste sempre numa ação humana: um facto voluntário, dominado e dominável pela vontade que tanto pode traduzir um comportamento positivo - uma ação, como um comportamento negativo – omissão, quando o agente não leva a cabo a ação esperada².

A omissão assume-se no ordenamento jurídico-penal como um conceito jurídico. Tem que constituir um comportamento socialmente relevante que corresponde a uma das formas específicas de realização típica, supondo sempre um dever jurídico de agir. Através da ação faz-se o que a lei proíbe (viola-se uma proibição), através da omissão, não se faz o que a lei impõe que seja feito (viola-se uma norma perçetiva, que impõe um comportamento ativo). Traduz-se, ainda, em deixar de levar a cabo uma certa atividade num determinado momento (sendo esta esperada), consubstanciando uma abstenção da atividade que o agente poderia e deveria ter levado a cabo por forma a evitar a ofensa do BJ tutelado. É um *non facere* penalmente relevante.

Só haverá uma omissão relevante se o agente não agir da forma imposta pela lei e, em virtude dessa abstenção, ocorrer a lesão, ofensa ou a colocação em perigo de lesão do BJ tutelado. O crime omissivo consubstancia a violação de uma imposição legal de atuar, mas só pode ser cometido por pessoa sobre a qual recaia um dever jurídico de levar a cabo a ação esperada e imposta.

Dentro da categoria dos crimes omissivos é comumente estabelecida pela doutrina³ a distinção entre as omissões próprias ou puras e as omissões impróprias ou impuras (também designadas como crimes de comissão por omissão)⁴.

²“A ação, que constitui o suporte do tipo legal é sempre um comportamento humano, constituído por um agir ou por um omitir, dominado ou dominável pela vontade e dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de lesão a um bem jurídico”, SILVA, 2012, p. 62

³ALBUQUERQUE, chama à atenção para a distinção entre a omissão própria e imprópria, veja-se: “ Os **crimes específicos próprios** (...) são aqueles em que a qualidade do agente ou o dever que sobre ele impende fundamenta a ilicitude (...). Enquanto que, os **crimes específicos impróprios** (...) são aqueles em que a qualidade do agente ou o dever que sobre ele impende agrava a ilicitude (...)”, 2015, p.113 (negrito do Autor).

⁴ “O critério fundamental de distinção entre crimes de omissão puros e impuros passa pela circunstância decisiva de os impuros, diferentemente dos puros, não se encontrarem descritos em um tipo legal de crime, tornando-se indispensável o recurso à cláusula de equiparação contida no art.10.º(...)”, DIAS, 2019, p.1064

i. A Omissão Própria: O Crime de Recusa de Médico

Os crimes omissivos próprios ou puros são assim denominados porque possuem uma tipologia própria: a situação típica geradora do dever de agir e o seu conteúdo encontram-se normalmente expressos na letra da lei, caracterizando-se pela simples abstenção de agir, pelo facto de a omissão da conduta devida lesar ou colocar em perigo bens jurídicos tutelados pela norma. São compostos por quatro elementos essenciais: a situação típica geradora do dever de agir, a imposição do dever de agir, a não realização da ação imposta e a capacidade para agir⁵. Por fim, estão previstos em tipos penais específicos, na parte especial, como é o caso dos arts. 200.º e 284.º, onde a mera inatividade fundamenta a ilicitude.

O perigo constitui assim o elemento básico destes crimes, aparecendo não apenas como elemento do tipo, mas como pressuposto do dever de agir. Podemos afirmar que existe um dever de impedir a continuidade do perigo, constituindo elementos determinantes destes crimes a manutenção do perigo e a omissão responsável por aquela permanência⁶.

Em particular, o crime p.e.p no art. 284.º, sob a epígrafe “*Recusa de Médico*”, dispõe que:

O médico que recusar o auxílio da sua profissão em caso de perigo para a vida ou de perigo grave para a integridade física de outra pessoa, que não possa ser removido de outra maneira, é punido com pena de prisão até 5 anos.

É imposto o dever de ação médica a todos os profissionais de medicina, uma vez que, impende sobre os mesmos o **dever de tratamento**, pelo que a não prestação desses mesmos cuidados é punida.

A recusa de médico é um crime de omissão pura, ou seja, um crime de mera inatividade e, por isso, apenas se pune a conduta omissiva naquelas situações em que há um perigo para a vida ou para a integridade de outrem e o médico se recusa a atuar, i.e., permanece inativo face àquele perigo que, apesar de não o ter criado, tomou conhecimento, sendo irrelevante a produção, ou não, do resultado.

O **dever de assistência médica** é mais amplo do que o simples dever de tratamento, é o alfa e o ómega de toda a atividade profissional da medicina e engloba o dever de tratamento, o dever de preparação do próprio médico, de elaboração do

⁵ SILVA, 2012, p. 65

⁶ Para a manutenção do perigo, basta que o agente se depare com este e não o afaste, uma vez que é a prévia situação de perigo que faz aparecer o dever de agir.

diagnóstico e o dever de vigilância ou de acompanhamento. Este dever de assistência começa com a aceitação do doente ou com a sua afetação nos serviços clínicos/no hospital onde o médico exerce funções e só termina numa das seguintes situações: com a cura do doente; com a irreversibilidade do seu estado; ou em *última ratio* com o falecimento.

Revela-se de suma importância atentar na letra deste artigo em ordem a concretizar o conteúdo exato da expressão “*recusar o auxílio da sua profissão*”. Entendemos com LEAL HENRIQUE E SIMAS SANTOS⁷ que recusar com a conotação aí prevista significa negar, rejeitar, não dar, não atender a um pedido, não prestar auxílio. Todavia, entendem os As. que, para haver recusa, é necessário que exista um pedido feito anteriormente para que o médico preste auxílio a alguém em perigo, ou seja, exige-se que a prestação de auxílio seja a resposta a um pedido feito ao médico no sentido que este auxilie alguém, porque se o médico apenas souber ou tiver sido informado de uma situação de perigo para a vida ou para a integridade física de outra pessoa, não comete o crime do art.284.º, quanto muito incorre no crime do art. 200.º.

Vale lembrar a posição oposta quanto a este ponto, de ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES⁸, no sentido de a recusa não implicar a existência de um pedido prévio, no sentido naturalístico ou formal, pois para o efeito incriminatório basta que se traduza numa conduta omissiva dolosa por parte do médico, em caso de necessidade determinada pela gravidade do enfermo.

De igual forma, TAIPA DE CARVALHO entende que, “(...) o termo *recusar* não deve ser encarado no sentido estrito de não aceitação de um pedido expresso, mas no sentido amplo, que compreende tanto o negar-se como o protelar, o ficar indiferente.”⁹, ou seja, recusar na perspectiva do A. significa não prestar auxílio médico em tempo útil, uma vez reconhecida (direta ou indiretamente) a situação de perigo e, adiantamos desde já que, para o preenchimento deste tipo legal não é necessário que se verifique um ato positivo, uma inequívoca recusa por parte do agente.

Os BJ protegidos pela incriminação são, claramente, a vida e a integridade física e, tendo em vista esta protecção, o CP pune os médicos que recusem o auxílio da sua profissão em caso de perigo para a vida ou de perigo grave para a integridade física de outra pessoa, que não possa ser removido de outra maneira.

⁷ SANTOS e HENRIQUES, 2000, pp. 1306-1307

⁸ RODRIGUES, 2007, p.32

⁹ CARVALHO, 2018, p. 48

No que concerne à integridade física, esta deve ser entendida em sentido amplo, de modo a abranger a saúde psíquica e mental, no entanto, se atentarmos no texto legal do art. 144.º, só a integridade física substancial é tutelada, uma vez que a expressão contida neste normativo legal é “*perigo grave para a integridade física*”¹⁰ e o conceito “*perigo grave*” não deve ser entendido como relativo à intensidade ou gravidade do perigo – “*perigo intenso ou iminente de lesão da integridade física*”¹¹, mas antes no sentido de “*perigo de lesão grave para a integridade física*”, que respeita à gravidade da lesão da integridade física.

Diferentemente, TERESA QUINTELA DE BRITO¹² considera que a gravidade se refere apenas à intensidade do perigo, sendo, por isso, irrelevante que esteja em causa um risco de lesão grave ou de lesão não grave da integridade física.

Impõe-se ainda esclarecer que a expressão “*perigo para a vida*” referida no art. 284.º, configura a probabilidade concreta e presente do resultado letal, é um conceito objetivo-subjetivo e refere-se a um perigo real, atual, sério e efetivo¹³, pois o que está aqui em causa é a situação de urgência patológica grave que ameaça a vida do doente se não for assistido.

No que ao tipo objetivo de ilícito diz respeito, este crime afigura-se como específico ou próprio, pois, por um lado, exige a qualidade de médico do agente, nos termos já supramencionados e, por outro, a conduta tem de consistir na não prestação dos cuidados médicos indicados para o tratamento face à existência de uma situação de perigo para a vida ou para a saúde, tendo em conta que, o art. 284.º impõe um dever de “*prestação de cuidados médicos*”¹⁴. Exige-se ainda que a conduta consista na recusa de auxílio profissional, i.e., na omissão de cuidados médicos, entendendo nós que a recusa não depende da interpelação prévia do necessitado de ajuda ou de outrem, pois pode haver recusa pela simples inércia do agente¹⁵. Também não se exige uma recusa expressa de cuidados médicos, porque a mera conformação, em termos de indiferença, é suficiente para que o tipo se preencha.

¹⁰ CARVALHO, 1999, Tomo II, “Comentário ao Artigo 284.º: Recusa de Médico”, in *CCCP*, § 4, p. 1018

¹¹ É esta a posição de MONIZ, 2010, pp. 511-512; e C.CUNHA, 2003, pp.844-847, *apud* CARVALHO, 2018, pp. 30-31

¹² BRITO, 2006, p.140

¹³ RODRIGUES, 2007, p.142

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS E SINDE MONTEIRO in *Responsabilidade Médica* 1984 50 s., *apud* CARVALHO, 1999, Tomo II, “Comentário ao Artigo 284.º: Recusa de Médico”, in *CCCP*, §6, p.1018

¹⁵ ALBUQUERQUE, 2015, p.1012

Constituem ainda elementos essenciais do crime o carácter urgente da situação, a existência de perigo concreto para a vida, ou perigo grave para a integridade física. Também se impõe que o perigo não possa ser removido de outra maneira, de tal forma que apenas a atuação médica se revela eficaz no momento.

Sob o ponto de vista subjetivo, no que toca ao perigo concreto, o médico tem de ter a consciência de que a sua intervenção constitui o único meio de remover o perigo, bem como, a consciência de que está a recusar o auxílio necessário ao afastamento do perigo, porque entendemos que a conduta é punida, não porque criou ou potenciou um perigo em concreto para um certo BJ, mas porque, existindo aquele perigo previamente, a conduta em concreto manteve o perigo para os bens jurídicos em causa e esta afigurava-se indispensável para afastá-lo (dolo de perigo concreto)¹⁶. Neste sentido, cabe atentar na posição de HELENA MONIZ, que seguimos:

(...)se, numa dada situação, o médico recusa o seu auxílio, e imediatamente aparece outro que o presta, removendo o perigo e demonstrando ser necessária aquela intervenção especializada, o primeiro médico manteve um perigo concreto e, neste sentido, houve um perigo concreto de lesão dos bens jurídicos protegidos pelo tipo – ora, neste caso o primeiro médico preencheu o tipo previsto no art. 284.º: o facto de o médico não ter atuado permitiu, em concreto, a manutenção do perigo. Na base da criação do tipo está uma presunção de que a não atividade do médico constitui um perigo para os bens jurídicos protegidos pelo tipo.¹⁷

O médico deve prestar o seu auxílio *in locu*, i.e., deve prestar os cuidados adequados à condição daquele que necessita dos seus cuidados, naquele momento espaço-temporal, afigurando-se este o único meio de impedir a lesão do BJ.

Contudo, e seguindo de perto a posição de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁸, entendemos que o médico só está obrigado a prestar o auxílio se o perigo não puder ser removido de uma outra forma, pondo em risco a vida ou a integridade física do necessitado. Deste modo, para o A. o crime só se consuma com a verificação do perigo concreto para a vida ou para a integridade física, ou seja, no momento em que o médico constata a situação de perigo e não presta a assistência médica considerada suscetível, indispensável e adequada a remover ou reduzir o perigo para a vida ou saúde,

¹⁶ Neste sentido, atente-se no proferido pelo Ac. TRP, datado de 28-05-2014, em sede de processo n.º 646/06.3TAMD.L.P1, sendo Relatora Eduarda Lobo, acessível em www.dgsi.pt, consultado em 02-02-2021: “No tipo de crime em causa não se exige a prova da idoneidade da atividade para o afastamento do perigo, exigindo-se apenas que se prove que a intervenção do médico teria sido necessária para o afastamento do perigo e que, portanto, a inatividade foi idónea à manutenção do perigo, à manutenção de um efeito de perigo sobre o objeto da ação (a pessoa que não foi socorrida)”.

¹⁷ Vd. Ac. TRP, processo n.º 646/06.3TAMD.L.P1, de 28-05-2014, acessível em www.dgsi.pt, consultado em 05-02-2021.

¹⁸ ALBUQUERQUE, 2015, p.1012

conformando-se com esse perigo no sentido de indiferença ou adiamento de uma situação¹⁹.

Pode suceder que se prove que a atividade do médico não era necessária e assim já estaremos perante um crime de perigo concreto, porque a relação de perigo não ocorre entre a conduta exigida ao agente pela norma e a idoneidade da conduta exigida em afastar o perigo, a relação do perigo ocorre entre os bens jurídicos protegidos pelo tipo e a fonte real do perigo²⁰.

Saliente-se ainda que a recusa de médico não é ilícita se a ação de auxílio implicar grave risco para a vida ou integridade física do médico (art. 200.º, n.º 3)²¹. Sob o ponto de vista da liberdade de recusar tratamento, o médico pode recusar os seus cuidados nos termos do artigo 16.º, n.º 1, do C.D.M²², sendo lícito de acordo com o n.º 2 deste preceito recusar-se a continuar a prestar assistência a um doente, desde que não haja prejuízo para o doente, por lhe ser possível assegurar assistência por médico com a qualificação adequada, desde que o médico forneça os esclarecimentos necessários para regular a continuidade do tratamento e o médico advirta o doente ou a família com a antecedência necessária a assegurar a substituição. Quanto a este aspeto, tendemos a concordar com a posição de HELENA MONIZ quando afirma que o tipo legal do art. 284.º pretende punir o médico que, fora das circunstâncias que lhe são permitidas, não afasta um perigo para bens jurídicos por não atuar, por recusar o auxílio da sua profissão²³.

Retomando a análise do tipo legal do ponto de vista subjetivo, para os As. que consideram o crime de recusa de médico um crime de perigo concreto ele exige o dolo de perigo²⁴. Tal como vimos, o agente tem que atuar ciente do perigo para a vida ou do perigo de grave lesão da integridade física do doente, e do carácter indispensável do auxílio que lhe cabia prestar, adotando uma atitude de indiferença perante tal situação. No entanto, o tipo legal admite qualquer modalidade de dolo, mas basta o dolo eventual, i.e., é suficiente o conhecimento da situação de perigo para a vida ou do perigo grave

¹⁹ Neste sentido, RAPOSO, 2013, p. 183

²⁰ Neste sentido D'ÁVILA, 2005, pp. 317 e ss *apud* MONIZ, 2010, p. 489

²¹ CARVALHO, 1999, Tomo II, “Comentário ao Artigo 284.º: Recusa de Médico”, in *CCCP*, p.1020

²² “O médico pode recusar-se a prestar assistência a um doente, exceto quando este se encontrar em perigo iminente de vida ou não existir outro médico com a qualificação adequada a quem o doente possa recorrer.”

²³ MONIZ, 2010, p. 488

²⁴ CARVALHO, 1999, Tomo I, “Comentário ao art. 200.º”, §10 e 22, pp.849, 853-854 e Tomo II “Comentário ao art.284.º”, §10 e 12, pp.1019 a 1020, in *CCCP*, que interpreta os crimes de *Omissão de auxílio e de Recusa de médico* como incriminações de perigo concreto- cujo elemento subjetivo seria, consequentemente, o dolo de perigo – porque, pressupõe a existência efetiva do perigo para a vida e para a integridade física.

para a integridade física, assim como a vontade de recusar o auxílio necessário, ao alcance do agente, ou seja, se existir dolo em relação à situação de perigo, necessariamente existirá dolo relativamente à concretização desse perigo no resultado, razão pela qual TAIPA DE CARVALHO ²⁵ vêm defender que o art. 284.º também exige dolo eventual em relação ao resultado morte ou lesão grave da integridade física.

Há ainda uma questão por resolver, relacionada com as situações em que o médico se depara com uma situação de perigo para a vida ou para a integridade física, que não é capaz de afastar porque carece dos conhecimentos especializados²⁶ ou inexistente no local o equipamento indispensável, necessário, não prestando o seu auxílio ou promovendo o socorro por outrem. Questiona-se, nestes casos, se a sua omissão se subsumirá no art.284.º ou no art.200.º, n.º1?

Desde logo, é crucial afirmar que não impende sobre o médico, que se depara com a situação fáctica descrita no art. 200.º, em princípio, um dever profissional, isto é, um dever mais amplo do que aquele que recai sobre qualquer outra pessoa²⁷, pelo que, entre estes dois crimes, há uma relação de especialidade²⁸.

O art. 200.º não se confunde com o art. 284.º, porque o dever de auxílio que o tipo legal do art. 200.º pressupõe é um dever geral de auxílio, como tal dirigido a qualquer pessoa que se depare com uma situação de necessidade e perigo para a vida, saúde, integridade física e liberdade de outro ser humano, encontrando, deste modo, o seu fundamento na proximidade fáctica e existencial entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, independentemente da existência prévia de vínculos especiais entre eles ou de específicos conhecimentos e meios que detenha o sujeito ativo. Este dever nada tem a ver com a prestação de cuidados médicos, não podendo ser confundido com o dever pessoal de garante inscrito no art. 10.º, n.º2²⁹.

²⁵ CARVALHO, 2018, pp. 35-36

²⁶ Pense-se no oftalmologista que vê alguém na rua com uma perna amputada a esvair-se em sangue, resultante de um acidente e que necessita de intervenção imediata para estancar a hemorragia.

²⁷“(…) não se encontra o médico especialmente obrigado, do ponto de vista jurídico, perante a vítima, devido à profissão que possui, embora os seus especiais conhecimentos possam ser levados em consideração aquando da determinação da prestação material de auxílio que se revelava necessária e a específica função que desempenha na sociedade possa revelar na graduação da culpa. De resto, pontue-se que ao médico não pode ser exigido um acompanhamento da vítima, em termos de lhe ministrar os subsequentes cuidados e tratamentos médicos que carece. Cabe-lhe, tão só, realizar os atos que a urgência da situação e os seus especiais conhecimentos aconselham, ficando desobrigado logo que a vítima passe a ser assistida pelos profissionais de saúde competentes para o efeito.”, ASSUNÇÃO, 1993, p.117

²⁸ Neste sentido, ALBUQUERQUE, 2015, p.1013

²⁹ “De acordo com DAMIÃO DA CUNHA há que distinguir fundamentalmente as situações em que existe um dever pessoal de auxílio agravado pela ocorrência de um resultado (que constitui aqui uma condição objectiva de punibilidade) e as hipóteses de verdadeira equiparação da omissão à acção sob o ponto de vista da produção do resultado e que são todas aquelas em que se deixa identificar um dever

O dever de auxílio ao próximo tem como referentes axiológicos a solidariedade social e o respeito pelos BJ pessoais do outro, pelo que, o médico, como qualquer outro homem, preenchido que esteja o circunstancialismo fático descrito no art. 200.º, é igualmente abrangido pelo dever de atuar no sentido da norma legal.

Entendemos, com TAIPA DE CARVALHO, que o fundamento do dever de auxílio - art.200.º - é a solidariedade humana que a todos obriga, em determinadas situações de perigo, para com o outro, e que no caso da recusa do médico - art. 284.º- funciona como causa justificativa da omissão de assistência médica, a circunstância referida no n.º 3 do art. 200.º, no sentido de que a omissão da realização de assistência médica não é punível nas situações em que envolva para o médico grave perigo para a sua saúde. O A. entende que este preceito legal deve ser lido da seguinte forma: “**A omissão de auxílio (médico) não é punível (= não é ilícita) quando se verificar grave risco para a integridade física do omitente(...)**”³⁰.

Além do mais, o art. 284.º dirige-se especialmente a profissionais de medicina e pressupõe um dever de auxílio especial, em circunstâncias fáticas especialmente graves de perigo para a vida ou de grave lesão para a saúde e integridade física de outrem, a que por vezes, acresce uma situação de monopólio. A violação do dever de auxílio fá-lo-á incorrer num crime especial face ao art. 200.º e, estando ambos em concurso, prevalece a aplicação do artigo 284.º, ao qual corresponde uma agravação da pena (art. 285.º).

É considerar ainda que, o crime de recusa de médico para VERA RAPOSO³¹, representa uma especificação do tipo legal de omissão de auxílio. Significa isto que o mesmo agente não pode ser condenado pelos dois tipos, porque a especificação contida no art. 284.º é mais exigente, quer quanto à conduta, quer quanto à pena cominada, que é substancialmente mais grave na recusa de médico do que na omissão de auxílio.

Contudo, cumpre referir que o art. 284.º afigura-se como «*a norma especial que possui todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva, ou subjetiva, denominados especializantes, apresentado por isso um «plus» de severidade.*»³²,tratando-se de um auxílio específico da sua profissão ou da sua

pessoal de garante. (...) procede então à distinção entre deveres de auxílio ou de assistência (que não são todavia o mesmo que os deveres gerais de auxílio pressupostos pelo artigo 200.º) que se deixam afirmar em face de sujeitos plenamente autónomos e responsáveis pela orientação da própria vida (...)", D.CUNHA, 2003, p.509 *apud* FARIA, 2017, p.180

³⁰ CARVALHO, 1999, Tomo II, “Comentário ao art. 284.º: Recusa de médico”, in *CCCP*, §13, p. 1020 (negrito do Autor); RODRIGUES, 2007, p. 188; e RAPOSO, 2013, p.184

³¹ RAPOSO, 2013, p.184

³² SILVA, 1997, p.310 *apud* RODRIGUES, 2007,in *Lex Medicinæ*, pp. 35-36

especialidade, a referida negação de auxílio configurará o crime de recusa de médico e não de omissão de auxílio, dado que a *lex specialis derogat legi generali*.

Tal como TERESA QUINTELA DE BRITO³³, insistimos na ideia de que o médico é mais severamente punido do que o cidadão comum, pelos seus especiais conhecimentos, e que esta punição mais gravosa tem como fundamento o facto de ser expectável que o médico, mesmo sem se encontrar numa posição de garante, tenha uma consciência mais apurada, um sentimento de solidariedade mais elevado, mais destreza e, por fim, uma maior preparação, inclusivamente psicológica para ajudar o outro.

³³ BRITO, 2006, p. 132

ii. Os Crimes de Omissão Imprópria

Segundo ANDRÉ LAMAS LEITE a omissão impura define-se como:

*(...) aquela que não está expressamente prevista na lei penal mas que resulta, ao invés, de uma tarefa hermenêutica do específico tipo legal no sentido de aferir da equiparação do desvalor do facere ao desvalor do non facere, a que acresce a existência de uma posição de garantia (...).*³⁴

Os crimes omissivos impróprios ou impuros são crimes materiais, que exigem a ocorrência de um resultado para a sua consumação. Embora também se caracterizem pela falta de atuação do agente, a lei considera que essa omissão é a causa do resultado descrito no tipo legal de crime, não apenas porque o agente não atuou, mas porque estava obrigado a impedir que o resultado se produzisse. Nestes crimes, a tipicidade depende da cláusula de equiparação prevista no art. 10.º, n.º 1, que supõe a existência de um dever de garante previsto no n.º 2 daquele preceito.

Estes crimes são compostos por sete elementos essenciais³⁵: a situação geradora do dever de agir, a imposição legal de agir, a posição de garante por parte do seu autor, a capacidade de ação do autor, a não realização da ação imposta pelo dever de garante, a produção de um resultado equivalente ao que seria produzido pela ação e a causalidade hipotética. Os delitos de omissão imprópria podem ser negligentes quando o tipo de crime assim o preveja, coincidindo, em parte, o dever de garante e o dever objetivo de cuidado.

O agente não tem apenas o dever de agir, mas o dever de agir para evitar o resultado. Os crimes de omissão imprópria adequam-se tipicamente aos tipos comissivos, pelo que são também denominados crimes comissivos por omissão. Por fim, é de notar que, é apenas nestes crimes que se coloca, com autonomia, a questão da titularidade do dever de garante, que obriga o agente a impedir a verificação do resultado típico (art. 10.º, n.º 2), como iremos ver *infra*.

³⁴ LEITE, 2007, p. 71 *apud* FARIA, 2017, p.158

³⁵ SILVA, 2012, p. 68

IV. A Interpretação do Artigo 10.º do Código Penal

O art. 10.º, sob a epígrafe “*Comissão por ação e por omissão*” regulamenta as situações em que o *omittere* é equiparado ao *facere* e prevê uma cláusula de extensão da punibilidade. Assim, a punição pelos crimes de resultado ocorre quer perante uma ação que permitiria a produção do resultado, quer face à inobservância de uma conduta capaz de evitá-lo, consagrando-se, neste âmbito, o recurso à teoria da causalidade adequada.

Vamos analisar mais em detalhe, cada um dos n.ºs que compõe esta norma legal e, iniciamos pelo seu n.º 1, que estabelece o princípio da equiparação geral da omissão à ação: “Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange situação só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo”. Este preceito prevê, na sua parte final, uma cláusula de salvaguarda³⁶, referida à necessidade de o intérprete-aplicador verificar a intenção do tipo legal³⁷.

FARIA COSTA defende que a parte final do art.10.º, n.º1, obriga a uma interpretação de 2.º grau, na medida em que, não se trata de saber se o comportamento do agente é ou não subsumível à factualidade típica, mas sim de questionar “(...) se a norma de proibição de resultado é ou não refratária à equiparação da omissão à ação”³⁸, o que aos olhos do A. é uma tarefa bem mais complexa e árdua. Considera, portanto que:

*(...) o efeito útil, juridico-penalmente útil, daquela ressalva reside, sobretudo, na chamada de atenção para o facto de se dever entender que o acto de interpretar, para mais quando estamos perante um claro alargamento das margens da punibilidade, se faça sempre tendo em conta a específica intencionalidade normativa revelada pelo texto-norma, isto é, tendo em consideração o âmbito de protecção da norma.*³⁹

O CP Germânico, no seu art. §13.º estabelece uma equiparação total. No entanto, FIGUEIREDO DIAS defende que o fundamento para a existência do art. 10.º traduz-se na análise, feita em cada caso concreto “(...) através de uma autónoma valoração da ilicitude (...)”⁴⁰, da correspondência no essencial entre o desvalor da omissão e o desvalor da ação prevista no tipo legal de crime. E tal correspondência apenas pode ter lugar nas situações em que sobre o agente recai um dever de evitar a produção do

³⁶“(…) salvo se for outra a intenção da lei”

³⁷ CARVALHO, 2016, p. 558

³⁸ COSTA, 1996, p. 394

³⁹ COSTA, 1996, p. 396

⁴⁰ DIAS, 2019, pp. 1071-1072

resultado lesivo ao BJ, i.e., de evitar a realização típica da norma incriminadora da PE. Podemos, por isso, afirmar que nos confrontamos não com uma equiparação total, mas antes com uma equiparação lata ⁴¹.

Os deveres de garantia ganham, nesta perspetiva, um papel fulcral ao nível da equiparação entre a ação e a omissão, não sendo entendidos como meros elementos do tipo de ilícito, cuja existência somente determinaria a punibilidade da comissão por omissão, assumindo-se também como elementos-chave do processo de equiparação.

A razão desta equiparação prende-se com o facto de existirem preceitos jurídicos que impõem certas condutas em ordem a evitar determinados efeitos, pelo que, quando se deixam de levar a cabo essas atividades, pode ser imputada a sua consequência ao omitente, tal como se ele ativamente o produzisse⁴².

TERESA QUINTELA DE BRITO⁴³ defende a equiparação total entre as formas de realização da conduta típica, quer exista, quer não, punição da comissão por omissão. Todavia não nos parece que seja esta a melhor leitura a fazer-se do art.10.º.

A doutrina entende que só pode haver equiparação da omissão à ação quando o agente for titular de um especial dever jurídico, pelo que o simples dever moral não pode ser considerado fundamento da posição de garante.

Por fim, cabe assinalar que a ressalva do final deste n.º 1 tem como efeito útil sinalizar que a interpretação a ser feita deve ter sempre em conta a intencionalidade normativa do texto-norma. Afinal, tanto interessam as atividades que possam produzir o resultado como as omissões que o possam deixar ter lugar, constituindo esta parte final da norma o elo de ligação entre o que é estabelecido no primeiro preceito do artigo e o que está previsto no seu n.º 2. Por outras palavras, o propósito da reserva é o de conferir

⁴¹ LEITE, 2007, pp. 129-130, explica que a diferença entre a ideia de equiparação total e o conceito de equiparação lata não reside apenas na sua diferenciação nominal: “Uma coisa é afirmar, como sucede com o §13 do StGB, que o aplicador está autorizado a equiparar o desvalor do *facere* e do *non facere* quanto a *todos* os tipos legais da PE (...) e outra, bem diversa, consiste em reconhecer que, *em geral*, a equivalência existe, no entanto, ela está sujeita a um juízo valorativo, a elaborar caso a caso, sobre se a conduta descrita se equipara, do prisma da ilicitude, à correspondente realização omissiva.”

⁴² Através desta norma que, em si mesma, expande as margens da punibilidade, reconhecemos uma específica intencionalidade político-legislativa e no recorte do seu (...) regime (...) sobre o qual gira a equiparação da omissão à acção no actual Código Penal (...) a existência de um dever jurídico de garante pela situação produção do resultado que recaia sobre o omitente (...) assume-se como o único elemento capaz de dar consistência à própria imputação do resultado sem resvalar em uma responsabilidade sem tipicidade ou em uma tipicidade diminuída (...), COSTA, 1996, p. 391

⁴³ BRITO, 2000, p. 99-100

às duas alíneas em causa um “*sentido único de ilicitude*”⁴⁴ que alicerce o fundamento da equiparação⁴⁵.

Pensamos que a equiparação da omissão à ação deve ser aferida, *in casu*, tendo o Juiz que proceder a uma avaliação relativa à ilicitude global da conduta. Caso o desvalor do *non facere* não seja equivalente ao desvalor da ação, tal significa que terá sido outra a intenção da lei, não podendo ser feita essa equiparação.

O n.º 2 deste preceito (sobre a qual nos iremos debruçar neste estudo) consagra o critério do dever jurídico pessoal de garante⁴⁶, contudo, a lei não procede à identificação, nem mesmo de modo exemplificativo, das situações em que o agente está, ou não, numa posição de garantia.

Repetimos que, para que possa ser feita uma equiparação da omissão à ação, devem os dois primeiros n.ºs do artigo serem tomados simultaneamente em consideração, só assim se atinge o verdadeiro “conteúdo de antinormatividade”⁴⁷ do resultado que tenha lugar. Ainda que a redação do n.º 2 tenha tido como propósito pôr fim às interrogações que se faziam sentir no nosso ordenamento jurídico face à problemática do dever de garante, a sua fórmula parece-nos demasiado vaga, pois nada diz quanto às fontes que fazem emergir tal dever. Por este motivo, vários são os As. que contestam a sua conformidade face à CRP, apontando-lhe uma lacuna de determinabilidade, da maior importância no DP.

Uma clara inovação do DP Português, cuja relevância não deverá ser ignorada, é o facto de o dever de garante, previsto neste preceito, dever ter um carácter pessoal. Isto revelar-se-á importante para a distinção entre a omissão pura, que vincula uma generalidade indeterminada de destinatários, e a omissão impura, vinculativa somente para quem preencha a posição de garante. Com efeito, o legislador, com o uso do adjetivo jurídico, procurou destacar a importância de um sentido material, de uma relação fáctica de proximidade entre os sujeitos, como fundamento do dever de garante. Este encontra-se intrinsecamente ligado à relação de confiança, dependência e proteção do sujeito perante um BJ ou uma fonte de perigo⁴⁸.

⁴⁴ DIAS, 2019, p.1072

⁴⁵ “O fundamento da equivalência corresponde ao ilícito da comissão por omissão e esse fundamento resulta da tomada em conta, *lado a lado*, dos n.os 1 e 2 do art. 10.”, LEITE, 2007, pp. 136-137

⁴⁶ “A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair o dever um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.”

⁴⁷ LEITE, 2007, p. 313

⁴⁸ Não se desconhecendo o importante papel reservado à doutrina e jurisprudência quanto à definição das condições concretas em que tal dever emergirá.

FARIA COSTA apresenta uma abordagem diferente. Para este A. é precisamente este dever de garantia que justificará a equiparação da omissão à ação, baseando-se o mesmo num imperativo de justiça, em termos análogos ao dever que surge das obrigações naturais, previstas no artigo 402.º do CC⁴⁹.

Quanto à indeterminação do dever jurídico de garante, sufraga ANDRÉ LAMAS LEITE que:

«É certo que um elemento do tipo-de-ilícito (“dever jurídico que pessoalmente o [ao omitente] obrigue a evitar (o) resultado”), não consta, expressis verbis, da lei. Porém, é ela própria que fornece ainda critérios de orientação e princípios heurísticos para o seu preenchimento»⁵⁰.

Por certo, é o legislador que remete para o aplicador de direito o apuramento de tal dever, através de um caminho lógico-interpretativo legalmente estabelecido, tendo de estar em causa um dever de natureza jurídica - e não de ordem moral, ética, entre outros-e esse dever tem de obrigar pessoalmente o agente a evitar a produção do resultado.

Da nossa parte, pensamos poder concluir que, ainda que não expressamente assumida, a intenção do legislador ao redigir este artigo terá sido a de consagrar a teoria material-formal no ordenamento jurídico-penal português. Assim, abandonar-se-á definitivamente uma conceção meramente formal e rígida do dever de garante e das fontes que lhe dão origem. Neste âmbito, e no seguimento de FIGUEIREDO DIAS, cremos que apenas a adoção de uma teoria «material-formal», como analisaremos *infra*, se demonstra suficiente para o cumprimento e respeito pelas exigências constitucionais de determinabilidade da lei penal.

Por fim, e numa breve referência ao n.º3 deste preceito, é de salientar que a atenuação especial da pena, além de não se poder aplicar à omissão própria, é meramente facultativa, devendo tal possibilidade ser avaliada em concreto pelo Juiz, quando entenda que as circunstâncias tornam a omissão menos censurável (art. 10º, nº 3).

⁴⁹ “(...) o agente deve, por um imperativo de justiça, atuar de modo juridicamente relevante. Sucede que, no campo do direito civil, a ordem jurídica só retira consequências a partir do momento em quem se realizou o cumprimento da obrigação- a valência normativa aqui exigida assenta no *facere*- enquanto, se estivermos dentro do direito penal, a ordem jurídica faz produzir consequências a partir de um *omittere*, a partir da omissão da expectativa comunicacional que a comunidade quer ver cumprida.”, COSTA, 1996, pp. 401-402

⁵⁰ LEITE, 2007, p.397

V. Dever de Garante

O dever de garante é um elemento ou momento do próprio juízo de ilicitude, que remete para uma valoração global sobre a ilicitude da conduta e que impende sobre a pessoa onerada de evitar um resultado. Se o omitente estiver incumbido do dever jurídico e pessoal de agir, fica constituído na posição de garante pela não produção do resultado, podendo consubstanciar-se a comissão de um resultado por omissão.

Em primeiro lugar, importa referir que as expressões “*posição de garante*” e “*dever de garante*”, frequentemente utilizadas com o mesmo significado, são conceitos distintos, cujas diferenças importarão, por exemplo, quanto à relevância do erro em sede de responsabilidade penal.

A posição de garante refere-se à situação fática em que se encontra a pessoa com a obrigação jurídica de evitar a lesão de bens alheios, enquanto o dever de garante consistirá, precisamente, no reflexo da consciência da ilicitude de que a não atuação em conformidade com a posição de garantia gera responsabilidade penal⁵¹. O dever de garante deriva da posição ou situação de garantia. É importante clarificar que por “dever jurídico” entendemos um dever que assenta numa relação de confiança suscetível de produzir efeitos jurídicos, que liga o garante à proteção de BJ determinados, revestindo especial relevo o facto de existir uma situação de dependência, o domínio pessoal faticamente intercedente entre o garante e o BJ que carece de proteção⁵².

Quanto à titularidade do dever de garante, há quem entenda que os garantidos são um grupo restrito de agentes escolhidos pelo legislador que têm especial relação de proteção com BJ alheios, devendo garantir a não ocorrência de um resultado que os lese ou os ponha em perigo e, por isso, concluem que a posição de garantia decorre do estreito vínculo existente *a priori* entre o omitente e o BJ protegido. Veja-se, o que sublinha TERESA QUINTELA DE BRITO⁵³:

O legislador não resolveu o problema da determinação da titularidade do dever de garante, deixando-o nas mãos do Juiz, (...) porque a determinação da fonte jurídica do dever e a violação deste, só por si, não são requisitos suficientes para a realização do tipo de ilícito por omissão impura, pois ainda necessário se torna que tal dever tenha a característica da pessoalidade, não sendo esta determinável in abstracto, pois assenta no apuramento de uma particular relação fática de proximidade do omitente com o bem jurídico a proteger ou com a fonte de perigo a controlar.

⁵¹ Neste sentido, LEITE, 2007, p.107

⁵² D.CUNHA, p.499 e ss *apud* DIAS, 2019, p.1087, §16

⁵³ BRITO, 2000, p.124, *apud* RODRIGUES, 2007, p.125

i. As Fontes do Dever de Garante

Perante o silêncio da lei acerca das circunstâncias em que existe e os limites que apresenta o dever jurídico que obriga o omitente a evitar o resultado, foram várias as correntes doutrinárias que se afirmaram com a intenção de estabelecer as situações em que o agente se encontra numa posição de garantia, das quais se destacam duas grandes posições: as teorias clássicas ou formais – “*centradas no estabelecimento das fontes jurídicas da posição de garante*”; e as teorias modernas ou funcionais – que “*procuram estabelecer a posição de garante recorrendo a critérios materiais*”.

A teoria formal foi desenvolvida por FEUERBACH⁵⁴ e defende que a responsabilidade por omissão supõe um fundamento formal do dever de agir, identificando como fontes a lei e o contrato. O seu pensamento foi mais tarde desenvolvido por SPANGENBERG e HENKEL que acrescentam a estas fontes a existência de uma relação estreita de vida ainda formalmente ancorada, e por STÜBEL que introduz também a criação precedente de um perigo que se identifica com a criação ilícita de um perigo. Posteriormente, STÜBEL acrescentou os casos em que o agente se encontrava numa situação de perigo previamente por si criada, passando as «situações de ingerência» a pertencer ao catálogo das fontes jurídicas do dever de garante e, constituindo-se, desse modo, o tríptico característico desta conceção, a lei, o contrato, e a ingerência.

TAIPA DE CARVALHO⁵⁵, que adota uma posição mais formalista⁵⁶ identifica como fontes do dever de garante: a lei, o contrato e a ingerência, sendo este também o entendimento plasmado no art. 11.º do CP Espanhol⁵⁷.

Por sua vez, a teoria das funções ou a teoria material, desenvolvida por KAUFMANN⁵⁸, sustenta que os deveres de garantia se fundam ou numa função de guarda

⁵⁴ DIAS, 2019, p.1088, § 17 e FARIA, 2017, p.170

⁵⁵ CARVALHO, 2016, p.564

⁵⁶ “(...) criticando à doutrina nacional quer a falta de rigor colocada na definição do dever de garante, quer o recurso a critérios de ordem material que considera colocarem em crise o cumprimento das exigências do artigo 10.º, n.º 2, que refere expressamente a existência de um dever jurídico, embora acabe por encontrar o conteúdo desse dever jurídico em critérios de juridicidade relativamente amplos, de índole ou cariz social, como aqueles que guiam o reconhecimento de deveres de solidariedade e de entajuda entre os membros de uma comunidade de perigo”. FARIA, 2017, p. 179

⁵⁷ “Artículo 11: Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

⁵⁸ DIAS, 2019, p.1090, § 23 e p. 1091

de um BJ concreto, ou numa função de vigilância de uma fonte de perigo. Esta construção dogmática radica na ideia de que as posições de garantia têm como fundamento a função de proteção de BJ confiada ao DP, razão pela qual apenas o incumprimento de um dever jurídico de atuar “(...)marcadamente pessoal e de modo íntimo relacionado com o bem jurídico a proteger e com a medida dessa proteção, motivava a responsabilidade criminal omissiva impura”⁵⁹.

A nossa doutrina entende que a melhor forma de concretizar os deveres de garantia passa pela conjugação das teorias material e formal, pois a fonte destas posições de garantia reside na valoração autónoma da ilicitude material, que vem complementar o tipo formal, pela qual a comissão por omissão se equipara à ação. Está subjacente ao fundamento das posições de garante a solidariedade do homem para com o homem dentro da comunidade, a “caridade” e o “amor ao próximo”.

Em Portugal, a teoria material-formal foi teorizada por FIGUEIREDO DIAS que defende que:

*A verdadeira fonte dos deveres e das posições de garantia reside em algo muito mais profundo, a saber, na valoração autónoma da ilicitude material, completadora do tipo formal, através da qual a comissão por omissão vem equiparar-se à ação na situação concreta, por força das exigências de **solidariedade** do homem para com os outros homens dentro da comunidade. Caso em que será a “proximidade existencial” do ‘eu’ e do ‘outro’, o situação dialógico do “ser-com-os-outros” e “ser- para-os-outros”, o situação da virtude cristã da “caridade” e do “amor do próximo” (...) que criam os deveres e as posições de garantia.⁶⁰*

As fontes do dever de garante subjacentes a esta teoria são, desde logo, a lei, o contrato e a ingerência, no entanto, foram acrescentadas três outras fontes deste dever: os deveres de proteção e assistência a um BJ (onde se incluem as relações de proteção familiar e análogas, a assunção de funções de guarda e de assistência e as “comunidade de vida”), os deveres de vigilância e controlo de uma fonte de perigo e as “posições de monopólio”.

FARIA COSTA⁶¹, procura densificar o fundamento material do dever jurídico de garante e afasta a ideia tripartida (lei-contrato-ingerência), pois entende que a equiparação da ação à omissão só é possível em nome da existência de uma relação comunicacional que tanto pode resultar da lei, ou de contrato, como de situações de

⁵⁹ LEITE, 2007, p. 169

⁶⁰ Contudo, alerta ainda que toda a manifestação imposta do solidarismo tem de se apoiar em um claro vínculo jurídico, DIAS, 2019, p.1092, § 25 (negrito do Autor).

⁶¹ COSTA, 1996, p.400

ingerência, comunidade de vida, comunidade de perigo e situação de monopólio, residindo o elo de ligação entre estas situações na possibilidade de o omitente intervir. De qualquer forma, o fundamento último desta posição de garante deve assentar no art. 402.º do CC, como sendo uma obrigação natural ou decorrente de um imperativo de justiça.

É de referir que PAULA RIBEIRO FARIA⁶² adota uma perspetiva formal-material das fontes do dever de garante e afirma que:

(...) o dever jurídico de garante tanto se pode deixar deduzir de fontes formais como a lei e o contrato, como da assunção voluntária (fáctica) de certos deveres que a doutrina civil reconhece como fundamento de responsabilidade no domínio contratual, ou da proximidade existencial ou material entre o agente e os bens jurídicos postos em perigo. Em abstracto, deixam-se identificar dois tipos de obrigações ou deveres: obrigações de protecção e obrigações de controlo de fontes de perigo.

A A. a propósito da relação médico-doente, considera que para o médico tanto há deveres de garante de natureza contratual no domínio privado como deveres de protecção no âmbito da prestação de cuidados de saúde no domínio público. A este propósito, e ainda no que toca ao domínio público, há quem entenda que a relação entre o médico e o doente tem natureza contratual⁶³.

⁶² FARIA, 2017, p. 182

⁶³ FARIA, 2017, p.182 e ss

ii. O Dever de Garante e o Artigo 284.º: A (in)existência da Posição de Garante do Médico

O médico, pelo simples facto de o ser, contrai um dever para com a sociedade (dever este extra-jurídico mas com grande relevo-ético-social) de prestar assistência e socorrer, sempre que a assistência lhe seja solicitada. Isto é, o médico assume a posição de garante ao assumir o tratamento do doente e parece ser bastante a aceitação do doente pelo médico para constituir uma relação fática de cuidado⁶⁴. No entanto, não é qualquer dever (ético ou deontológico) que é suficiente para que o médico fique constituído na posição de garante e, conseqüentemente, que lhe cumpra praticar a ação esperada para que o resultado típico não ocorra, porque o art. 10.º, n.º 2, exige que sobre o omitente recaia um dever jurídico e pessoal que o obrigue a evitar o resultado típico de certos delitos comissivos por ação.

A questão crucial é, então, a de saber quando é que o médico está sujeito ao dever de garante nos termos do art. 10, n.º 2, para além do dever genérico de auxílio que a sua profissão comporta. É de questionar ainda se o médico de urgência tem, simultaneamente, um dever de auxílio e o dever de garante, ou se tem apenas o dever de garante. Segundo TAIPA DE CARVALHO⁶⁵:

Dever de garante recai sobre os médicos que prestam e enquanto prestam serviço nos hospitais e sobre os médicos em geral relativamente aos seus clientes habituais, quando, evidentemente, não haja tempo para serem transportados a um hospital. (...) e ainda sobre os médicos que estão em serviço de urgência nos hospitais.

Para ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES⁶⁶, o médico de urgências está vinculado ao dever de assistência, um dever de proteção decorrente do conteúdo funcional de médico de urgências, pois encontra-se na exata situação prevista no art. 10.º, n.º 2, isto é, como garante do dever de evitar o resultado danoso, sendo certo que a posição de garante da não produção do resultado é um elemento do tipo dos crimes omissivos impuros que se funda justamente na qualidade pessoal de “médico de serviço”. Já oportunamente foi

⁶⁴ Neste sentido, o médico e penalista SCHMIDT: “ (...) o médico tem o dever de assistir os seus doentes sempre que tal assistência médica lhe seja solicitada, pela simples razão de ter escolhido a profissão médica estabelecendo-se como tal.”, RODRIGUES, 2007, p.131

⁶⁵ CARVALHO, 1999, Tomo II, “Comentário ao art. 284.º”, in *CCCP*, §8, p.1019

⁶⁶ RODRIGUES, 2007, p. 140

por nós esclarecido que está ultrapassada a fundamentação do dever de garante somente na lei, no contrato e nas situações de ingerência.

Porém, se atentarmos no que diz parte da doutrina espanhola, constatamos que a fonte do dever de garante do médico é o vínculo de confiança que emerge da assunção efetiva de tratamento por parte do médico. Nesta linha de coisas, SILVA SÁNCHEZ⁶⁷ defende que seria aceitável tornar garantes da vida ou da saúde das pessoas os médicos que não se comprometeram a tratar, sustentando a sua posição com base na premissa de que a fonte do dever de garante é a situação de ingerência, mediante o perigo provocado pelo próprio médico.

Pensamos que pode afirmar-se um dever de garante em todas as situações em que o médico acompanha regularmente o paciente, passando o paciente a confiar naquele médico. No entanto, aqui há uma anotação a fazer, nas situações em que o médico atua incumbido do seu dever de garante (que implica a exigência de suportar um risco maior que nos casos de omissão de auxílio), porque é o médico de família, p.ex., e se recuse a tratar o seu paciente portador de uma doença infecciosa, alegando o receio de se infetar, não se exclui a ilicitude da sua omissão. Pese embora a ação não seja juridicamente imposta, uma vez que a sua realização coenvolve riscos graves para a vida ou integridade (substancial – art. 144.º) do médico garante, a causa de justificação do art. 200.º, n.º 3 já não se aplica⁶⁸.

No nosso ordenamento jurídico a proximidade do médico e do paciente é consequência da aceitação, expressa ou tácita, do paciente pelo médico, pelo que, concluímos que o médico assume a posição de garante, quando assume o tratamento do doente. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS E SINDE MONTEIRO:

*(...) a aceitação pelo médico de um doente cria para aquele um dever jurídico (posição de garante) de evitar a verificação de um evento danoso para a saúde e a vida deste. Aceitação que, (...) é bastante que se traduza numa relação fáctica de cuidado assumido pelo médico perante o doente, capaz de fundamentar a proximidade socio-existencial de um e de outro (...).*⁶⁹

Por conseguinte, defende ainda FIGUEIREDO DIAS que é suficiente o disposto no art. 10.º, n.º 2, para vincular o médico ao dever pessoal e jurídico de evitar o resultado que a omissão da ação irá desencadear, exigindo-se ao médico que empregue o melhor

⁶⁷ RODRIGUES, 2007, p. 135

⁶⁸ Esta ressalva está prevista no art.200.º, n.º3, que refere que o médico não tem que colocar a vida em risco para salvar o doente, CARVALHO, 1999, Tomo I, “Comentário ao art. 200.º”, in CCCP, §23, p. 854

⁶⁹Responsabilidade Médica em Portugal, in Separata ao BMJ 1984, pp.50-51, apud, HENRIQUES E SANTOS, 2000, p.1307

do seu saber e do seu esforço. De notar também que o art. 284.º não prevê como requisito que o agente tenha um dever jurídico de garante (relação de dependência entre o obrigado e o beneficiário deste dever), pois, neste tipo legal, a existir, a fonte do dever de garante deriva de um dever profissional. Aliás, há quem entenda que:

*(...) o artigo 284.º só tem aplicação quando não se verificar uma posição de garante do médico relativamente aos crimes de ofensa á integridade física ou de homicídio, por via das equiparação à ação, nos termos do artigo 10.º- 2 do Código Penal.*⁷⁰

Há ainda que distinguir os casos de recusa de médico e de violação do dever de garante (art.10.º, n.º 2), porque só há violação do dever de garante quando, p.ex., há uma relação contratual entre o médico e o hospital, ou entre o médico e o doente. Deste modo, face às situações em que preexiste relação contratual entre o médico e o hospital, ou entre este e o doente (com base numa relação fática de confiança médica entre doente e médico) e sobre o médico recai o dever de garante, se a não prestação de assistência médica levar à ocorrência da morte ou de ofensas corporais graves, o omitente responderá por um dos crimes de resultado. Embora seja ainda necessário que, para além do dever de garante, a assistência que o médico podia prestar seja considerada adequada ou suscetível de impedir o resultado e ainda que, no plano subjetivo, exista dolo, relativamente à eventualidade de o perigo se concretizar em dano e à adequação ou suscetibilidade de a sua omitida assistência impedir a ocorrência do referido resultado (apenas falamos do dolo, uma vez que estamos a proceder à contraposição ao crime de recusa de médico que é um crime doloso; evidentemente que os crimes de resultado podem ser realizados por negligência).

Após concluirmos que o médico não se encontra sempre investido numa posição de garante, resta-nos questionar qual é a solução nos casos em que inexistente dever de garante e ocorre um resultado. Será possível a agravação da pena pelo resultado na ausência de posição de garante? O que vai decidir se estamos perante um crime de homicídio doloso, de ofensa dolosa grave à integridade física por omissão ou diante de um crime de recusa de médico (simples ou agravado) é, como já vimos, o facto de sobre o médico recair, ou não, o dever jurídico e pessoal de atuar em conformidade com a expectativa comunitária.

⁷⁰ RODRIGUES, 2007, in *Lex medicinae*, p. 29

O art. 284.º refere-se a um modo de vida, uma vez que está em causa a assunção de um modo de ser e estar em sociedade⁷¹. Para TAIPA DE CARVALHO, o agente responderá somente por crime de recusa de médico, quando não tenha uma prévia “(...) *posição e conseqüente dever jurídico de garante para com a vida ou integridade física do paciente(...)*”⁷² e quando o médico não preste a assistência médica, pese embora, e desde que, represente a efetiva situação de perigo para a vida ou lesão grave de integridade física e represente a eventualidade do resultado morte ou lesão grave do paciente, mas este não vem a concretizar-se, embora pudesse ter ocorrido em virtude da não assistência médica que ele podia e devia ter prestado. Por outro lado, se se verificar o resultado, o médico responde pelo crime de recusa de médico agravado pelo resultado, nos termos do art. 285.º. Na ótica do A. parece que o tipo de recusa de médico fica “reservado” para as situações em que o médico não tenha uma posição de garante da vida e integridade física do paciente.

Nos casos em que o médico incumbido do dever de garante nega dolosamente o auxílio da sua profissão e, em virtude disso, o paciente sofre um dano, seja no seu corpo, na sua saúde ou na sua vida, a não prestação de assistência médica não deve ser qualificada como crime de recusa de médico, simples ou agravado, mas sim como crime de homicídio ou de ofensas corporais por omissão⁷³.

No entanto, não é possível que a omissão de assistência médica, configure simultaneamente um crime comissivo por omissão negligente e um crime de recusa de médico pois, ou há dever de garante e dolo em relação ao resultado, e temos um homicídio doloso ou ofensa grave dolosa, ou há apenas dolo em relação à situação de perigo, apenas podendo existir o crime de recusa de médico com a eventualidade da negligência em relação ao resultado - art. 285.º⁷⁴. Porquanto, se existir dever de garante e negligência o agente responderá por crime de homicídio negligente - art.137.º - ou de ofensas corporais por negligência - art. 148.º, não fazendo sentido equacionar a hipótese de responsabilização por crime de recusa de médico agravado pelo resultado (art. 285.º) em concurso efetivo com o art. 148.º ou com o art. 137.º.

⁷¹ BRITO, “A expectativa de auxílio médico imediato, em caso de necessidade, da parte de quem pode e sabe prestá-lo, é pedra fundamental da vida em sociedade.”,2006, p.136

⁷² CARVALHO, 2018, p.35

⁷³ C.CUNHA prevê ainda que, o médico titular do dever jurídico de garante, possa praticar o crime de recusa de médico, pois reitera que este dever jurídico de garante não afasta o art. 284.º, embora admita que, em regra, existindo este dever a responsabilização será pelo crime de resultado e isso deve afastar a aplicação do art.284.º, pois, a responsabilização pelos tipos legais de resultado exigem-no uma vez que, estamos no âmbito da comissão por omissão e da equiparação da ação à omissão (art. 10.º/2), 2003, p.852

⁷⁴ Neste sentido, CARVALHO, 2018, p.37.

TERESA QUINTELA DE BRITO⁷⁵ entende que, quando sobre o médico recai o dever de garante e este dolosamente negar o auxílio da sua profissão, não impedindo negligentemente a morte ou a lesão substancial da integridade física do paciente, terá que ser punido em concurso efetivo, pelo crime de recusa de médico – art. 284.º e pela ofensa corporal grave ou homicídio negligente, pois só assim lhe será aplicada uma pena mais grave do que a cominada na agravação do art. 285.º.

Imagine-se agora que o médico tem um dever de garante, mas atua com dolo de perigo, tendo lugar a morte. Estamos perante um caso em que podemos deparar-nos com uma lacuna de punição, pois se admitirmos que o art. 284.º pressupõe a inexistência do dever de garante, não o podemos punir por esse tipo legal, mas uma vez que apenas houve dolo de perigo também não o podemos responsabilizar pelos tipos legais de resultado. No entanto, defendemos com TAIPA DE CARVALHO que, nas situações em que recai sobre o médico o dever de garante, ou ele representa a eventualidade da ocorrência do resultado e não presta a assistência médica possível, adequável, expectável até, e comete um crime comissivo por omissão doloso, ou não representa o resultado, mas apenas o risco, e nesse caso, ou existe negligência, ou não é possível punir o médico (mas na maior parte dos casos em que representa o risco também representará o resultado)⁷⁶.

TERESA QUINTELA DE BRITO⁷⁷ considera não haver distinção entre o “mero” dever de assistência médica imposto pelo art. 284.º e o dever jurídico de garante de base contratual do médico para com o paciente, ou do médico para com o hospital, afirmando que o dever de assistência imposto pelo art. 284.º resulta para o médico num dever de garante igual ao que advém de um prévio vínculo contratual entre o médico e o paciente ou entre o médico e o hospital, onde aquele presta serviço e a que este recorre.

A A. entende que o critério delimitador do crime de recusa de médico em relação aos crimes de resultado deverá basear-se no plano subjetivo. Por esta razão, autonomiza o dolo da situação de perigo para a vida ou saúde, do dolo da eventualidade de ocorrência do resultado morte ou lesão grave da saúde, defendendo que quando exista este dolo da eventualidade de concretização do perigo, o crime cometido pelo médico é o crime de homicídio ou de ofensas corporais, por omissão, mesmo que não recaia sobre o médico um dever jurídico de garante preexistente.

⁷⁵ BRITO, 2006, p.144.

⁷⁶ CARVALHO, 2018, p.39

⁷⁷ BRITO, 2002, p. 392

No que toca à relação entre o art. 284.º e os crimes dos arts. 131.º e 144.º, para TAIPA DE CARVALHO existe uma relação de subsidiariedade havendo, por isso, um concurso aparente⁷⁸.

Porém, ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES⁷⁹ entende que esta relação se traduz numa consumpção, uma vez que o crime de recusa de médico é uma fase de realização para o crime de homicídio ou ofensas corporais graves sendo, por isso, um crime progressivo relativamente a estes.

Se estivermos perante um caso de um médico em serviço no hospital, que foi chamado para tratamento de um doente (que, desde logo, o incumbe num dever jurídico de garante) e se se verificar uma situação de perigo da qual o médico está consciente existindo, por isso, dolo (ainda que eventual) e da conduta omissiva advierem danos no corpo, na saúde ou na vida do paciente, segundo este A., o médico omitente pode vir a ser responsabilizado pelos danos que este possa padecer, uma vez que não praticou a conduta adequada a evitá-los. Porém, este médico não deverá ser punido pelo tipo legal de recusa de médico, mas sim pelo crime de ofensas corporais por omissão ou de homicídio por omissão, porque note-se, invocando a *regra ne bis in idem* os referidos crimes de resultado consomem o de recusa de médico (*lex consumens derogat legi consumptae*).

Contudo, a opção por um dos ilícitos, nem sempre é pacífica e depende sempre do contexto, atente-se no caso do Ac. STJ de 07-01-1993⁸⁰, onde era relevante o facto da parturiente já ter iniciado as contrações que marcam o trabalho de parto, porque caso as contrações não se tivessem iniciado, o tipo legal que se afigurava mais adequado seria o art. 143.º, porque estaríamos perante uma comissão por omissão e era necessário imputar ao médico o dever de garante. Por outro lado, se existisse dever de garante, as contrações já se tivessem iniciado e o obstetra, nesse momento, se tivesse recusado a intervir o crime em causa seria o de ofensas dolosas à integridade física por omissão. No caso de inexistir dever de garante punia-se o agente pelo crime de recusa de médico agravado pelo resultado (art. 285.º).

Por fim, é passível de conceber ainda que não há dever de garante sempre que o beneficiário recusa, por uma decisão livre, séria e expressa, a ação de garante. No

⁷⁸ Já haverá concurso efectivo (real) entre o crime de ofensas corporais ou de homicídio por negligência médica e o crime de recusa de médico. CARVALHO, 1999, Tomo II, “Comentário ao Artigo 284.º: Recusa de Médico”, in *CCCP*, §24, §25, §26, p. 1025

⁷⁹ RODRIGUES, 2007, in *Lex Medicinae*, p.33

⁸⁰ C.CUNHA, 2003, p. 819

entanto, há aqui uma ressalva a fazer, pois entendemos com TERESA QUINTELA DE BRITO⁸¹ que, quanto ao médico, o dever de tratamento não deve cessar, porque estes agentes de saúde têm a especial função de garantia de bens jurídicos – sobretudo de bens como a vida e a saúde dos pacientes.

Porém, e mais do que saber quais as situações específicas em que há este dever de garante, não nos parece ser aceitável tornar os médicos garantes da vida ou da saúde de pessoas que não se comprometeram a tratar, porque isso estenderia sua responsabilidade a limites absurdos, baseado no facto de terem conhecimentos específicos na área, pelo que, preconizamos uma ideia de que devem ser reduzidas as situações de garante dos médicos aos casos em que estes tenham assumido efetivamente o tratamento do paciente e naqueles onde o paciente esteja nas “mãos” do médico.

⁸¹ ALBUQUERQUE, 2015, p.124

VI. *Case Studies* Pragmáticos da Jurisprudência Nacional

Para uma melhor compreensão da temática que aqui é objeto de estudo torna-se imperioso que façamos uma aplicação prática dos conceitos que até agora temos vindo a expor, de modo a consolidar a nossa opinião no que concerne à responsabilização do médico pelo crime de recusa de médico, e a constatar a dificuldade por nós já exposta e frequentemente sentida pela nossa jurisprudência, em identificar o dever de garante dos médicos e, em virtude disso, punir pelos tipos legais adequados.

Somos da opinião que os nossos tribunais perante casos em que sobre o médico recai o dever jurídico de garante, em vez de resolverem a questão da não prestação de cuidados médicos no quadro dos crimes de homicídio ou de ofensa grave da integridade física por omissão, recorrem, ainda que incorretamente, ao crime de recusa de médico. Na esteira de TAIPA DE CARVALHO, entendemos que:

*(...) os nossos tribunais têm cometido o erro de transformarem o artigo 284.º (“recusa de médico”) num injustificado benefício dos médicos, (...) têm, injustificada e contraditoriamente, assumido e aplicado (...) este artigo 284º como um substitutivo da responsabilidade penal dos médicos pelo crime de homicídio ou de ofensas corporais graves por omissão.*⁸²

Com efeito, o tipo de ilícito do crime de recusa de médico refere-se aos casos em que, não existindo um dever de garante que obrigue o médico a impedir a produção de um resultado lesivo para o seu utente, a sua atuação presume uma maior consciencialização, preparação “(...) e um mais elevado sentido de solidariedade (...)”⁸³ para auxiliar o outro, em comparação com o auxílio imposto pelo dever geral consagrado no crime de omissão de auxílio (art. 200.º). Ao invés, nas situações em que o médico se encontre numa posição de garante, a não prestação da devida assistência médica, cumpridos todos os outros pressupostos, traduz-se na prática de um crime de homicídio ou de ofensa à integridade física por omissão.

⁸² CARVALHO, 2018, p.43

⁸³ C.CUNHA, 2003, p.850

i. Análise do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-06-2009 na perspetiva do Crime de Recusa de Médico⁸⁴

No que para este estudo importa, iremos analisar este Ac. apenas do ponto de vista da responsabilidade da médica e, por ora, somente nos vamos pronunciar pela prática do crime de recusa de médico, p.e.p. nos arts. 284.º e 285.º.

No caso *sub judice* está em causa o comportamento de uma médica (B) que era a única obstetra de serviço no Hospital, encontrando-se, em regime de presença física, com a obrigatoriedade de permanecer nas instalações.

A médica fazia o seguimento clínico da gestação da parturiente (P) e, nesse dia, decidiu interná-la e provocar o parto. No entanto, por volta das 17 horas decidiu ausentar-se do hospital para se deslocar a casa, deixando os trabalhos de preparação e condução do parto ao encargo de uma enfermeira (C), pelo menos até às 21 horas.

Quase a chegar o momento do parto, B foi contactada por C, que lhe solicitou (insistentemente) que se dirigisse de volta ao Hospital, uma vez que P estava muito ansiosa por não ter voltado a ver a médica. B respondeu-lhe que: “(...)se estavam duas parteiras no Hospital era para trabalhar, porque também o ganhavam”. Chegado o período expulsivo, C, juntamente com outra enfermeira, transferiu P para o bloco de partos. Todavia, P encontrava-se demasiado exausta para colaborar no nascimento do filho, acabando o feto por ficar encravado. Novamente contactada e face aos insistentes pedidos de C, B decidiu voltar ao hospital, mas já era demasiado tarde, pois o feto já estava em dioxia há pelo menos dez minutos e em sofrimento há cerca de duas horas.

Foi dado como provado que a permanência do feto no canal do parto provocou-lhe dificuldades respiratórias, cada vez mais graves e, por conseguinte, falta de oxigenação do sangue, com inerente perigo grave para a sua integridade física e até para a sua vida; que desde o início do período de parto até ao momento em que a médica o conseguiu fazer nascer, o feto manteve-se em sofrimento fetal agudo, que revelava asfixia perinatal, surgida durante o parto; e, ainda, que tal situação de perigo apenas poderia ter sido removido pela intervenção médica da arguida, logo nos momentos iniciais. Como consequência direta e necessária da asfixia perinatal a que foi sujeito, o bebé sofreu um edema cerebral, acabando por nascer com uma paralisia cerebral e epilepsia, atrasos no desenvolvimento psico-motor e microcefalia, sendo avaliado com uma incapacidade permanente de 95%. Em suma, se não fosse a conduta de B - de se ter

⁸⁴ Em sede de processo n.º 186/05.8TAMD, sendo relator António Gama, disponível em www.dgsi.pt, acedido em 05-03-2021.

ausentado do hospital, não tendo acompanhado o parto, e de se ter recusado a prestar o auxílio médico necessário e solicitado aquando da primeira chamada telefónica, em tempo útil – o bebé não nasceria com as sequelas com que nasceu.

Conhecidas as circunstâncias específicas do caso em apreço, impõe-se analisar de que modo o comportamento da médica obstetra constitui uma conduta de realização típica do crime de recusa de médico agravado pelo resultado (arts. 284.º e 285.º) – nos termos do qual a B foi condenada pelo TRP.

Começamos desde já por apontar uma crítica a este Ac., porque no caso existem dois ofendidos, P que sofreu dores físicas e psicológicas e o nascituro que sofreu lesões a nível da sua saúde. Porém, o TRP analisou o crime de recusa apenas quanto ao filho uma vez que entende que a omissão de B verifica-se depois de iniciado o ato de nascimento (após o início das contrações ritmadas, intensas e frequentes que previsivelmente culminarão com a expulsão do feto), pelo que, quando o parto estava eminente, o nascituro estava incluído no âmbito e no fim de proteção da norma do art. 284.º, como do art. 144.º. Dúvidas não existem quanto ao facto de este crime ser específico e, por isso, só puder ser praticado por agente médico, requisito este que se encontra preenchido, uma vez que a arguida é médica obstetra.

O crime de recusa de médico pressupõe a verificação de uma situação de perigo preexistente e, como ficou provado, foi a ausência da arguida que, no momento do parto, teve como consequência o encravamento do feto no canal de parto, gerando um perigo iminente para a sua integridade física, e até para a sua vida.

Torna-se pertinente fazer a separação dos diversos momentos temporais relevantes para o caso: um primeiro, em que B tinha já ordenado que fosse provocado o parto e se ausenta do hospital para sua casa; um segundo momento, em que C telefona pela primeira vez a B, solicitando a sua presença, dado que P estava muito ansiosa nos instantes prévios aos parto; e um terceiro momento, em que é novamente solicitada a presença de B porque o parto estava a decorrer com dificuldades, voltando esta para o hospital.

Na verdade, tal como a decisão recorrida considerou, não poderá dizer-se, em relação ao primeiro momento, que a médica recusou o auxílio da sua profissão perante uma situação de perigo para a vida ou integridade física de outra pessoa, na medida em que não existia ainda um perigo concreto, como exigido pelo tipo legal de crime.

Já em relação ao segundo momento, conclui o Ac. em apreço que a solicitação de intervenção da médica por parte de C, devido ao estado de ansiedade da P, é suficiente

para que tomasse conhecimento da situação de perigo⁸⁵, dando-se assim como preenchido o segundo requisito: o facto de B não se ter dirigido de imediato ao hospital no momento em que tomou conhecimento da situação de perigo consubstancia uma recusa, uma vez que o termo recusar não deve ser entendido no seu sentido estrito de negação de um pedido, mas sim num sentido amplo, compreendendo tanto a não aceitação, como o protelar e a indiferença. Por último, a intervenção de B era imprescindível para remover o perigo de lesão grave da integridade física do bebé, pois só esta poderia ter levado a cabo o parto sem complicações, uma vez que o perigo não poderia ser removido de outra forma.

A decisão recorrida afastou o preenchimento do tipo de recusa de médico porque entendeu que quando a médica se recusou a comparecer não existia ainda perigo para a vida ou para a integridade física do feto, o que discordamos, porque a médica foi informada pela enfermeira das dificuldades que se estavam a fazer sentir na sala de partos e a médica como experiente que é sabe que o perigo, ainda que em abstrato, para a vida ou integridade física existe sempre em qualquer parto, sendo também do conhecimento da arguida que, de um momento para o outro um parto se pode complicar, razão pela qual é necessária a presença da obstetra para atempadamente tomar decisões e desenvolver práticas que só ao médico cabem. Além de que, de um momento para o outro, a situação pode reclamar a tomada de decisões e o fator tempo (mais uns minutos, menos uns minutos) pode fazer a diferença entre a vida e a morte, o que configura, em abstrato, a recusa de médico, pois como já afirmamos no decorrer deste estudo, pode haver recusa no caso de simples inércia do agente.

Contrariamente ao exposto na decisão recorrida, entendemos que existiu de facto um perigo concreto grave para a integridade física do nascituro e da sua mãe, que claramente foi do conhecimento da arguida, pois foi-lhe dito pela enfermeira que precisava da sua ajuda. Considerou-se também que a arguida desconhecia o perigo e, por isso, não existiu dolo, o que levava a que a sua responsabilidade criminal fosse afastada porque o crime não é punível a título de negligência. Ora, a arguida tinha consciência, em virtude da sua experiência e conhecimentos, do perigo de grave lesão que a integridade física do feto e da parturiente corriam e sabia também que a sua presença para pronta atuação era indispensável. Ao não estar no hospital como era sua

⁸⁵ “Uma mãe em primeira gravidez, que na fase final de um parto prolongado entra em ansiedade, como muito bem sabe a arguida, é uma mãe que dificilmente vai colaborar adequadamente na expulsão do feto. E sem colaboração da mãe o feto só pode ser tirado com intervenção do obstetra, que em tempo oportuno terá que decidir qual a melhor via (...)” Cf. Ac. TRP de 03-06-2009, p.11

obrigação, ou ao não ter regressado como lhe foi insistentemente pedido, é porque venceu no seu íntimo a vontade de recusar assistência médica, pelo que, poderá concluir-se que, no mínimo, se conformou com esse perigo, demonstrando uma atitude de indiferença, atuando, deste modo, com dolo eventual.

A decisão recorrida entendeu que o perigo poderia ter sido removido de outra forma uma vez que estavam duas enfermeiras experientes na sala, bem como existiam outras médicas no hospital. É notório que o perigo não poderia ter sido removido de outra forma, porque se pudesse não teriam as enfermeiras esperado que a médica viesse para o hospital para realizar o parto, o que vêm a revelar que a sua atuação se afigurava adequada e indispensável.

Esgotados os elementos objetivos do tipo-de-ilícito, resta-nos analisar a tipicidade subjetiva do crime de recusa de médico: trata-se de um tipo legal doloso, sendo exigido um dolo de perigo concreto. Ou seja, o agente tem de representar o perigo para a vida ou o perigo de lesão grave da integridade física da outra pessoa, estar consciente da “indispensabilidade e adequação” do auxílio médico que poderia prestar, e conformar-se com tal situação. Neste âmbito, a doutrina tem vindo a defender que a passividade e as atitudes de indiferença por parte do médico são suficientes para a afirmação de um dolo eventual, por demonstrarem que, apesar de ter consciência do perigo e da imprescindibilidade (para remoção do perigo) de auxílio médico, que poderia prestar, no mínimo, se conformou com esse perigo.

Note-se, no entanto que, no terceiro momento temporal enunciado, após uma segunda solicitação de ajuda, B dirige-se de volta ao hospital e presta a assistência médica necessária à remoção do perigo concreto. Contudo, tal como conclui o Ac. em apreço, nesse momento a médica obstetra já não compareceu em tempo útil, na medida em que se tinha já produzido uma lesão grave para a integridade física do feto.

Explica TAIPA DE CARVALHO que, a consumação do crime “(...) ocorre no momento em que o médico, depois de “constatar” a situação de perigo, não presta (omite) a assistência médica considerada suscetível de remover ou de reduzir o perigo para a vida ou saúde”⁸⁶, razão pela qual se pode concluir que, nesse terceiro momento, a médica obstetra tinha já praticado o crime de recusa de médico, nos termos do art. 284.º.

Face ao já aqui exposto, parece ser de concluir, atendendo aos bens jurídicos em causa, ao preenchimento dos elementos objetivos e subjetivos do tipo, na mesma senda

⁸⁶ CARVALHO, 2018, p.49

que este tribunal pela existência do crime de recusa de médico, pois dúvidas não parecem restar que existiu recusa de cuidados médicos por parte da arguida e que por isso, está verificado o crime do art. 284.º com a agravação pelo resultado de ofensa à integridade física do art. 285.º.

ii. O Caso do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (22-02-2012) Segundo a Aplicabilidade dos Crimes de Resultado na Ótica do Dever de Garante⁸⁷

No caso em apreço optamos por não reproduzir novamente os factos, nem analisar do ponto de vista da consumação do crime do art. 284.º, uma vez que o caso é muito semelhante, tão semelhante que há considerações tecidas *ipsis verbis* e que se repetem nos dois acórdãos. De forma a que, nesta fase do nosso estudo, já se impõe uma visão deste caso na ótica da (in)existência do dever de garante do médico, que irá reclamar uma solução diferenciada.

Tanto o Ac. analisado no ponto antecedente como este são casos típicos em que os tribunais portugueses desconsideraram a existência do dever jurídico de garante da médica, pese embora exista (chega até a ser mencionado no Ac.⁸⁸) e optam pela aplicação do crime de recusa de médico.

Ora, é de entendimento unânime na doutrina que um médico de serviço numa unidade hospitalar tem, por força do contrato que o vincula ao hospital, um dever jurídico de garante em relação aos utentes que aí derem entrada⁸⁹.

Todavia, o tribunal, mesmo tendo reconhecido o dever de garante que impedia sobre a arguida, dado que esta acompanhou a parturiente durante toda a gravidez, razão pela qual existia uma relação de confiança expectável entre ambas, imputou-lhe o crime do art. 284.º, ao invés do crime de comissão por omissão de ofensas corporais graves do art. 144.º, alínea b).

O tribunal justifica esta punição porque entende que o facto do art. 284.º não exigir esse elemento, não significa que a presença de tal elemento impeça a sua aplicabilidade.

Na verdade, o crime de recusa de médico apresenta-se como subsidiário em relação a tipos legais de crimes que apresentem maior exigência no preenchimento do tipo-de-ilícito e maior severidade na punibilidade das condutas que os realizam, como é o caso do homicídio doloso e da ofensa grave da integridade física dolosa.

⁸⁷ Ac. TRP de 22-02-2012, em sede de processo n.º 186/05.8TAMD.L.P1, sendo Relatora Maria Dolores Silva e Sousa, acedido em 10-03-2021.

⁸⁸“(…) impedia sobre a arguida B..., um dever jurídico de garante. O facto de este tipo de ilícito, art. 284.º do CP, não exigir esse elemento, não significa que a presença de tal elemento impeça a sua aplicabilidade.”

⁸⁹ Nesse sentido, C.CUNHA, 2003, p.823; CARVALHO, 2018, p.34; e BRITO, 2002, p.392

É de notar que, neste caso, a existência do dever de garante da médica verifica-se pelo simples facto de esta estar em serviço no hospital, uma vez que, a parturiente deu entrada nesse serviço e a médica foi chamada para tratar da doente, aceitando o seu tratamento.

Tal como aconteceu no Ac. do TRP de 2009, a conduta só foi avaliada quanto ao filho⁹⁰, e deveria ter sido equacionado o facto de a vida da mãe ter sido posta em perigo e, neste caso, além do crime comissivo por omissão de ofensas corporais graves na pessoa do bebé, que ficou a sofrer de paralisia cerebral grave com 95 % de incapacidade permanente (art.144.º, alínea b), também poderia ter havido lugar à imputação das ofensas corporais graves na pessoa da mãe, pelo art. 144.º, alínea d) que sofreu danos físicos e psicológicos por causa do prolongamento das dores do parto.

É ainda criticável e de difícil compreensão que, apesar de o tribunal ter reconhecido o dever de garante que impendia sobre a médica, mesmo assim, a ter condenado no crime de recusa de médico, ao invés do art. 144.º, alínea b), quanto ao nascituro.

Ponderada a prática de um crime de ofensa à integridade física grave por omissão, nos termos dos arts. 10.º e 144.º, a nosso ver, a existência de um dever jurídico de garante, impõe que se analise, num primeiro momento, a possibilidade de responsabilidade penal por comissão por omissão. O que não significa que, se no caso concreto tivermos perante uma omissão de prestação de assistência médica por parte de um médico que se encontre numa posição de garante, não haja possibilidade de aplicação dos arts. 284.º e 285.º.

É notório que estamos perante um erro na apreciação e punição, contudo, parece ser prática deste tribunal, uma vez que o mesmo se passou no Ac. do TRP de 03-06-2009. Note-se que a punição a título de omissão impura apenas ocorre quando seja imputável ao agente o dever de garante, e o crime do art. 284.º é um crime de omissão pura que não prevê a punibilidade na presença desse elemento.

É correto afirmar que o facto do art. 284.º CP, não exigir esse elemento, não significa que a presença de tal elemento impeça a sua aplicabilidade, porém na presença de tal dever jurídico de garante, o médico deverá ser responsabilizado pelo crime de resultado por omissão (homicídio ou ofensas corporais), afastando-se assim a aplicação do crime de recusa de médico. Não obstante isto, a afirmação de um dever de garante também não implica imediata e necessariamente a responsabilização pelos crimes de

⁹⁰ No caso, o ofendido é um nascituro que sofreu lesões a nível da sua saúde, vd. p. 20

resultado a título doloso, porque pode não ocorrer o resultado, mas existir apenas o perigo e, nestes casos, pode haver punição pelo art.284.º.

Veja-se ainda que a existência deste dever de garante aumenta o grau de exigência de apreciação da sua conduta, o que faz com que ao art. 144.º, alínea b) corresponda uma pena de prisão de dois a dez anos, ao passo que o art. 285.º (referimo-nos a este artigo porque o tribunal reconhece tratar-se de uma agravação pelo resultado) apenas prevê uma agravação de um terço à moldura prevista para a recusa de médico, em que a pena de prisão é de cinco anos.

Porquanto, se concluirmos que sobre a médica recaía uma posição de garante, e que esta posição aproveita tanto à mãe como ao filho, parece-nos que a conduta da médica face à criança devia ter sido subsumida no art. 144.º, alínea b), uma vez que a pena é mais gravosa.

Em suma, no que toca à mãe, embora não se tenha verificado qualquer lesão física, pelo menos do que o Ac. relata, existiu um perigo para o corpo e para a saúde e, é evidente uma posição de garante da médica⁹¹. Termos em que, não obstante a presença do dever de garante que onera a médica e apesar de o TRP não se ter pronunciado sobre tal facto, entendemos que, no que toca à parturiente, existiu crime de recusa de médico⁹² (visto que não se verificou qualquer resultado, apenas um perigo) pelo que, a avaliar a conduta da médica e eventual crime quanto à parturiente, o tipo legal que se afigura mais apropriado é o do art.284.º.

⁹¹ Devido à preexistência de uma relação fática de confiança entre as partes - a obstetra acompanhou a parturiente durante a gravidez e assumiu o seu efetivo tratamento aquando do internamento para a realização do parto no dia que esta deu entrada no serviço do hospital.

⁹² Do mesmo entendimento, RAPOSO, 2013, p.192

VII. Considerações Finais

A responsabilidade (penal) médica tem fundamento numa ação ou omissão típica, que em certos casos supõe a produção de um resultado. No exercício da Medicina, o médico pode cometer crimes negligentes ou dolosos, sendo que nestes últimos releva a vontade do agente – que é a de produzir o resultado danoso ou de, pelo menos, assumir como possível a ocorrência do resultado (dolo eventual).

A ação ou omissão por parte dos profissionais de saúde pode pôr em causa a vida ou a integridade do paciente e, em tese, podemos estar perante atos suscetíveis de se subsumirem a crimes de resultado ou a crimes específicos de mera conduta (omissão), como o de recusa de médico.

A omissão jurídico-penalmente relevante traduz-se na ausência da ação esperada por parte do agente, sempre que lhe pudesse ser exigida essa ação, é a violação de uma imposição legal de agir.

A omissão médica obriga à verificação de outros requisitos: a violação do dever jurídico de agir e a capacidade concreta de agir. Há duas modalidades de omissão médica: a omissão própria e a omissão imprópria, sendo que, por vezes, é difícil de saber como enquadrar a omissão do médico, problema que tentamos aprofundar, uma vez que, constatamos que a jurisprudência tem dificuldades de apontar qual a melhor solução dogmática para responsabilizar penalmente o médico pela sua omissão.

A comissão por omissão obriga ao preenchimento das condições da cláusula de equiparação de omissão à ação prevista no art. 10.º. Essa equiparação assenta, fundamentalmente, na existência e violação do dever que obriga a evitar a produção do resultado no caso concreto, vulgarmente designado por dever de garante (a responsabilização tem lugar através dos tipos legais de resultado).

Analisada a questão da constitucionalidade do art. 10.º do CP à luz da exigência da determinabilidade da lei penal (art. 29.º da CRP), uma vez que neste artigo não se identificam, nem mesmo de forma exemplificativa, as situações em que o agente se encontra numa posição de garantia, chegamos à conclusão de que apenas adotando uma posição «material-formal» de concretização e determinação dos diversos planos de garantia, é que se podem considerar cumpridas tais exigências constitucionais.

Realizado o estudo da omissão jurídico-penalmente, quer à luz dos tipos legais de resultado, quer sobre o ponto de vista do crime de omissão pura do art. 284.º

encontramo-nos neste momento em condições de analisar o problema que nos propusemos com este trabalho.

Afinal, em que termos deve ser penalmente responsabilizado o médico em serviço na urgência que se recusa a prestar assistência?

Estamos certos de que o médico tem um dever de assistência, inerente à sua profissão. Nos casos em que presta, e enquanto presta, serviço hospitalar na urgência, ou quando é médico de família, ou o obstetra que acompanhou a gravidez da parturiente, encontra-se investido no dever de garante que o fará incorrer num crime comissivo por omissão, uma vez que a sua conduta não é enquadrável num crime de omissão pura como o de recusa de médico, que pressupõe a inexistência de um dever de garante.

No entanto, isto não é tão linear assim: por vezes, há situações em que pode ser necessário aplicar o art. 284.º a um garante. Referimo-nos aos casos em que o médico garante não atua com dolo relativamente ao resultado, mas apenas com dolo de perigo. O afastamento deste tipo legal em todas as situações em que o médico está incumbido do dever de garante, levar-nos-ia a incorrer numa lacuna de punição. Os tipos legais de resultado pressupõem o dolo de lesão, e se o médico atuar com dolo de perigo, em tese, não podemos punir o médico pelo tipo legal de resultado, mas também não poderíamos punir pelo tipo legal de recusa de médico. Não nos parece esta a melhor solução, pelo que admitimos que, nesse caso, se aplique o art. 284º a médicos titulares de um dever de garante.

Fora destes casos, tratando-se da prestação de assistência médica em contexto hospitalar recai sobre o médico o dever jurídico de garante em relação à vida ou à integridade física do doente. Por essa razão, a recusa da assistência médica hospitalar, traduz-se, de modo geral, e nos casos em que forem preenchidos todos os pressupostos, na prática de um Crime de Homicídio ou de Ofensa à Integridade Física Grave, por omissão.

Nos casos em que não seja de imputar a morte da vítima, ou a lesão substancial da sua integridade física à conduta omissiva do médico por falta do dever de garante, terá lugar a aplicação do crime de recusa de médico, nos termos do art. 284.º do CP, tal como nas situações em que, mesmo que seja possível afirmar a responsabilidade penal por comissão por omissão, a aplicação do art. 284.º e 285.º do CP se traduza na aplicação de um moldura penal mais gravosa.

A partir da análise jurisprudencial realizada, concluímos que os nossos tribunais têm cometido o erro de transformar o art. 284.º num injustificado benefício para os médicos. Na verdade, o médico só deve responder por este tipo legal nas situações em que não está incumbido do dever de garante. Nestes casos, este artigo deveria afigurar-se como uma “omissão de auxílio qualificada” e agravada em relação ao art. 200.º, pela qualificação do agente. No entanto, o que tem sucedido é que a aplicação do art. 284.º surge como um substitutivo da responsabilidade penal dos médicos pelos crimes de homicídio ou de ofensas graves por omissão.

Constatou-se também que apesar dos agentes médicos se encontrarem numa posição de garante para com os doentes, resultante do facto de estarem em serviço de urgência nos hospitais, os tribunais, quer de 1.ª instância, quer a Relação, ou até mesmo o STJ, ao invés de atenderem ao dever jurídico de garante e por força deste condenarem os médicos pelos crimes supramencionados, qualificam a omissão de assistência como “mero” crime de recusa de médico (arts. 284.º e 285.º).

Isto leva-nos a concluir que é necessário ponderar o caminho que tem vindo a ser seguido pelos nossos tribunais.

VIII. Referências Bibliográficas

AA. VV. – “Responsabilidade Penal dos Médicos – Enquadramento jurídico, prática e gestão processual”, Trabalhos do 2.º Ciclo do 34.º Curso, Formação do Ministério Público, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 16/Abril/2021, www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_RP_Medico_MP, consult. em 22/Abril/2021.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2015) - *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor M. E. Campos (1993) - *Contributo para a interpretação do artigo 219.º do Código Penal (O Crime de omissão de auxílio)*, Boletim da faculdade de direito, STVDIA IVRIDICA, 6, Coimbra: Coimbra Editora.

BRITO, Teresa Quintela de (2000) - *A Tentativa nos Crimes Comissivos por Omissão: um Problema de Delimitação da Conduta Típica*, Coimbra: Coimbra Editora.

BRITO, Teresa Quintela de – “Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º3, Julho-Setembro 2002, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 371-409.

BRITO, Teresa Quintela de: “Recusa de médico «agravada pelo resultado», omissão de auxílio e abandono por médico: delimitação e (alguns) problemas”, *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3, n.º 5, Jan.-Jun. (2006), Coimbra, pp. 131-144.

CARVALHO, Américo Taipa de (1999) – *Comentário Conimbricense do Código Penal-Parte Especial*, Tomo I – artigos 131.º a 201.º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, 1.^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, Américo Taipa de (1999) – *Comentário Conimbricense do Código Penal-Parte Especial*, Tomo II – artigos 202.º a 307.º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, 1.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, Américo Taipa de (2016) - *Direito Penal, Parte Geral- Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, Américo Taipa de – “Recusa do Médico – comentário atualizado ao artigo 284.º do Código Penal”, *Revista do Ministério Público*, Ano 39, n.º 153 (Janeiro-Março 2018), pp. 29-59.

COSTA, José de Faria – “Omissão (Reflexões em redor da omissão imprópria)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 72 (1996, publ.1998), pp. 391-402.

COSTA, José de Faria e Inês Fernandes GODINHO (2010) - *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal: Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra: Coimbra Editora.

CUNHA, José Manuel Damião da (1999) – *Comentário Conimbricense do Código Penal-Parte Especial*, Tomo II – artigos 202.º a 307.º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, 1.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora.

CUNHA, José Manuel Damião da (2003) – “Algumas reflexões sobre a omissão imprópria no sistema penal português”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 481- 539.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da (2003) - “Algumas considerações sobre a Responsabilidade Penal Médica por Omissão”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 809 - 854.

D’ÁVILA, Fábio Roberto (2005)- *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*, Coimbra: Coimbra Editora, Studia Ivridica, p. 85.

DIAS, Jorge de Figueiredo (2019) - *Direito Penal- Parte Geral - Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 3.ª Edição, GESTLEGAL.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de (2017) - *Formas Especiais do Crime*, Porto: Universidade Católica Editora.

LEITE, André Lamas (2007) - *As “posições de garantia” na omissão impura: em especial a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

MONIZ, Helena Isabel Gonçalves (2010) – “ O tipo legal de crime de recusa de médico agravado pelo resultado de morte ou de ofensa à integridade física grave: crime agravado pelo resultado?”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 483-525.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, N.º 17, Ano XVI, Novembro (2007), pp. 11-22.

PEREIRA, Victor de Sá e Alexandre LAFAYETTE (2014) - *Código Penal Anotado e Comentado - Legislação Conexa e Complementar*, 2.ª ed., Lisboa: Quid Juris.

PINA, J. A. Esperança (2003) - *A responsabilidade dos médicos*, 3.ª ed., Lisboa: Lidel.

RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - *Do ato médico ao problema jurídico*, col.”Vieira de Almeida & Associados”, Coimbra: Almedina.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – “O crime de recusa de médico numa visão panorâmica entre o pretérito e o presente no direito penal (*)”, *Lex Medicinæ : Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra: Coimbra Editora, Ano 4, n.º 7, Setembro 2007, pp. 27-36.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2007) - *Responsabilidade médica em direito penal : estudos dos pressupostos sistemáticos*, Coimbra: Almedina.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2013) - *A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal – Estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*, Coimbra: Almedina.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – “O artigo 150º, nº 1, do Código Penal : uma jóia preciosa no direito penal médico”, *Julgar*, N.º 21, (2013), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 11-26.

SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas e Manuel de Oliveira Leal HENRIQUES (2000) - *Código Penal Anotado*, (3.^a edição) 2.º Volume (Arts. 131.º a 386.º), Parte especial, Lisboa: Rei dos Livros.

SILVA, Germano Marques da (2012) - *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

IX. Jurisprudência

- **Supremo Tribunal de Justiça**

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07 de Janeiro de 1993, processo n.º 042747, disponível em www.dgsi.pt

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de Junho de 1995, disponível em www.dgsi.pt

- **Tribunal da Relação de Coimbra**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22 de maio de 2013, processo n.º, 573/10.0T3AVR.C1, disponível em www.dgsi.pt

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de abril de 2014, processo n.º 2317/07.4TAAVR.C1, disponível em www.dgsi.pt

- **Tribunal da Relação de Évora**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 06 de maio de 2005, processo n.º 1247/05-1, disponível em www.dgsi.pt

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22 de novembro de 2014, processo n.º 1084/10.9TAFAR.E1, disponível em www.dgsi.pt

- Acórdão do Tribunal da Relação do Évora, de 25 de Novembro de 2014, disponível em www.dgsi.pt

- Acórdão do Tribunal da Relação do Évora, de 06 de Dezembro de 2015, processo n.º 1247/05-1, disponível em www.dgsi.pt

- **Tribunal da Relação de Lisboa**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de dezembro de 2015, processo n.º 490/09.1TAPTM.L1-3, disponível em www.dgsi.pt

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de dezembro de 2015, processo n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3, disponível em www.dgsi.pt

- **Tribunal da Relação do Porto**

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03 de junho de 2009, processo n.º, 186/05.8TAMDL, disponível em www.dgsi.pt

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22 de fevereiro de 2012, processo n.º 186/05.8TAMDL.P1, disponível em www.dgsi.pt

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de julho de 2013, processo n.º 518/06.1TALSD.P2, disponível em www.dgsi.pt

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de maio de 2014, processo n.º 646/06.3TAMDL.P1, disponível em www.dgsi.pt