



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Negligência Médica

O erro médico sob uma perspetiva Jurídico-Penal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Forenses.

Tiago Manuel dos Santos Rama

Sob orientação do Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira

Coimbra 2020

Agradecimentos

O maior agradecimento de todos é para o meu avô;

À minha família por todo o incentivo e apoio durante todos estes anos no percurso acadêmico;

Aos meus amigos e aos meus colegas do ISBB e FDUC por toda a disponibilidade prestada;

Um agradecimento especial à Mestre Sara Moreira, por me inculir o gosto imenso pelo Direito Penal e por toda a disponibilidade e auxílio que me prestou na realização da Dissertação;

Ao Doutor André Pereira, por ter aceite ser meu orientador, pela sua compreensão e disponibilidade na conclusão deste ciclo;

A todas as pessoas especiais que fazem e fizeram de mim o que sou, Muito Obrigado!

“A nossa maior fraqueza está em desistir. O caminho mais certo de vencer é tentar outra vez” – Thomas Edison

Siglas e Abreviaturas

Art. / art. – artigo

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

LPMA- Lei da Proteção Medicamente Assistida

LTE – Lei Tutelar Educativa

p. – página

ss. - seguintes

Índice

Agradecimentos.....	1
Siglas e Abreviaturas	2
Índice.....	3
1. Introdução	4
2. Direito e (da) Medicina	6
3. Responsabilidade Médica	12
3.1. Pressupostos do Artigo 150º do Código Penal	16
3.2. O erro médico	20
3.3. Negligência Médica.....	27
3.4. O dever de cuidado médico.....	31
3.5. O dever objetivo de cuidado – tipo de ilícito negligente	36
3.6. Princípio da Confiança.....	40
3.7. Imputação objetiva do resultado à ação	43
3.8. A culpa	45
4. Conclusão.....	49
5. Bibliografia	52

1. Introdução

A presente dissertação insere-se no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra tratando o tema da Negligência Médica, mais propriamente o erro médico sob uma perspetiva jurídico-criminal.

Todos os anos, presume-se, morrem entre mil e novecentas a duas mil e trezentas pessoas por ano em Portugal ou por erro ou negligência médica¹. “Quanto maior é a invasibilidade maior será o risco de produção de danos colaterais, sendo este o preço a pagar hoje pela enorme eficácia da medicina moderna, mas também esta é a dimensão do risco que lhe está associado”². Cada vez mais, nos deparamos com capas de jornais ou abertura de telejornais com notícias sobre alegada negligência³. Estas notícias têm um forte impacto social, mas não podemos com uma análise tão preliminar, aferir a responsabilidade médica. “A segurança do paciente tem sido nos últimos anos um tema muito debatido, tendo-se tornado alvo de inúmeras publicações científicas, debates e opinião pública internacional”⁴.

O Direito Penal só deve ser mobilizado enquanto direito de último ratio e, no caso de condutas negligentes⁵, só intervém quando estas ponham em causa bens jurídicos com dignidade penal. Não se pode punir todos os comportamentos descuidados, mas somente aqueles que violem os bens jurídicos que são mais valiosos (vida, integridade física, liberdade).

Ao longo deste estudo pretende-se analisar a responsabilidade penal dos profissionais de saúde. A responsabilidade penal surge pela ação ou omissão de um fato típico contrário ao direito. Assim o ato praticado terá de estar tipificado na lei (CP e legislação extravagante) para que o agente, neste caso os profissionais de saúde, possa ser

¹ Reportagem de Alexandra Borges, 26-02-2019 (<https://tvi24.iol.pt/sociedade/investigacao/alexandra-borges-erros-medicos-matam-mais-em-portugal-do-que-acidentes-de-viacao>);

“Erros todos nós fazemos. Sabemos por números portugueses que por cada 100 internamentos hospitalares, 12 são derivados de um erro evitável.”. José Fragata em entrevista ao Observador (<https://observador.pt/especiais/entrevista-jose-fragata/>). Na sua obra, José Fragata cita dados estatísticos também de outros países, in Fragata, José, Segurança dos doentes - Uma abordagem prática, Lidel, Universidade Nova de Lisboa, p. 9 e ss;

² Fragata, José, Segurança dos doentes - Uma abordagem prática, Lidel, Universidade Nova de Lisboa, p. 1;

³ Algumas notícias: (<https://www.jn.pt/local/noticias/porto/penafiel/foi-11-vezes-a-urgencia-e-nao-detetaram-tumor-fatal-5252859.html>); (<https://sol.sapo.pt/artigo/678177/gravida-perdeu-bebe-as-40-semanas-de-gestacao-depois-de-ir-varias-vezes-as-urg-ncias-em-aveiro>); (<https://observador.pt/2019/10/28/guarda-ministerio-publico-acusa-medicos-e-enfermeira-de-negligencia/>);

⁴ Bruno, Paula, Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal, Erro em Medicina, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2010, p. 21;

⁵ Para Figueiredo Dias “O facto negligente constitui (...) uma das formas básicas, tipicamente cunhadas, de aparecimento do crime, ao mesmo nível do facto doloso”. (Dias, Figueiredo Jorge de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 859);

responsabilizado criminalmente e assim penalizado, valendo a máxima constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁶ e o princípio da legalidade criminal igualmente previsto no art. 1º do CP⁷.

Para a realização deste trabalho o estudo incidiu sobre intervenções médicas (diagnóstico, cura, tratamento) em ambiente hospitalar e para tal iremos analisar conceitos como o de “Direito da Medicina”, o erro médico e a negligência, o dever de cuidado, o princípio da confiança e a culpa, para conseguirmos determinar quando é que um profissional de saúde pode ser criminalmente responsabilizado pela prática de factos ilícitos no exercício da sua atividade e exclusivamente relacionados com esta.

Por último, concluímos com as ilações que resultarem da análise aos conceitos acima referenciados.

⁶ CRP, art. 29º - Aplicação da lei criminal;

⁷ CP, art. 1º - Princípio da Legalidade: 1 - Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática. 2 - A medida de segurança só pode ser aplicada a estados de perigosidade cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento. 3 - Não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde;

2. Direito e (da) Medicina

“Em todas as épocas históricas a pessoa doente precisou de um especialista que a ajudasse, que atendesse às suas queixas e a ajudasse a superar as limitações das suas capacidades” e “o moderno Direito da responsabilidade médica só pode ser compreendido por quem acompanhe as mutações da relação médico-paciente no decorrer do século XX, quem analise as modificações das valorações sociológicas, a mudança do modelo Hipocrático, o recuo do princípio da beneficência face à emergência do princípio da autonomia do paciente, a cientifização da medicina e as atuais delimitações económicas nos sistemas de saúde”⁸.

Antigamente a medicina desenvolvia num contexto “misterioso e mágico”, o médico respeitava certos princípios, tendo ao seu dispor um conhecimento *divino*, que lhe permitia proceder ao tratamento do doente com liberdade (o médico era “alguém que tinha o poder de atuar sobre a vida e a morte”). O médico assumia um regime para a cura de uma doença e o paciente simplesmente aceitava a decisão derivado do supremo conhecimento do médico e caso houvesse consequências do diagnóstico/tratamento seriam aceites pelo paciente porque, para este, os problemas que surgissem posteriormente seriam fruto do destino⁹.

Nos últimos anos a medicina evolui bastante, evidentemente derivado de novas descobertas, a nível da prevenção, diagnóstico e tratamento assim como as técnicas utilizadas e um conseqüentemente desenvolvimento no que diz respeito à cura da doença influenciando também, a relação médico-paciente.

Hodiernamente, a relação médica já tem como limite a autonomia do doente¹⁰, isto porque, atualmente as pessoas são mais informadas e têm acesso a mais informação fazendo a exigência de uma medicina de excelência e sem erros. Para esta exigência contribuem fatores como a mediatização, como já referido, a divulgação e conseqüente discussão dos erros médicos nos media e noutros espaços públicos, a evolução tecnológica que faz aumentar as esperanças de cura e hoje as pessoas tem acesso às noções da doença como sintomas, causas e tratamentos derivado ao inúmero conhecimento médico (fidedigno ou

⁸ Pereira, André Gonçalo Dias, Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, 2012, p. 47 e 48;

⁹ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p.13 e ss;

¹⁰ Sónia Fidalgo justifica o aumento de conflitos entre médicos e pacientes e a evolução do paradigma hipocrático para uma despersonalização e desumanização da atividade médica (Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, p.19);

não) que existe na Internet, fazendo da Negligência Médica um tema de debate atual na Sociedade.

Todos nós sabemos que *errare humanum est* e qualquer atividade humana pode ter erros e a medicina não é exceção. O erro médico encontra-se ligado à possibilidade de causar lesões na saúde ou na vida do paciente. O que se segue imprescindivelmente é a orientação da atividade médica com o objeto de promover a saúde o doente, surgindo a regulação social do comportamento, tendo o Direito que intervir para salvaguardar os bens jurídicos fundamentais que possam ser afetados no seu âmbito.

Contudo, a intervenção do Direito não se pode traduzir numa perseguição insistente e sem consequências para a atividade médica, pois o Direito e a Medicina são ciências humanistas sempre ao serviço do Homem tendo a dignidade da pessoa humana como referência comum¹¹. Nas palavras de André Pereira, a “proteção do paciente e defesa face a abusos, garantias de paz e indicação de recomendações e estabilização da confiança são consideradas as principais tarefas do Direito”¹². Assim sendo, o ponto nevrálgico deste trabalho, e o que interessa para o Direito Penal, manifesta-se no erro que afete de uma forma negativa os bens protegidos juridicamente, pois não se pode limitar a atuação da medicina, restringindo-a pelos efeitos negativos que uma excessiva responsabilização pode trazer¹³. Segundo Sónia Fidalgo, a medicina defensiva não traz benefícios para os doentes nem para o sistema de saúde e a autora invoca a ideia de que para se reduzir os erros e melhorar a qualidade da prestação de cuidados de saúde desenvolveu-se a medicina baseada na prova (consiste na utilização conscienciosa, explícita e criteriosa da prova científica atualizada na tomada de decisões clínicas referentes ao doente individual)¹⁴.

¹¹ Segundo Francisco José Hernando Santiago, o Direito e Medicina têm em comum a preservação da dignidade dos homens, mas as relações entre Direito e Medicina vão mais além, “mantendo uma interdependência palpável nas suas parcelas mais características. São atividades humanas que remontam às origens da civilização, e os avanços da Medicina e do Direito, são idóneos, quando não são motores, do avanço da civilização” (Gómez, Luis Martínez-Calcerrada y, (Org.), *Relaciones entre la Medicina y el Derecho – Binomio interdisciplinar*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2008, p. 13);

¹² Pereira, André Gonçalo Dias, *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2015, p. 57;

¹³ Para Sónia Fidalgo “o aumento, por todo o lado, de reclamações e processos disciplinares e judiciais, os prestadores de cuidados de saúde têm vindo a mudar a sua atitude no exercício da profissão: começaram a desenvolver práticas médicas características da medicina defensiva”, in Fidalgo, Sónia, *Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 21;

¹⁴ Fidalgo, Sónia, *Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra Editora, 2009, p. 22 e 23;

“A liberdade terapêutica do médico, por um lado, o direito à integridade pessoal (física e moral) e o direito à autodeterminação do paciente, por outro, devem ser harmonizados na regulação jurídica da relação médico-paciente”¹⁵.

A responsabilidade médica fundamenta-se num comportamento negligente que possa trazer consequências negativas para o paciente como danos na vida ou na integridade física e não representar um tratamento diferente que conduz ao princípio da irresponsabilidade. No entanto, devemos dar especial atenção ao ato médico e a todos os elementos com ele interligados, pelo que todas as apreciações jurídicas devem estar enquadradas na conduta médica e atendendo também ao contexto do tempo e espaço.

Atualmente a medicina é complexa e depende de vários fatores que estão interligados e não podem ser separados para análise (a nível psicológico, social, económico) que aumentam a possibilidade de ocorrerem erros médicos. Com isto, dificultou-se a delimitação do ato médico, pois muitos dos encargos que o médico tinha passaram a ser da responsabilidade de outros profissionais de saúde e o médico hoje em dia, em certos casos, já não atua isoladamente (“O médico deixou de realizar tarefa singular – ele interage em cada momento com os demais elementos no âmbito (...) da estrutura hospitalar”¹⁶), dependendo por exemplo de outros especialistas da área da saúde derivado à especialização da medicina que faz atenuar a figura clínica geral¹⁷.

Estes fatores aumentam as possibilidades do erro médico e, como refere Sónia Fidalgo, “assistimos hoje a uma complexificação da atividade médica de que emerge um novo tipo médico”, a organização hospitalar “tende a tornar-se uma empresa de prestação de serviços onde colaboram cada vez mais equipas multidisciplinares e pluriprofissionais”¹⁸.

Do conhecimento comum sabemos que os recursos fornecidos para cada hospital são diferentes, sendo uns mais privilegiados que outros, e tendo em conta a organização e gestão do mesmo, faz com que os médicos estejam dependentes e com isto podem afetar o paciente devido às regras custo-benefício, à diminuição dos meios complementares para diagnóstico

¹⁵ Pereira, André Gonçalo Dias, Direito dos pacientes e Responsabilidade médica, Centro de Estudos de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 1ª Edição, 2015, p. 57;

¹⁶ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da Medicina em Equipa, Coimbra Editora, 2009,p. 15;

¹⁷ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da Medicina em Equipa, Coimbra Editora, 2009,p. 19 e ss;

¹⁸ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da Medicina em Equipa, Coimbra Editora, 2009,p. 15;

e também a redução das equipas de trabalho, consequência da diminuição dos recursos humanos.

Para além do pressuposto económico que elevam a possibilidade de erro, também a liberdade do médico é um pressuposto, pois hoje em dia é uma liberdade condicionada estando sujeita a modelos de comportamento. Ou seja, o médico nunca pode atuar sem respeitar a vontade do doente (consentimento informado) deduzida do esclarecimento das doenças e de eventuais riscos que podem surgir do tratamento. No entanto, em casos de urgência, quando a demora implica um maior prejuízo para o paciente, pedir ou não pedir o consentimento pode conduzir à morte do paciente. Nestas situações o médico atua com consentimento presumido¹⁹.

Hoje em dia a medicina normatiza-se ao longo de diagnósticos generalizados e no tratamento das várias doenças. O médico deve conhecer e obedecer a formas de atuação estabelecidas por estatísticas, estudos científicos e recomendações realizadas por profissionais e caso não o faça, viola as *leges artis*²⁰, conhecidas e aceites pela medicina²¹.

Segundo Lobo Antunes, estamos perante a chamada medicina baseada na evidência²² e esta tem por base reunir em bases de dados as publicações médicas e eficazes que estejam comprovadas e com isto facilitar a pesquisa e seleção de artigos científicos por parte dos médicos.

Além destes fatores temos de referir ainda a evolução da tecnologia na medicina que vem tornar a atuação médica mais complexa e suscetível de erro, através de aparelhos bastante sofisticados e de um conhecimento mais pormenorizado e preciso, mas nenhum ato médico fica longe de qualquer erro tecnológico. Ainda de referir são os fatores psicológicos

¹⁹ Art. 39 n.º 2 CP – Há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido o facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado. Nas palavras de Figueiredo Dias o consentimento presumido refere-se a “situações em que o titular do bem jurídico lesado não consentiu na ofensa, mas nela teria possivelmente consentido se lhe tivesse sido possível pôr a questão” e “neste contexto, com fundamento de uma espécie de “estado de necessidade da decisão” (sem que com isto porém, como se verá, se pretenda fazer do consentimento presumido uma subespécie da causa de justificação do estado de necessidade)”, in Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, p. 489 e 490;

²⁰ “O conceito de *leges artis* pode ser delineado como sendo um conjunto de regras científicas e técnicas e princípios profissionais que o médico tem a obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente. Trata-se de um critério valorativo de um ato clínico praticado por um médico.” - Acórdão de 2015-12-16 (Processo n.º 1490/09.ITAPTM.L1-3), Tribunal da Relação de Lisboa.

²¹ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p.74 e ss;

²² Antunes, António Lobo, A Profissão de Médico, Análise Social XXXVIII, n.º166, 2003, p.82 e ss. (<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218737656G8cFZ6yg8Dl18UH9.pdf>);

que influenciam o erro, pois é de evidenciar a sobrecarga horária a que os médicos estão sujeitos e afetam o seu desempenho, mas também é de referir que os médicos são humanos, e como qualquer outro, têm a sua vida pessoal e/ou familiar com mais ou menos problemas e com mais ou menos stress.

Para abordar o erro médico teremos de ponderar sempre estes fatores acima mencionados, pois delimitam o erro juridicamente e permitem a concretização da imagem geral do facto.

A medicina tem uma função social na sua atividade porque toda a sociedade beneficia com o conhecimento médico, porém não existe o direito à cura ou o direito a não morrer. No entanto, há acontecimentos que são inevitáveis e os médicos por vezes não controlam tudo. A exigência feita ao médico é a de um comportamento correto, zeloso e utilizar os meios adequados que estão à sua disposição.

A atuação do médico tem várias fases como o diagnóstico, o tratamento, prognóstico e a prevenção, nas quais podem surgir complicações ou lesões consequência do erro médico em alguma das fases e a punibilidade dos médicos associa-se à natureza dos bens jurídicos em causa e à necessidade da pena. Os bens jurídicos que podem ser lesados pela atividade médica são o núcleo da pessoa humana, ou seja, são bens como a vida, a integridade física ou a saúde. ““I – O ato médico é constituído pela atividade médica de diagnóstico, prognóstico e prescrição, e execução de medidas terapêuticas, relativa à saúde das pessoas (...) em conformidade com a Ética e a Deontologia Médicas.(...) IV- o médico enquanto profissional de saúde no exercício da sua atividade labuta com os bens jurídicos mais relevantes do nosso ordenamento jurídico, sendo eles, a vida e a integridade física do paciente”²³

Com a descrição típica da lei, deve enquadrar-se a conduta do médico e nos casos mais comuns, o erro médico consubstancia-se em dois tipos de crime: homicídio negligente e ofensa à integridade física negligente que estão previstos nos artigos 137º e 148º do CP respetivamente.

Contudo, se o ato médico é realizado com interesse na saúde do paciente para minimizar alguma doença ou lesão, não se pode ter como juridicamente relevante todos os resultados negativos porque é necessária uma valoração jurídico-penal adequada e até mesmo uma valoração social para não se punir todos os resultados de morte ou ofensa à

²³Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 1490/09.1TAPTML1-3, 16-12-2015

integridade física. Portanto existem riscos que terão de ser toleradas pelo paciente que decorrem da atividade do médico, que podem trazer vantagens ou desvantagens, mas estas não se enquadram na negligência, pois o Direito Penal não proíbe a intervenção médica e não consegue impedir que existam riscos.

Tendo em consideração que a profissão de médico é uma profissão de risco e como consequência podem resultar danos para a vida do paciente, o CP impõe limites à conduta médica no seu art. 150^{o24} e através deste art. e outras diretrizes que posteriormente abordaremos, o profissional de saúde não será punido por resultados danosos para o paciente.

²⁴ CP, Art. 150º - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos: 1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física; 2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

3. Responsabilidade Médica

A responsabilidade médica no nosso sistema jurídico não tem um regime próprio específico e é de questionar se seria importante criar um ramo de Direito próprio para os profissionais de saúde.

“O médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se por esse facto à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a Saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do Ser Humano.”²⁵

É importante definir a responsabilidade jurídica e segundo Paula Bruno, é um “instituto que cuida de comportamentos humanos (ações ou omissões) juridicamente relevantes, ou seja, que têm consequências ao nível da ordem jurídica, e que, na sua divisão mais fundamental, são suscetíveis de se traduzir na violação de direitos privados pessoais ou na violação de normas que defendem os interesses gerais da sociedade e a paz pública”²⁶.

A responsabilidade médica abrange várias modalidades (civil, penal e disciplinar) mas tendo este trabalho uma vertente Jurídico-Penal, “no nosso ordenamento jurídico vigora o princípio do carácter pessoal da responsabilidade criminal, sendo as pessoas coletivas suscetíveis de responsabilidade criminal nas situações expressamente previstas na lei (art. 11º CP).”²⁷, ou seja, o hospital ainda não é responsabilizado criminalmente. O agente que por ação ou omissão, praticar um fato doloso que a lei tipifica como crime é que será responsabilizado criminalmente. “XIV – Para o Direito Penal releva apenas a punição do “erro médico” que seja uma violação de *leges artis* específicas ou de um dever de cuidado de conteúdo relativamente definido, aferidos, nomeadamente, por protocolos de diagnóstico e ou de terapêutica e ou de execução ou procedimentos médicos. Se todos os deveres e regras forem respeitados, então o resultado – risco – é permitido e por isso a conduta não é penalmente censurável.”²⁸

²⁵ Art. 26º CDOM - Princípio Geral.

²⁶ Bruno, Paula, Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da implementação em Portugal, Erro em Medicina, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2010, p.54

²⁷ Bruno, Paula, Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da implementação em Portugal, Erro em Medicina, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2010, p.75

²⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 1490/09.1TAPTM.L1-3, 16-12-2015

“O médico deve ter em consideração as suas responsabilidades sociais no exercício do seu direito à independência na orientação dos cuidados e na escolha da terapêutica, assumindo uma atitude responsável perante os custos globais da saúde”²⁹.

A noção *facto doloso*, ou crime, segundo Paula Bruno divide-se em quatro elementos: ação (“refere-se à conduta humana individual, em ambas as modalidades que pode revestir – (ação positiva – que consiste em fazer algo – ou ação negativa (ou omissão) – que consiste num não fazer)”, típica (“a ação humana individual tem que revestir a característica da tipicidade para que seja suscetível de significado no ordenamento jurídico-penal, ou seja, tem que integrar a descrição comportamental efetuada numa determinada norma jurídico penal”), ilícita (“significa a contrariedade da ação típica relativamente ao ordenamento jurídico (ou seja, não abrangida por qualquer causa de justificação ou de exclusão da ilicitude)”) e culposa (“a ação típica e ilícita tem que ser suscetível de imputação subjetiva ao autor do crime ou seja, tem que ser objeto de um juízo de censurabilidade jurídica e pessoal”)³⁰. Neste caso concreto, crimes contra a vida, integridade física ou liberdade pessoal (bens jurídicos fundamentais protegidos pelo Direito) podem estar em causa aquando da ação ou omissão do profissional de saúde nos cuidados prestados aos doentes³¹.

“No nosso ordenamento jurídico vigora o princípio do carácter pessoal da responsabilidade criminal sendo que as pessoas coletivas são suscetíveis de responsabilidade criminal apenas nas situações expressamente previstas na lei (art. 11º CP).”³² Segundo esta afirmação, não se pune o Hospital, mas sim o profissional de saúde que por ação ou omissão, praticou o crime (que se pode definir como uma ação típica, ilícita e culposa). A ação diz respeito à conduta do agente e pode ser positiva (a prática de um ato) ou negativa (omissão – não praticar qualquer tipo de ato.). Típica porque tem que integrar a descrição comportamental descrita numa determinada norma jurídico-penal e ilícito porque não está abrangido por uma causa de justificação ou de exclusão da ilicitude. E culposa porque a ação tem de ser objeto de um juízo de censurabilidade jurídica e pessoal.

²⁹ Art. 91º CDOM - Responsabilidade

³⁰ Bruno, Paula, Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da implementação em Portugal, Erro em Medicina, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2010, p.75

³¹ Bruno, Paula, Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da implementação em Portugal, Erro em Medicina, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2010, p.75

³² Bruno, Paula, Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal, Erro em Medicina, Coimbra Editora, p.75

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 ao conceito material de crime de homicídio ou de ofensa à integridade física (respetivamente artigos 131º a 139º e 143º a 149º do Código Penal). Relativamente às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos encontramos um regime especial no art. 150º do Código Penal que analisaremos de seguida.

Na perspetiva de José Fragata e Luís Martins o erro poderá ser distinguido na ótica do indivíduo ou na ótica do sistema. O erro na ótica do indivíduo tem duas vertentes: erro honesto (decorre da natureza da pessoa humana, apresentando-se como uma inevitabilidade da sua imperfeição, e correspondendo, quando ocorra na prática médica um acidente ou azar) e erro negligente (correspondente a um comportamento ilícito)³³. Na ótica dos erros do sistema é possível distinguir erros evitáveis (podem corresponder ao erro negligente, se verificados os seus elementos constituintes) e erros inevitáveis (“resultam dos riscos próprios do ambiente hospitalar”, mas que não permitem individualizar ou censurar o agente em concreto)³⁴. “VIII – O erro é uma das causas mais relevantes de lesão física na atividade médica. O erro resulta na sua imensa maioria, não de um ato isolado, mas de uma sucessão de incidentes, tornando-se essencial saber quem errou, onde errou, como errou e qual o resultado que esse erro produziu na vida do doente.”³⁵

O erro negligente forma-se a partir do ilícito e é determinado pelo critério regulador da violação do dever objetivo de cuidado. Este dever objetivo de cuidado é composto pela “previsibilidade objetiva do perigo para determinado bem jurídico e a não observância do cuidado objetivamente adequado a impedir o resultado típico, isto é, do resultado da lesão ou perigo de lesão de determinado bem jurídico que a experiência indica que está conexas com a espécie da ação praticada”³⁶.

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

³³ Paula Ribeiro de Faria refere que “acidentes ou azares, que não deixam de pôr em causa consequências terríveis para o doente ou familiares, não podem responsabilizar ninguém, pelo menos onde pensamos num ilícito de natureza pessoal e numa responsabilidade com culpa e com conteúdo ético” in, Faria, Paula Ribeiro de, Erro em Medicina e o Direito Penal, in *Lex Medicinæ*, Coimbra, Abril de 2011, p. 7;

³⁴ Faria, Paula Ribeiro de, Erro em Medicina e o Direito Penal, in *Lex Medicinæ*, Coimbra, Abril de 2011, p. 10

³⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 1490/09.1TAPTM.L1-3, 16-12-2015

³⁶ Carvalho, Américo Taipa de, *Direito Penal - Parte Geral – Questões Fundamentais da Teoria Geral do Crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 525;

Segundo as palavras de José Fragata e Luís Martins, a cultura médica tem como inseparáveis a violação das *leges artis* e a violação do cuidado devido, argumentando que o médico deliberadamente optou por um comportamento que não é o standard e que viola as regras normais de atuação, pelo que o não cumprimento dessas normas é sempre uma violação³⁷. “V – O conceito de *leges artis* pode ser delineado como sendo um conjunto de regras científicas e técnicas e princípios profissionais que o médico tem a obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente. Trata-se de um critério valorativo de um ato clínico praticado por um médico. (...) VII- Estando preenchido (...)os requisitos aquando da intervenção do médico, ela não pode ser considerada um crime contra a integridade física ou contra a vida do doente, uma vez que o médico atuou de acordo com os conhecimentos técnicos e científicos, fazendo tudo o que estava ao seu alcance para tentar minorar a dor ou salvar o doente, indicando o tratamento considerado idóneo para a situação, ainda quem contudo, não obtenha sucesso”³⁸.

³⁷ Fragata, José e Luís Martins, O erro em Medicina, Perspetivas do indivíduo, da organização e da sociedade, Almedina, 2004, p. 59 e ss;

³⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 1490/09.1TAPTM.L1-3, 16-12-2015;

3.1. Pressupostos do Artigo 150º do Código Penal

Introduzido pelo legislador em 1982, este regime veio estabelecer a exclusão da responsabilidade do profissional de saúde no âmbito dos danos corporais e/ou morte ao nível da tipicidade.

Hoje em dia se cumulativamente estiverem cumpridos os elementos objetivos (indicação médica e cumprimento das *legis artis*) e subjetivos (qualidade do agente e a intenção da cura) do artigo em questão, o médico não será responsabilizado juridicamente, no entanto, poderá ser responsabilizado disciplinarmente ou cívelmente³⁹.

Este regime não se aplica nos casos de crimes de comissão por omissão e nestes casos devemos analisar os tipos legais de crime que estejam eventualmente preenchidos juntamente com o art. 10º CP⁴⁰ e também não se aplica quando se verifica dolo⁴¹ por parte do profissional de saúde devido ao elemento integrante do artigo “intenção curativa” não se compatibilizar com o dolo do profissional de saúde, dado que este tem como objetivo a prática de um ato danoso para a saúde ou vida do paciente.

O médico tem de cumprir certos requisitos para ter a competência para praticar qualquer ato médico e é de referir a habilitação académica reconhecida e a inscrição da Ordem dos Médicos. Existem outros profissionais de saúde, as “pessoas legalmente autorizadas”, como enfermeiros e dentistas, que devem também cumprir requisitos como a habilitação académica reconhecida e necessária para a função que desempenham.

³⁹ Bruno, Paula, Registo de Incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal, Erro em medicina, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2010, p. 55

⁴⁰ Código Penal, Art. 10º - Comissão por ação ou por omissão: 1- Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão da ação adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei; 2- A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado; 3- No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.

⁴¹ Art. 14º CP - Dolo: 1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, atuar com intenção de o realizar. 2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. 3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente atuar conformando-se com aquela realização. Sendo que o nº1 se refere ao dolo direto (constituído por casos em que há intenção, isto é, a realização do tipo objetivo de ilícito surge como verdadeiro fim da conduta. O dolo direto cabe em casos em que a conduta do agente é intencional, mas também naqueles em que a conduta do agente surge como pressuposto necessário para a realização do objetivo do agente), o nº2 refere-se ao dolo necessário (casos em que a produção do facto surge, não como pressuposto, mas como consequência necessária e inevitável para conseguir o fim ou objetivo do agente) e o nº 3 refere-se ao dolo eventual (caracteriza-se pelo facto de a realização do tipo objetivo de ilícito ser representada pelo agente apenas como consequência possível da conduta e conforma-se com a sua realização), in, Dias, Figueiredo Jorge de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 348 e ss

Na ótica de Sónia Fidalgo é importante averiguar se determinados tratamentos entram neste regime do art. 150º CP. Assim, para a autora, nas intervenções médico-cirúrgicas das técnicas de procriação medicamente assistida, o legislador através do art. 41º nº1 da LPMA, definiu que se aplicaria o regime do art. 150º do CP. No que diz respeito aos transplantes de órgãos e tecidos, estas “constituem autênticas intervenções médico-cirúrgicas, atípicas na perspetiva do art. 150º CP”. Relativamente às intervenções cosméticas só devem ser consideradas para o efeito do regime do art. 150º CP aquelas que visam “remover ou minorar uma patologia física ou psíquica do paciente”. “A esterilização e a castração (...) se forem realizadas por indicação médica, deverão ser tratadas como intervenções médico-cirúrgicas”. Nos casos de “operações em caso de transsexualismo) apesar de se considerar uma intervenção que tem como objetivo acabar com o sofrimento (intervenção terapêutica), “a doutrina tem entendido que tais operações não hão de, em princípio, integrar o conceito e o regime das intervenções médico-cirúrgicas.”⁴²

Seja no tratamento ou numa intervenção médico-cirúrgica ou até mesmo na prevenção ou no diagnóstico, a intenção do médico tem de ser sempre a cura do paciente. Assim sendo, o ato médico deve ter como finalidade a prevenção, a cura ou o controlo da doença, da lesão ou de uma perturbação mental, sendo de excluir qualquer outro ato com fim terapêutico.

Fazem parte do elemento objetivo a indicação médica e o cumprimento das *leges artis*. Em relação à indicação médica, esta prende-se com o conhecimento e a experiência da medicina que vai estabelecer um pré-raciocínio relativo ao tratamento necessário para o doente. As *leges artis* “compreendem os métodos e procedimentos já suficientemente comprovados pela ciências médica (...) que não se deixam todavia identificar com uma determinada escola médica, uma vez que isso contraria o princípio da liberdade do método, nem se determinam por referência a um standard de conhecimentos já alcançados, sob pena de se bloquear toda e qualquer evolução”⁴³. As *leges artis* são permanentemente afetadas devido à evolução da medicina e como tal, as regras de conduta médica devem ser interpretadas com flexibilidade, “sob pena de paralisar o processo científico”⁴⁴. Nas palavras

⁴² Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 44, 45 e 46;

⁴³ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 71;

⁴⁴ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 72;

de Sónia Fidalgo resultam de um conjunto de regras fixadas pelos profissionais de medicina, sendo a própria comunidade científica que adota certas regras de comportamento através de autorregulação. “Entre nós a expressão mais acabada dessa autorregulação é o CDOM (...) este código condensa sobretudo os deveres que o grupo de profissionais reconhece como próprios do seu desempenho e contém também certas recomendações sobre a conduta em casos concretos que exijam ponderações difíceis de caráter ético”⁴⁵.

As *leges artis* estabelecem padrões do modo mais adequado para o médico atuar no âmbito das intervenções, tendo em conta o que é definido pelo CDOM, declarações de princípios formulados por organizações nacionais e internacionais de médicos, das guidelines resultantes de protocolos de atuação, reuniões de consenso e pareceres de comissão ética. Nem todas tem o mesmo valor, “mas de uma forma ou outra contribuem para a definição de uma boa prática médica”⁴⁶. “Estes princípios profissionais e complexo de regras, adotados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis à concreta situação individual, resultam de normas de orientação clínica, do Código Deontológico, de pareceres de comissões de ética, de protocolos, de guidelines, livros e revistas especializadas”⁴⁷.

Ora o artigo em análise, no seu nº1 e de acordo com os pressupostos delimita os critérios de atipicidade do ato médico e “o médico que se move dentro destes pressupostos atua ao abrigo do risco permitido ou tolerado, de tal forma que a morte ou lesão da integridade física que possam a vir a produzir são custos admitidos que representam a outra face da prestação de saúde.”⁴⁸. No entanto, quando não se cumprem os pressupostos, a atuação do médico pode constituir o crime de homicídio ou o crime de ofensa à integridade física negligente e quando estamos perante esta situação é porque o médico não atuou da forma a que estava obrigado.

⁴⁵ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 74;

⁴⁶ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 75 e 76;

⁴⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 1490/09.1TAPTM.L1-3, 16-12-2015;

⁴⁸ Faria, Paula Ribeiro de, Erro em Medicina e o Direito Penal”, in Lex Medicinæ, Coimbra, Abril 2001, p. 12;

“O médico deve proceder sempre a uma ponderação da situação concreta e não deve deixar de aplicar o meio que a ciência médica em geral, considera mais eficaz só por entender que um outro meio talvez seja mais apropriado ao caso concreto”⁴⁹.

É estritamente necessário, por um lado, distinguir o erro e a negligência e, por outro, a violação das *leges artis* e a violação do dever de cuidado porque só assim se consegue valorar a violação do dever de cuidado que está subjacente à negligência e finamente analisar os pressupostos subjacentes à punição da negligência no comportamento médico.

Como conclusão relativa ao art. 150º do CP, citamos o comentário de Costa Andrade ao artigo em questão: “No plano estritamente formal não deverá desatender-se o teor da verbalização do art. 150º em que o apelo às “*leges artis*” surge associado à execução do tratamento. Uma técnica legislativa que poderá denunciar a intencionalidade de estabelecer uma cisão na resposta jurídico-penal: a momentos com diferente significatividade no plano fáctico, corresponderiam referências normativas igualmente diferenciadas”⁵⁰.

⁴⁹ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 73;

⁵⁰ Andrade, Manuel da Costa, Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra Editora, 1991, (dissertação de doutoramento), p. 483

3.2. O erro médico

O erro médico é a falha do médico no exercício da sua profissão. É um resultado negativo da sua ação ou omissão, por não cumprir devidamente o procedimento, tendo o profissional de estar no pleno exercício das suas faculdades mentais. Teremos de excluir as limitações impostas pela própria doença ou alguma lesão provocada de modo deliberado para tratar uma doença ou uma lesão com maior gravidade. O erro médico é o dano criado ou potencialmente criado no paciente, por lapso ou falha, derivado do excesso ou falta de atenção ou por um engano resultado de uma má decisão. “O erro médico configura-se, deste modo, como uma falha profissional, independentemente da sua valoração jurídica e, portanto, um erro do ponto de vista técnico”⁵¹.

Para José Fragata, o erro médico é “uma falha, não intencional, de realização de uma sequência de atividades físicas ou mentais, previamente planeadas, e que assim falham em atingir o resultado esperado. Sempre que essa falha se não deva à intervenção do acaso.”⁵² Para este autor os pressupostos que estão na base do erro médico são a falha, a não intencionalidade, a não intervenção do acaso e o não atingir o resultado previsto. “O erro está intrinsecamente ligado à natureza humana e não poderá nunca ser abolido, isto é, os erros são inevitáveis. No entanto, e em relação com o processo de errar, podemos considerar os erros resultando de ações não intencionais em que, por distração, por má aplicação de regras tidas ou por má deliberação, se falhou o plano”⁵³.

Nas palavras de José Fragata e Luís Martins, o erro médico divide-se em erros honestos (“são fruto da natureza humana e da nossa característica inseparável que é a de cometermos erros”) e erros desonestos ou violações (“cometem-se por imprudência, comportamentos de risco ou desobediência aos preceitos estabelecidos nas boas regras”).⁵⁴

Na perspetiva de José Simões, o erro médico ocorre por incompetência (falta de preparação, conhecimento insuficiente ou quando realiza procedimentos para os quais não tem habilitações), imprudência (quando o médico realiza um tratamento sem uma base

⁵¹ Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, A negligência médica hospitalar na perspetiva jurídico-penal, estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar, Almedina, 2013, p. 242;

⁵² Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, A negligência médica hospitalar na perspetiva jurídico-penal, estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar, Almedina, 2013, p. 243;

⁵³ Fragata, José e Luís Martins, O erro em Medicina, Perspetivas do indivíduo, da organização e da sociedade, Almedina, 2004, p. 313;

⁵⁴ Fragata, José e Luís Martins, O erro em Medicina, Perspetivas do indivíduo, da organização e da sociedade, Almedina, 2004, p. 313;

científica para o procedimento) ou e como já referimos por negligência. Existem outros problemas que podem ser classificados como erro médico como por exemplo a falha técnica (depende da competência e da dedicação do médico), o erro doloso (o médico tinha vontade em cometer o facto doloso), erro de diagnóstico (este muitas vezes é generalizado), erro de procedimento (a atuação do médico deve ser ajustada a cada momento dependendo da evolução do paciente e tendo em conta a sua resposta) e o erro técnico (quando as condições hospitalares oferecidas ao profissional de saúde são insuficientes e existem falhas estruturais, faltas de equipamento, falta de mais profissionais e assim nota-se uma insuficiência na resposta dada ao paciente)⁵⁵.

É da competência do médico lidar com o bem jurídico vida e mais especificamente com as várias funções dos vários órgãos e a sua integridade física. No caso das violações dolosas da arte médica (“raras no exercício da medicina, embora haja algumas situações de dolo eventual, raianas, portanto, da negligência consciente) que, para Álvaro Rodrigues devem ser denominadas de violação consciente, “ o evento adverso realizado consciente e voluntariamente, portanto, doloso, é passível de integrar a previsão dos tipos legais (...), na forma tentada, se não sobrevier lesão ou morte do paciente, tentativa essa que, todavia não será punível, atenta a moldura penal ou medida abstrata de pena que cabe aos respetivos crimes consumados”⁵⁶. No que concerne às ofensas à integridade física dolosas, o dolo pode consistir em qualquer uma das suas modalidades, tem de referir-se às ofensas no corpo ou na saúde do ofendido e no que diz respeito ao homicídio “haverá que ter bem presente que, no que tange ao dolo eventual, não basta que o agente, ao decidir violar as legis artis de forma consciente, preveja o perigo de resultado e se conforme com o mesmo, antes se exige que preveja e se conforme com o próprio resultado morte”⁵⁷.

Como já idealizámos, profissionais em todas as áreas cometem erros, mas os profissionais de saúde além de terem uma profissão de risco, têm praticamente uma proibição formal de erro pois eles têm como objetivo o tratamento, a cura, o bem-estar da pessoa humana, ou seja, têm como objetivo restabelecer a saúde a cada paciente. Em medicina nem tudo é previsível e José Fragata considera o risco clínico como a

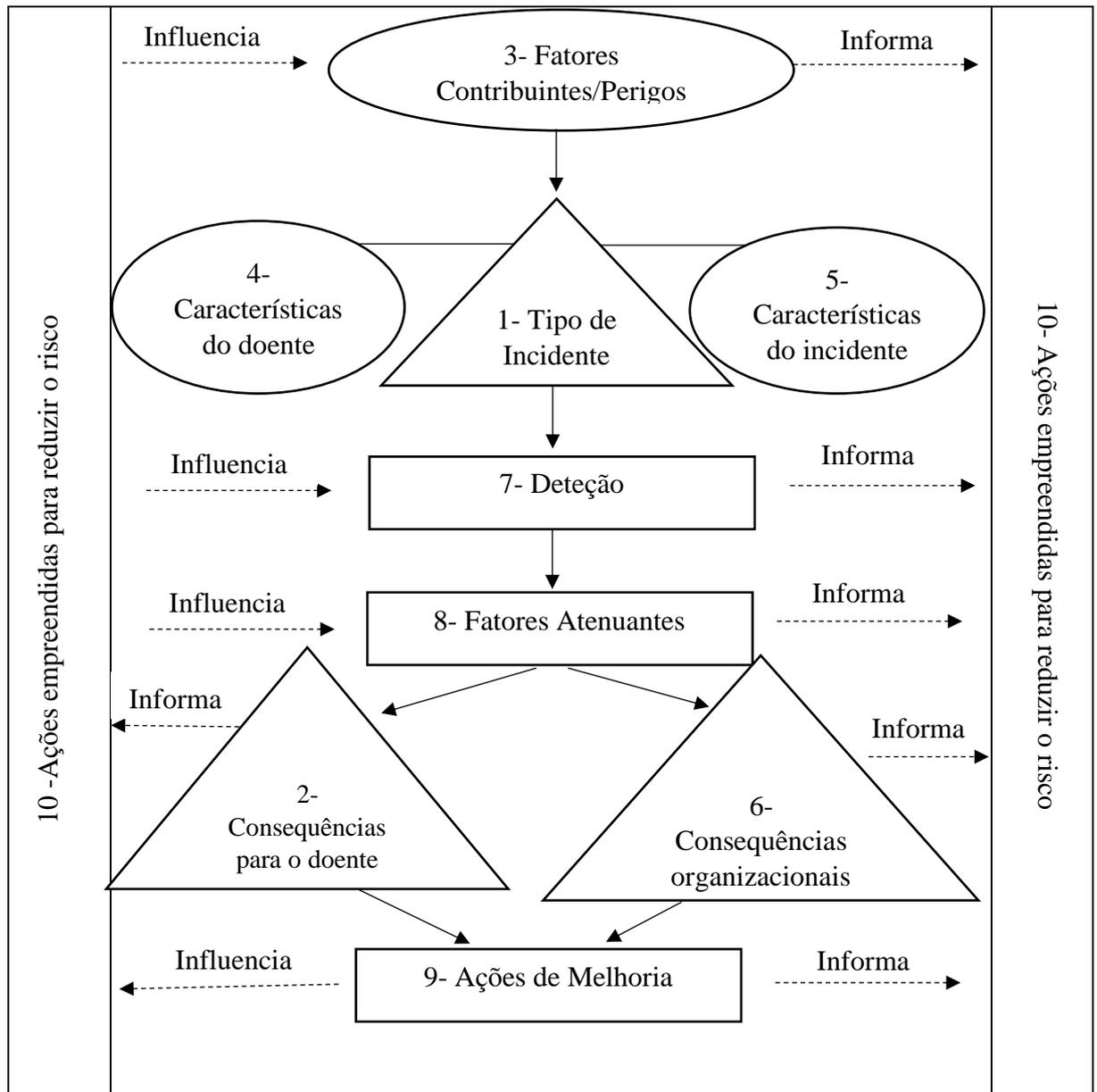
⁵⁵ Simões, José Augusto, Erro Médico, Revista Portuguesa de Medicina em Geral e Familiar, 2010, p. 560;

⁵⁶ Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, A negligência médica hospitalar na perspetiva jurídico-penal, estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar, Almedina, 2013, p. 253;

⁵⁷ Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, A negligência médica hospitalar na perspetiva jurídico-penal, estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar, Almedina, 2013, p. 254;

“probabilidade de ocorrência de um qualquer evento adverso”⁵⁸. Nas palavras deste autor este risco clínico ramifica-se em risco intrínseco à doença atual (natureza e estado clínico), o risco incremental (devido à presença de duas ou mais doenças associadas e, embora em menor percentagem, à natureza do procedimento cirúrgico)⁵⁹.

O seguinte esquema representa a Estrutura Concetual da Classificação Internacional da Segurança do Doente⁶⁰.



⁵⁸ Fragata, José, Risco Clínico, Complexidade e Performance, Almedina, 2006, p. 42;

⁵⁹ Fragata, José, Risco Clínico, Complexidade e Performance, Almedina, 2006, p. 42;

⁶⁰ Estrutura Concetual da Classificação Internacional sobre Segurança do Doente, Relatório Técnico, DGS, Lisboa, 2011, p. 7 e ss (<https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/classificacao-internacional-sobre-seguranca-do-doente-png.aspx>);

Resiliência do Sistema (avaliação de Riscos Pró-ativa e Reativa) - 
Categorias clinicamente significativas e reconhecíveis para identificação e
recuperação de incidentes - 
Informação Descritiva - 

As linhas a cheio representam as relações semânticas entre as classes. As linhas a tracejado representam o fluxo de informação.

A classe, (1) tipo de incidente, “é um termo descritivo para uma categoria que é composta de incidentes de natureza semelhante, agrupada devido a características compartilhadas, em relação às quais existe consenso, tais como incidente do “processo/procedimento clínico” ou “medicação/fluido IV”. Embora cada conceito de tipo de incidente seja distinto, um incidente de segurança de um doente pode ser classificado como mais do que um tipo de incidente”.

A classe, (2) consequências para o doente, “contém os conceitos que dizem respeito ao impacto sobre o doente e que é inteiramente ou parcialmente atribuível a um incidente. As consequências para o doente podem ser classificadas de acordo com o tipo de dano, o grau de dano, e qualquer impacto social e/ou económico”.

“Em conjunto, as classes tipo de incidente e consequências para o doente destinam-se a agrupar os incidentes de segurança do doente em categorias com significado clínico.”

A informação descritiva pertinente, que fornece o contexto do incidente é apurada por quatro classes: (3) características do doente, (4) características do incidente, (5) fatores/perigos contribuintes e (6) consequências organizacionais.

As (3) características do doente “categorizam os dados demográficos do doente, o motivo original do contacto com o serviço de saúde e o diagnóstico clínico principal.”

As (4) características do incidente “classificam a informação acerca das circunstâncias que rodeiam o incidente, o como, o onde e o quando, o trajeto do doente pelo sistema de saúde, o incidente que ocorreu, quem esteve envolvido e quem o comunicou.”

Os (5) Fatores/Perigos Contribuintes “são as circunstâncias, ações ou influências que se pensa terem contribuído para a origem, o desenvolvimento ou o aumento do risco de um incidente. São exemplos os fatores humanos como o comportamento, o desempenho ou

a comunicação; fatores do sistema como o ambiente de trabalho, e fatores externos para além do controlo da organização, como o ambiente natural ou a legislação. Um único incidente de segurança do doente envolve normalmente mais do que um fator e/ou perigo contribuinte.”

As (6) Consequências organizacionais “referem-se ao impacto sobre a organização que é inteira ou parcialmente atribuível a um incidente. As consequências organizacionais indicam os resultados diretos para a organização, como o aumento da utilização de recursos para cuidar do doente, a divulgação na comunicação social ou consequências legais em oposição às consequências clínicas ou terapêuticas, que são consideradas como consequências para o doente. Existe uma relação complexa entre o tipo de incidente e os fatores contribuintes. O mesmo incidente ou circunstância pode ser entendido como um incidente ou um fator contribuinte, dependendo do contexto, circunstância ou resultado. Um incidente tem sempre um conjunto de fatores contribuintes. Embora um incidente possa ser um fator contribuinte para a origem ou desenvolvimento de outro incidente, alguns fatores contribuintes não podem ser incidentes por si só. Assim, um incidente pode ser designado como um tipo de incidente principal dependendo do contexto das regras específicas do sistema de saúde (p. ex., o incidente identificado mais próximo da consequência para o doente), da conceção do sistema de informação ou do tipo de análise de dados. Por exemplo, se um doente com fibrilhação auricular e medicado com varfarina se levantasse à noite para ir à casa de banho, escorregasse e caísse não resultando em nenhum dano visível, o incidente de segurança do doente seria considerado como um incidente sem dano e o tipo de incidente seria categorizado como “um acidente do doente - queda”. Se este doente tivesse sido encontrado na manhã seguinte inanimado no chão, então é provável que o incidente de segurança do doente fosse considerado como um incidente com dano (evento adverso) e o tipo de incidente seria considerado como “gestão clínica”. A queda seria considerada um fator contribuinte envolvendo “fatores de pessoal”, “fatores de ambiente de trabalho”, e “fatores organizacionais/do serviço”.”

“As classes deteção, fatores atenuantes, ações de melhoria e ações empreendidas para reduzir o risco recolhem informações relevantes para a prevenção, para a recuperação do incidente, e para a resiliência do sistema. O conceito de recuperação do incidente, decorre da ciência industrial e da teoria dos erros, e é especialmente importante para permitir a aprendizagem com os incidentes de segurança do doente. É o processo pelo qual

um fator e/ou perigo contribuinte é identificado, entendido e abordado impedindo o fator ou perigo contribuinte de se desenvolver para um incidente de segurança do doente. A recuperação do incidente e a resiliência (resiliência, no contexto da CISD é “o grau com que um sistema continuamente impede, deteta, atenua o dano ou reduz os perigos ou incidentes” para que a organização possa “voltar atrás” na sua capacidade original de prestar cuidados) fornecem o contexto para a discussão sobre a detecção, atenuação do dano, melhoria e redução do risco.”

A (7) detecção “é definida como uma ação ou circunstância que resulta na descoberta de um incidente. Por exemplo, um incidente pode ser descoberto por uma alteração do estado do doente, ou através de um monitor, alarme, auditoria, revisão, ou avaliação de riscos. Os mecanismos de detecção podem ser incorporados formalmente ou desenvolvidos informalmente no sistema como barreiras”

sistemáticas.

Os (8) fatores atenuantes do dano “são ações ou circunstâncias que previnem ou moderam a progressão de um incidente em direção ao dano para o doente. Os fatores atenuantes do dano destinam-se a minimizar o dano para o doente depois da ocorrência do erro e do acionar de mecanismos de controlo de danos. Em conjunto, a detecção e a atenuação do dano podem impedir a progressão de um incidente e que este atinja e/ou prejudique o doente. Se o incidente realmente resultar em dano podem ser introduzidas ações de melhoria.”

As (9) ações de melhoria “são aquelas ações empreendidas ou circunstâncias alteradas para tornar melhor ou compensar qualquer dano depois de um incidente. As ações de melhoria aplicam-se ao doente (a gestão clínica de uma lesão, o pedido de desculpas) e à organização (revisão de casos, “debriefing”, mudança de cultura, gestão de reclamações).”

As (10) ações empreendidas “para reduzir o risco concentram-se em medidas tomadas para prevenir a repetição do mesmo incidente ou incidente semelhante para o doente, e na melhoria da resiliência do sistema. As ações empreendidas para reduzir o risco são aquelas ações tomadas para reduzir, gerir ou controlar o dano, ou a probabilidade de dano associado a um incidente. Estas ações podem ser dirigidas ao doente (a prestação de cuidados adequados, apoio à decisão), ao pessoal (formação, a disponibilidade de políticas/protocolos), à organização (melhoria da liderança/orientação, avaliação pró-ativa

dos riscos) e aos agentes terapêuticos e equipamento (auditorias regulares, limitações físicas funcionais). A deteção, os fatores atenuantes do dano e as ações de melhoria influenciam e informam simultaneamente as ações empreendidas para reduzir o risco.”⁶¹

⁶¹ Estrutura Concetual da Classificação Internacional sobre Segurança do Doente, Relatório Técnico, DGS, Lisboa, 2011, p. 8,9,10 e 11 (<https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/classificacao-internacional-sobre-seguranca-do-doente-png.aspx>);

3.3. Negligência Médica

Seria inevitável abordar o conceito de negligência visto que a maioria das possíveis condenações dos profissionais de saúde resultam de comportamentos deste tipo e “em raras exceções estará em causa o dolo (conhecimento e vontade de praticar certo facto típico)”⁶².

“O facto negligente constitui (...) umas das formas básicas, tipicamente cunhadas, de aparecimento do crime, ao mesmo nível do facto doloso”⁶³. Do artigo 15º do CP⁶⁴ retiramos o conceito de negligência e esta pode assumir duas modalidades: negligência consciente presente na alínea a) (o agente admite como sendo possível a realização do resultado típico, mas confia que o mesmo não venha a acontecer) e a negligência inconsciente presente na alínea b) (o agente nem pensa e põe a possibilidade da realização do facto, ou seja, o agente não representa a possibilidade da produção do resultado).

Segundo Figueiredo Dias o importante da definição “reside, porém, no proémio unitário, sendo aí que se contém o tipo de ilícito (a violação do cuidado a que, segundo as circunstâncias, o agente está obrigado, isto é, a violação do cuidado devido) e o tipo de culpa (a violação do cuidado que o agente, segundo os seus conhecimentos e capacidades pessoais, está em condições de prestar)”⁶⁵. Da interpretação percebemos que o dever objetivo de cuidado por parte do profissional é violado e conduz a um resultado, que por exemplo pode ser o crime de homicídio por negligência ou o crime de ofensa à integridade física por negligência e dependendo das circunstâncias pode ser até considerada negligência grosseira, matéria ulteriormente abordada (art. 137º nº2 do Código Penal⁶⁶)⁶⁷.

“I- O dever cuja violação supõe, consiste em o agente não ter usado aquela diligência que era exigida segundo circunstâncias concretas para evitar o evento, dever esse decorrente quer de normas legais, quer do uso e experiência comum. II- Por outro lado, é

⁶² Bruno, Paula, Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal, Erro em Medicina, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 72;

⁶³ Dias, Figueiredo Jorge de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 859;

⁶⁴ CP, Art. 15º - Negligência: Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz: a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização; ou b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto;

⁶⁵ Dias, Figueiredo Jorge de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 861;

⁶⁶ CP, Art. 137º , Homicídio Negligente, nº2: Em caso de negligência grosseira, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos;

⁶⁷ Bruno, Paula, Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal, Erro em Medicina, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 76;

fundamental que a produção do resultado seja previsível e que só o facto de se ter omitido aquele dever tenha impedido a sua previsão ou a sua justa previsão, previsibilidade e dever de prever estes, que como refere Eduardo Correia (*Direito Criminal, I, VoL*, pág. 426), “...não são todavia uma previsibilidade absoluta mas uma previsibilidade determinada de acordo com as regras da experiência dos homens, ou de certo tipo profissional de homem.”

III – Sendo assim, parece que deve haver um dever de prever, e, portanto, a objetiva possibilidade de negligência, sempre uma conduta em si, sem as necessárias cautelas e cuidados, seja adequada a produzir um evento, o que quer dizer, que é um nexo de causalidade adequada que vem a fixar objetivamente os deveres de previsão, os quais, quando violados, podem dar lugar à negligência, ou seja, que vem dizer quando se deve prever um resultado como consequência duma conduta, em si ou na medida em que se omitem as cautelas e os cuidados adequados a evitá-lo.

IV – Nestes termos, terá de concluir-se que, para que o resultado em que se materializa o ilícito típico possa fundamentar a responsabilidade, não basta a sua existência fáctica, sendo necessário que possa imputar-se objetivamente à conduta e subjetivamente ao agente, significando isto que a responsabilidade apenas se verifica se existir um nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado ocorrido.”⁶⁸

O tipo de ilícito do facto negligente considera-se preenchido “ por um comportamento sempre que este discrepa daquele que era devido e uma situação de perigo para bens jurídico-penalmente relevantes, para deste modo se evitar uma violação juridicamente proibida” e não se deixa integrar pela mera “causação de um resultado (por ex., no caso do homicídio negligente do art. 137º, pela morte de outra pessoa causada pela conduta do agente)”⁶⁹.

Para além do que já foi citado, refere Figueiredo Dias que é “indispensável que tenha ocorrido violação, por parte do agente, de um dever de cuidado que sobre ele impede e que conduziu à produção do resultado típico; e, conseqüentemente, que o resultado fosse previsível e evitável para o homem prudente, dotado das capacidades que detém o “homem médio” pertencente à categoria intelectual e social e ao círculo de vida do agente”⁷⁰. O dever

⁶⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães. 717/04-1, 03-05-2004;

⁶⁹ Dias, Figueiredo Jorge de *Direito Penal, Parte Geral TOMO I*”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 865;

⁷⁰ Dias, Figueiredo Jorge de *Direito Penal, Parte Geral TOMO I*”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 865;

objetivo de cuidado consiste na atuação com diligência adequada a evitar um ato danoso, se puder ser evitável e porque é previsível.

Para que uma conduta de um profissional de saúde seja criminalmente responsabilizada teremos de “ponderar um conjunto de regras que regulam a respetiva atividade, nomeadamente os Estatutos, as regras contidas em Códigos Deontológicos, bem como outras normas não jurídicas, como os protocolos de atuação (guidelines), que constituem as *leges artis* da medicina (regras generalizadamente reconhecidas pela ciência médica).”⁷¹. No entanto e como já supracitado a medicina encontra-se em permanente evolução e renovação cabendo ao médico a responsabilidade do conhecimento sobre os procedimentos existentes antes de atuar.

No entanto, nem toda a violação das *leges artis*, ou por outras palavras, nem todos os erros em medicina são sinónimo de negligência médica penalmente relevante e, portanto, serão apenas aqueles que decorrem da violação do dever objetivo de cuidado. Não é qualquer erro que será punido pois se da ação do médico não resultar ofensa ao corpo ou à saúde do paciente, o médico não será responsabilizado criminalmente.

Em relação à negligência grosseira o nosso CP pune mais severamente (no caso dos artigos 137º nº2 e 369 nº5) ou pune exclusivamente este tipo de negligência (no caso do art. 156º nº3). Para o Direito Penal a negligência grosseira constitui um “grau essencialmente aumentado ou intensificado de negligência”. A negligência grosseira é uma especial intensificação da negligência tanto ao nível da culpa como ao nível do ilícito (“ao nível do tipo de ilícito torna-se indispensável que se esteja perante um comportamento particularmente perigoso e um resultado de verificação altamente provável à luz da conduta adotada.”)⁷²

Faria Costa, entende que o ponto fulcral da negligência grosseira reside na ilicitude da conduta ou do conceito “cuidado de perigo”. Para este autor, estamos na presença de negligência grosseira sempre que, “por força de um alto e inqualificável teor de imprevisão, ou por força de uma profunda ausência de cuidado elementar, forem desrespeitadas as mais evidentes regras de cuidado de perigo para o outro”⁷³. Esta questão da negligência médica

⁷¹ Bruno, Paula, Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal, Erro em Medicina, Coimbra Editora, p. 77;

⁷² Dias, Figueiredo Jorge de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 902 e 903;

⁷³ Costa, José de Faria, Direito Penal Especial- Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial, Coimbra Editora, 2004, p. 94;

tem um especial interesse na atuação médica e vislumbra-se a possibilidade de restringir a punibilidade dos médicos aos casos em que se verifique uma violação particularmente grave dos deveres mais elementares de cuidado⁷⁴. O mesmo autor refere ainda que, “constituindo a negligência grosseira essa forma qualificada de negligência, ela possuirá, ainda que não prevista na parte geral, uma espécie de “generalidade” que legitima a sua existência de facto em domínios outros que não expressamente regulados”⁷⁵.

⁷⁴ Atendendo ao princípio da legalidade, é impossível uma agravação da pena, mas não impede a valoração dentro da moldura penal aplicada. Neste sentido, Costa, José de Faria, *Direito Penal Especial- Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra Editora, 2004, p.94

⁷⁵ Costa, José de Faria, *Direito Penal Especial- Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra Editora, 2004, p.94

3.4. O dever de cuidado médico

Antes de determinar os pressupostos para verificar o dever objetivo de cuidado, é necessário aferir o juízo valorativo que preside à violação do dever objetivo de cuidado, visto que a previsibilidade é estabelecida em termos relativos. Primeiro temos de ter atenção à fase em que o ato do profissional de saúde se encontra, porque a valoração do dever de cuidado pode ser diferente de fase para fase. Na fase de diagnóstico e na fase de tratamento é possível que ocorra um erro negligente por parte do profissional de saúde, tendo em conta que na fase de diagnóstico, por ser uma fase tão precoce e é o primeiro contacto com a doença, só através de critérios muito estritos é que se pode produzir um juízo de violação de cuidado.

“Não se excluindo em absoluto a possibilidade de uma conduta dolosa por parte do médico, a eventual lesão da integridade física ou da vida do paciente verificar-se-á, em regra, sob a forma negligente.”⁷⁶.

Depois de analisarmos o art. 15º CP constatamos que ao nível do ilícito deve verificar-se a violação do cuidado objetivamente devido, ou se preferirmos, a criação de um perigo permitido, que dá origem a um resultado evitável e previsível⁷⁷. Ao nível do tipo da culpa deve verificar-se se as suas capacidades individuais lhe permitiam satisfazer as exigências.

“Recairá sobre o médico um dever de preparação e de informação antes da execução da intervenção. Se o agente não estiver em condições de avaliar concretamente os riscos em causa, só deve atuar depois de se ter informado sobre esses riscos”⁷⁸. Pelas palavras de Sónia Fidalgo e seguindo Figueiredo Dias, se o médico não conseguir alcançar esclarecimento suficiente, o médico deve omitir a conduta (podendo vir a ser punido por negligência se, atuando, lesar bens jurídico-penalmente protegidos)⁷⁹.

⁷⁶ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 54

⁷⁷ Neste sentido veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12-11-2008 (0813421), “(...) o resultado deve ser imputado objetivamente à conduta omissiva do médico que não prestou à lesada os cuidados médicos necessários e adequados a evitar o resultado, que a sua situação exigia segundo as *legis artis* e os conhecimentos da medicina (...) e de que dispunha, estando a tal pessoalmente obrigado e podendo fazê-lo, sendo que o resultado ocorrido, não se verificaria de modo normal e típico, se tivesse sido cumprido/observado esse dever, pois a ação devida era idónea (segundo um juízo de prognose póstuma) a evitar o resultado de acordo com as regras de experiência normais e as circunstâncias concretas conhecidas, (...)”.

⁷⁸ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 77;

⁷⁹ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 77;

O juízo padrão relativo ao dever de cuidado é estabelecido com recurso ao médico médio, colocando-se numa perspetiva ex ante e sempre tendo em conta todas as qualidades relevantes para estabelecer a medida de cuidado socialmente exigível. Fazem parte deste juízo o conhecimento especial e aptidões do profissional de saúde, ou seja, a experiência e conhecimento (e se este se encontra atualizado) sobre determinada situação, e o conhecimento sobre o processo causal. Devido à forte e crescente especialização que se faz sentir hoje em dia na medicina, no juízo padrão deve-se ter em conta a especialidade do médico em causa.

Naquilo que se refere aos conhecimentos especiais, embora que nem todos os profissionais de saúde tenham tais conhecimentos, têm de ter uma base científica e uma eficácia comprovada. No que diz respeito ao ilícito eles apenas revelam as capacidades superiores à média sob pena de virem a introduzir excessivos critérios subjetivos no juízo. Estes conhecimentos especiais tornam-se importantes no âmbito da medicina pela possibilidade que dão de existirem profissionais de saúde altamente especializados e com conhecimentos e técnicas distintas, mas, no entanto, também se exige mais do que um mero cumprimento da norma de cuidado. Nestes casos é necessária a prova de que as determinadas técnicas especiais ou determinados conhecimentos especiais teriam evitado o resultado danoso. Com isto, está também relacionado o dever de preparação e informação que sobre o médico impende, de atualizar os seus conhecimentos. “O médico tem o dever de se adaptar às descobertas e avanços na sua profissão, tanto no que se refere a instrumentos e medicamentos como a técnicas e procedimentos diagnósticos e terapêuticos”⁸⁰.

Para analisar cada caso temos sempre de recorrer às regras da medicina, visto que elas estabelecem um conjunto de disposições que iram determinar o risco permitido pelos profissionais de saúde na sua atividade. Os profissionais de saúde e mais concretamente o médico, deve sempre ter em conta, quando em atividade, as regras contidas no Estatuto da Ordem dos Médicos e no Código Deontológico da Ordem dos Médicos porque neles estão inscritos os deveres de atuação.

Por outro lado, e não menos importantes, as *leges artis* que determinam a melhor forma para o médico atuar, são imprescindíveis porque delas nasce o indício da violação da norma de comportamento contida no tipo legal de crime. Porém, as *leges artis* não têm caráter

⁸⁰ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008, p. 77;

normativo, nem vinculativo, tendo sempre de ser conjugadas com a especificidade biológica do doente e com a liberdade que é dada ao procedimento médico. Para Sónia Fidalgo existe um espaço de liberdade da ação médica e a autora entende que “este espaço livre de manobra que se confere ao médico tem fronteiras que devem ser delimitadas por critérios de racionalidade - a chamada “medicina escolar” e o estágio da ciência médica desenvolvem um espaço de contra controlo, isto é, um papel aferidor daquele espaço livre de manobra”⁸¹. O recurso às *leges artis* é inevitável para delas formar um juízo de ilicitude, mas não se pode cingir apenas ao conteúdo das mesmas.

Para Sónia Fidalgo o profissional de saúde tem um conjunto de deveres que devem ser respeitados tais como o dever de preparação e informação antes da execução da intervenção, atualização de conhecimento, autoavaliação relativamente à sua capacidade para realizar corretamente um tratamento e o dever de esclarecimento ou informação terapêutica⁸². Estes deveres constituem em abstrato o médico diligente e cuidadoso, mas têm sempre de ser enquadrados no momento da atuação médica. Por exemplo, se um médico assumindo uma intervenção sem avaliar corretamente a sua capacidade de a realizar pode ser responsabilizado por negligência na assunção (assunção de tarefas) ou aceitação (aceitação de responsabilidades) porque não está preparado, faltam-lhe conhecimentos ou até mesmo a experiência necessária para proceder à intervenção⁸³.

Com estes fundamentos, evidencia-se que as *leges artis* variam de situação para situação e não podem ser valorizadas para um juízo sem estarem inseridas no contexto da atuação. Para estes casos, há autores que entendem que, quando exista uma violação do dever de cuidado, o juízo deve ser precedido de uma *lex artis ad hoc*, inserindo todos os fatores de risco que estão presentes naquele momento para aquela intervenção⁸⁴.

Tendo a medicina múltiplos riscos associados no que toca à intervenção médica, é difícil para um juiz analisar se estamos perante uma atitude negligente ou se o resultado negativo é consequência de um acidente ou azar decorrente de erros próprios da atividade médica e em auxílio do juiz existe a prova pericial. Os relatórios disponibilizados pelo

⁸¹ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, p. 73;

⁸² Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, p. 76 e ss;

⁸³ Dias, Jorge de Figueiredo, Velhos e novos problemas da doutrina da negligência em Direito Penal, in Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, 2002, p. 675 e ss; .

⁸⁴ Carvalho, Tomé de, Descrição e prova nos crimes por negligência. Especificidades no domínio da negligência médica, Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº1, 1º Semestre, 2009;

Instituto Nacional de Medicina Legal e os pareceres de Especialidade da Ordem dos Médicos são determinantes para se definir a causa do resultado e na violação do dever de cuidado, contudo não se consegue uma reconstrução total do fato que permita pôr termo a toda a dúvida e assim responsabilizar o profissional de saúde.

As perícias médico-legais são efetuadas nas delegações e nos gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal e, na impossibilidade destes serviços, as perícias referidas anteriormente poderão ser realizadas por entidades terceiras, públicas ou privadas, contratadas ou indicadas para o efeito⁸⁵.

Assim o perito, como auxiliar do juiz, coloca-se na posição do médico, considerando todos os fatores de atuação incluindo os conhecimentos especiais, a pluralidade de agentes, a complexidade da intervenção e os meios disponíveis, e forma um juízo de prognose póstuma, que equivale ao juízo de violação de dever de cuidado⁸⁶.

No diagnóstico o profissional de saúde enfrenta um conjunto de sintomas que deve relacionar a uma patologia e prever um perigo para a saúde e consequentemente adequar o tratamento mais adequado, de modo a evitar o resultado. Para Lobo Antunes, na fase de diagnóstico, o médico “usa essencialmente uma metodologia hipotético-dedutiva, que consiste num processo lógico sequencial, que começa na colheita de dados históricos (anamnese) e da história pessoal, familiar e social e é seguida pelo exame físico do doente. É tão formulada uma primeira hipótese de diagnóstico, cuja confirmação ou negação depende dos dados fornecidos pela medição de parâmetros químicos, fisiológicos ou outros pelo recurso a técnicas de imagem”⁸⁷.

O erro no diagnóstico pode existir e a par dele existirem várias causas como um deficiente conhecimento do médico, falta de meios complementares para aferir o diagnóstico ou em particulares casos clínicos, a falta de sintomas, não cooperação do paciente ou até

⁸⁵ Lei nº 45/2004 Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses, de 19/07 Art. 2º - Realização das perícias; Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, p. 90

⁸⁶ Conforme resulta do art. 163º do Código de Processo Penal, o juiz técnico-científico presume-se subtraído à livre apreciação do julgador. Contudo o juiz pode sempre fundamentar a discordância do juízo científico pois o Acórdão da Relação de Évora, 21 de Outubro de 2010 pronunciou-se e indica quatro pressupostos para a aceitação do juízo científico: “saber se existe perícia reconhecida e se estão cumpridos os requisitos formais atinentes às notificações e exercício possível do contraditório (possibilidade de indicação de consultores técnicos); saber se o parecer assenta em factos e dados suficientes e judicialmente aceites; se foram utilizados princípios e métodos (científicos e técnicos) de confiança; se esses princípios e métodos foram devidamente aplicados aos factos do caso a ser julgado”

⁸⁷ Antunes, António Lobo, A profissão de médico, *Análise Social* XXXVIII, nº166, 2003, p.82

mesmo simulação de sintomas⁸⁸. Portanto, na formulação do dever objetivo de cuidado deve-se atender à valoração do médico em relação à sintomatologia, às *leges artis*, à concorrência de sintomas que preveem o tratamento de determinada doença, a clareza na troca de informação entre médico e paciente e também o contexto estrutural (urgências, consulta de rotina ou num consultório médico) onde se produziu o diagnóstico.

Chegamos ao momento em que nos deparamos novamente com a previsibilidade. O médico, simultaneamente, tem de prever a evolução da doença, através de um juízo antecipado de adequação terapêutica, ou seja, o chamado prognóstico médico. No entanto não se exige ao médico um juízo infalível sobre a evolução da doença derivado ao conjunto de fatores que concorrem nesta fase.

Posto isto, o médico na fase de diagnóstico tem o dever de realizar todas as comprovações médicas necessárias, para evitar ou reduzir resultados negativos que possam acontecer, pelo que a responsabilidade penal terá caráter excepcional e nunca baseada na falha do juízo médico visto que nesta fase o risco permitido é ampliado. No entanto é necessário provar que se o médico acertasse no diagnóstico, iria evitar com todas as certezas, o resultado negativo produzido⁸⁹.

Numa fase seguinte, a fase do tratamento, a zona de indeterminação médica é mais restrita uma vez que entramos na fase do erro de execução (“casos em que (...) vem a ser atingido objeto diferente daquele que estava no propósito do agente. (...) O resultado ao qual se referia a vontade de realização do facto não se verifica, mas sim outro (...) de espécie diferente. (...) A produção do outro resultado, que tanto podia não ter lugar como ser de outra gravidade, só pode eventualmente conformar um crime negligente.”)⁹⁰. Nesta altura todos os critérios de violação de dever de cuidado são aplicados sem especificidades.

“Cometido a título de negligência (previsibilidade objetiva do resultado e violação do dever de cuidado) traduzindo-se numa ofensa à integridade física do paciente ou à vida deste, o erro do tratamento pode ser causal de um crime de ofensas à integridade física por negligência ou de homicídio involuntário, por parte do médico inábil ou imprudente”⁹¹.

⁸⁸ Pina, Esperança, A responsabilidade dos médicos, 3ª Edição Revista, atualizada e ampliada, Lidel, 2003, p. 69 e ss;

⁸⁹ Foi neste sentido que se pronunciou o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5 de Março de 2004.

⁹⁰ Dias, Figueiredo Jorge de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 361;

⁹¹ Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, A negligência médica hospitalar na perspetiva jurídico-penal, estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar, Almedina, 2013, p. 272;

3.5. O dever objetivo de cuidado – tipo de ilícito negligente

A característica evidente nos tipos de ilícito negligente é a diferente relação que intercede entre ação e resultado porque, “como se verá, nem todos os delitos negligentes (se bem que isso suceda com a maior parte) têm forçosamente de assumir a forma de crimes de resultado, antes podem ser também crimes de mera atividade”⁹². Responsabilizar alguém por um delito negligente “implica sempre uma “responsabilidade pelo acaso” (quando a realização típica integral, nomeadamente o resultado - de dano ou de perigo – se verificou) e, nesta medida, um pedaço de responsabilidade pelo resultado, com a consequente violação do princípio da culpa.”⁹³. Segundo o que foi dito em conformidade com o art. 15º do CP, o tipo de ilícito negligente é a violação pelo agente de um dever de cuidado que sobre ele juridicamente existe responsabilidade. Esta violação traduz o desvalor da ação – “conteúdo pessoal do ilícito – pertencente ao facto negligente; “desvalor ao qual acrescerá um desvalor, hoc sensu, de “resultado”, traduzido, por regra, na produção, causação e previsibilidade” do evento típico e, excecionalmente, a própria realização típica integral”⁹⁴.

A previsibilidade relativamente ao perigo pode ser aferida tendo em conta a figura do “homem consciente e cuidadoso do sector do tráfico a que pertence o agente, na concreta situação em que se encontrava e contemplando a situação de perigo ex ante”. Com este juízo de cognoscibilidade objetiva de perigo, considera-se o especial conhecimento causal do autor, ou por outras palavras, o autor possui conhecimento relativo à situação de perigo e ao seu desenvolvimento.⁹⁵

O juiz tem de ter em conta todas as circunstâncias do caso concreto com o fim de determinar qual o comportamento médio mais adequado a evitar a lesão de bens jurídicos. E para tal, segundo o Dr. Figueiredo Dias, o juiz recorre a normas de cuidado “que servem concreta e especificamente o tipo de ilícito respetivo”, não sendo exigido “a observância

⁹² Dias, Figueiredo Jorge de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 866;

⁹³ Dias, Figueiredo Jorge de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 867;

⁹⁴ Dias, Figueiredo Jorge de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 868;

⁹⁵ Apud Jescheck, Hans-Heirich, Tratado de Derecho Penal – Parte General, Volume 2º (tradução e adições de Direito Espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde), Bosch, Casa Editorial, S.S., Barcelona, p. 798;

geral do cuidado que toda a pessoa deve comportar-se no seu relacionamento interpessoal e comunitário”⁹⁶

É importantíssimo analisar a perigosidade da situação em causa e dos bens jurídicos em risco, para determinar qual a medida de cuidado exigível para combater o risco da atuação, referindo-se a prudência, controle e supervisão e os deveres de informação que se relacionam com os conhecimentos específicos e a experiência⁹⁷.

O dever objetivo de cuidado deve materializar-se tendo em conta a análise dos factos de modo que se estabeleça a tipicidade ou atipicidade da conduta. Por este motivo é necessário estabelecer limites (objetivos), tendo em conta juízos que criam e traçam o limite suportável da vida em relação e que não se concretizem apenas com a violação de normas de cuidado. Temos de tornar subjacente a esta valoração um juízo de adequação social, como que constitutivo do tipo negligente e preparado para determinar a ilicitude da conduta causadora do resultado. Para Paula Ribeiro de Faria “a relevância típica da conduta negligente estará sempre dependente da valoração global da conduta, que por princípio assume duas funções simultâneas: ocupa o elemento típico, designadamente onde não há critérios fácticos e jurídicos capazes de orientar a sua definição, e decide ao mesmo tempo do preenchimento do tipo, ou seja, da conformidade da conduta ao modelo de ilícito legalmente previsto”⁹⁸.

O juízo de ilicitude do facto negligente é estabelecido, por um lado, recorrendo a critérios objetivos (é estabelecido o cuidado necessário para a vida em relação) e a critérios normativos. Os critérios normativos dividem-se num juízo da capacidade de evitar e de previsão médio e num critério que determine o que é socialmente adequado.

Neste juízo realizado, tem de estar presentes todos os fatores, circunstâncias e elementos constitutivos da ação, contudo questiona-se se critérios individuais específicos (subjetivos) podem ser introduzidos como a capacidade do agente, o seu conhecimento específico e as próprias aptidões que iram determinar se seria possível evitar, por parte do agente, o resultado.

⁹⁶ Dias, Jorge de Figueiredo, Velhos e novos problemas da doutrina da negligência em Direito Penal, in Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, 2002, p. 673;

⁹⁷ Apud Jescheck, Hans-Heirich, Tratado de Derecho Penal – Parte General, Volume 2º (tradução e adições de Direito Espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde), Bosch, Casa Editorial, S.S., Barcelona, p. 800;

⁹⁸Faria, Paula Ribeiro de, A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal, Porto, Universidade Católica, 2005, p.835 e 836;

Observando uma perspectiva estritamente objetivista, o juízo relativo à ação é objetivo pelo que os critérios subjetivos são rejeitados, ou seja, evitar ou prever o perigo determina diretamente a infração da norma de cuidado, sendo que os critérios subjetivos são remetidos para o plano da culpa.

Contudo, os defensores da tese da inclusão dos critérios subjetivos defendem a sua posição afirmando que quando se evita a realização da ação típica tem de se ter em conta as capacidades específicas individuais do agente, sob pena do facto negligente se transformar num crime de desobediência à norma. Para defenderem esta perspectiva, argumentam com a impossibilidade de definir o “homem diligente e cuidadoso”, através de critérios gerais e abstratos, sem adaptação à realidade e conseqüentemente surgiria uma situação injusta no que toca ao plano material, visto que se valiam sempre do critério padrão e deixava de se valorizar as condutas vindas de agentes com capacidades superiores à média⁹⁹.

Para Paula Ribeiro de Faria esta perspectiva pode vir a criar situações injustas, “ao desonerar o destinatário da ordem jurídica que, por ser menos hábil, menos conhecedor ou menos capaz, não se mostra apto a cumprir com as exigências mínimas de cuidado, comprometendo o desempenho de uma função de prevenção geral pela norma e a própria sobrevivência da sociedade”¹⁰⁰.

Independentemente das capacidades de cada um, o ilícito corresponde à descrição da conduta proibida e aplica-se de uma forma geral a todos os indivíduos recetores da mesma.

Relativamente às capacidades inferiores à média é importante referir os argumentos apresentados pelo Dr. Figueiredo Dias devido à negação no plano do ilícito. Primeiro é impossível apreciar, de forma individual, aquilo que cada um pode produzir que violaria a norma que o Direito tutela. No que toca à culpa, o seu conteúdo seria um mero juízo de censura violador do princípio da culpa. Para Figueiredo Dias “seria insustentável aceitar um comportamento violador do dever objetivo de cuidado daquele que não se encontra em condições pessoais de o cumprir pudesse ser considerado lícito e contra ele não pudesse ser

⁹⁹ Apud Jescheck, Hans-Heirich, Tratado de Derecho Penal – Parte General, Volume 2º (tradução e adições de Direito Espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde), Bosch, Casa Editorial, S.S., Barcelona, p. 791;

¹⁰⁰ Faria, Paula Ribeiro de, A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal, Porto, Universidade Católica, 2005, p. 925;

exercida uma ação defensiva ou não fosse legítimo aplicar-lhe, em caso de perigosidade, uma medida de segurança”¹⁰¹.

Quando abordamos o ilícito negligente, pretendemos estabelecer o limite do objetivamente devido, através de uma valoração global da conduta e por isso é que Paula Ribeiro de Faria aceita que se aceda a critérios subjetivos para determinar o cuidado devido quando sirva de critério interpretativo ao parâmetro objetivo (consiste no abstrato e generalizado homem médio). Para suprimir a necessidade de delimitação de um padrão média às circunstâncias de cada caso concreto e a valoração de todos os fatores para se firmar o ilícito negligente, para Paula Ribeiro de Faria “os conhecimentos do agente são sempre necessários para saber do cuidado médio exigível naquela situação” bem como as aptidões e o estado do conhecimento do agente¹⁰². Contudo estes pressupostos não podem individualizar a capacidade do agente em concreto, mas pelo contrário, delimitar o cuidado médio exigível.

Neste contexto, do ilícito negligente, ainda se coloca a questão de, ao lado do tipo de ilícito objetivo, se afirmar o tipo de ilícito subjetivo como acontece no dolo, mas para a autora supracitada, a objetividade do ilícito negligente não permite a autonomia de um tipo subjetivo de ilícito, porque não existe ligação com a vontade do sujeito e o “agente não tem de representar a possibilidade de ocorrência do resultado, nem dirigir a sua vontade à realização, o agente não tem possibilidade de evitar o resultado”¹⁰³. Ou seja, quando estamos perante a negligência consciente, não há qualquer intervenção de um critério subjetivo, mas é um pressuposto da previsibilidade média e quando estamos perante a negligência consciente, o conhecimento do agente auxilia, pois é padrão de definição do cuidado objetivo que o agente deveria ter.

¹⁰¹ Dias, Jorge de Figueiredo, Velhos e novos problemas da doutrina da negligência em Direito Penal, in Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, 2002, p. 682 e ss;

¹⁰² Faria, Paula Ribeiro de, A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal, Porto, Universidade Católica, 2005, p. 929 e ss;

¹⁰³ Faria, Paula Ribeiro de, A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal, Porto, Universidade Católica, 2005, p. 898;

3.6. Princípio da Confiança

Atualmente a medicina atua com vários profissionais de saúde que entre si têm uma relação de interdisciplinaridade e com competências divididas e esta realidade traduz-se na responsabilidade em equipa.

Falando de medicina em equipa, teremos de falar do princípio da divisão do trabalho que se traduz numa “adequada distribuição de tarefas entre várias pessoas que colaboram para alcançarem um objetivo comum, podendo, assim, determinar-se que funções desempenha cada um dos intervenientes e qual a sua contribuição no desenvolvimento e cumprimento do trabalho em conjunto”¹⁰⁴.

É o princípio da divisão do trabalho que permite delimitar a responsabilidade de cada membro da equipa e aferir a responsabilidade em equipa é necessário distinguir a chamada divisão de trabalho vertical e divisão de trabalho horizontal que se impõe entre os profissionais de saúde. A divisão de trabalho vertical está imposta no vínculo de superioridade ou subordinação dentro da relação hierárquica, enquanto que a divisão de trabalho horizontal encontra-se na prestação de cuidados de saúde por diferentes profissionais de saúde e onde não existe nenhum vínculo de supervisão. Atendendo a esta distinção, a doutrina tem verificado que a atuação do princípio da confiança é mais restrita na divisão de trabalho vertical¹⁰⁵. “Os fenómenos da divisão de trabalho horizontal e vertical são dados de facto que, para auxiliarem na determinação do dever de cuidado que recai sobre cada membro da equipa, exigem a intervenção”¹⁰⁶ de um apoio jurídico, tendo de se convocar o princípio da confiança.

O princípio da confiança é visto hoje como um princípio de delimitação do tipo de ilícito negligente. Segundo o princípio da confiança, nas relações, cada sujeito deve confiar que os demais se comportam de acordo com a norma de cuidado¹⁰⁷.

Este princípio tem um papel importante nas condutas negligentes e em relação ao trabalho médico em equipa cada vez tem maior relevância. Como já foi referido, no

¹⁰⁴ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, p. 102;

¹⁰⁵ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, p. 105 e 106;

¹⁰⁶ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, p. 107;

¹⁰⁷ Dias, Figueiredo Jorge de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p.871 e ss;

tratamento médico podem interferir vários profissionais de saúde e o princípio da confiança surge como “princípio delimitador de responsabilidades” e segundo este princípio “ na interação com outros, cada sujeito deve poder confiar que os demais se comportem de acordo com a norma de cuidado, salvo se tiver razão concretamente fundada para pensar ou deve pensar de outro modo”¹⁰⁸: Não podemos desagregar este princípio do princípio da divisão de tarefas pois este delimita o âmbito de competências de cada profissional de saúde, sendo diferente consoante a divisão de trabalho seja vertical ou horizontal.

No âmbito da divisão de trabalho vertical, e como já referido, vigora o princípio da confiança, mas limitado visto que existe uma relação hierárquica subjacente. Para Sónia Fidalgo e seguindo a doutrina maioritária, nestes casos existem deveres de cuidado secundários como os deveres de escolha, informação, vigilância que limitam o princípio da confiança do superior hierárquico em relação aos subordinados¹⁰⁹.

Em relação à divisão de trabalho horizontal, onde consequentemente existe uma paridade nos médicos que estão a atuar como é o caso do cirurgião e enfermeiro, o único limite que pode existir prende-se com a violação dos deveres de cuidado pela parte do médico. Foi assim que se pronunciou, no âmbito da divisão de trabalho horizontal, o Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Junho de 2009, “no caso de um eventual abandono de compressa no campo operatório, o cirurgião só poderá ser responsabilizado se existirem indícios suficientes de que não foi feita a conferência das gazes pelo elemento da equipa responsável por essa tarefa”.

No exercício da medicina em equipa, todos os membros têm uma finalidade comum, ou seja, todos eles pretendem o bem-estar do paciente. Mas se algum dos membros da equipa se aperceber da atuação inadequada por parte de outro, tem o dever de intervir no sentido de evitar as consequências de tal atuação¹¹⁰.

Sónia Fidalgo e Figueiredo Dias entenderam que a justificação substantiva do princípio da confiança radica no princípio da autorresponsabilidade de terceiros. Segundo Figueiredo Dias “as outras pessoas são também seres responsáveis; se se comportam descuidadamente, tal só deverá afetar, em princípio a sua própria responsabilidade. Dito por

¹⁰⁸ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, p. 111;

¹⁰⁹ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, p. 156 e ss;

¹¹⁰ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, p. 115;

outras palavras: como regra geral, não se responde pela falta de cuidado alheio, antes o direito autoriza que se confie em que os outros cumprirão os deveres de cuidado”¹¹¹.

¹¹¹ Figueiredo Jorge de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p.883

3.7. Imputação objetiva do resultado à ação

Para se preencher globalmente o ilícito é fundamental a produção do resultado típico, ou seja, a verificação do desvalor do resultado. Apesar da violação do dever de cuidado, a inobservância do resultado isenta o profissional de saúde da responsabilidade penal. Para Jescheck, o desvalor do resultado consiste na “produção, causação e previsibilidade de resultado”¹¹².

Todavia, há casos em que a previsão do resultado negativo permanece, mas é o único modo de salvar a vida do paciente, à partida será sempre para salvaguardar um bem jurídico maior. Mesmo prevendo um resultado negativo, o médico atua para proteger o bem jurídico e se não atuar é certo que o resultado lesivo se produza efetivamente, mas é esta situação que o médico quer evitar. Nestas situações tem de haver uma ponderação entre os riscos existentes e os benefícios da intervenção.

Não obstante a previsão do resultado, de acordo com o curso causal dos elementos essenciais, pode originar dúvidas relativamente à negligência consciente uma vez que já existe a previsão de perigo e nestas situações a previsão do resultado é estabelecido conforme os critérios médios¹¹³.

Dos resultados produzidos, nem todos são tipicamente relevantes, devendo introduzir-se critérios de imputação objetiva para afirmar com razoável probabilidade que o agente criou um perigo juridicamente desaprovado e evitado caso atuasse com o cuidado devido.

Quando estamos perante crimes negligentes, quando está verificada a violação do dever de cuidado, deve estabelecer-se uma relação de causalidade de modo a imputar o resultado produzido à conduta indevida. Ou seja, num juízo de prognose póstuma, reportado ao momento de fato e de acordo com as normas da experiência, a ação praticada com a violação do dever de cuidado é a causa do resultado.

No nexos de imputação objetiva, devem estar presentes critérios de correção (comportamento lícito alternativo, o fim de proteção da norma de cuidado, a diminuição do risco e comportamento da vítima), de maneira a negar a imputação do resultado à ação,

¹¹² Apud Jescheck, Hans-Heirich, Tratado de Derecho Penal – Parte General, Volume 2º (tradução e adições de Direito Espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde), Bosch, Casa Editorial, S.S., Barcelona, p. ;802

¹¹³ Apud Martín, M^a Ángeles Rueda, —La concreción del deber objetivo de cuidado em el desarrollo de la actividade médico-quirúrgica curativa], in InDret, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com) Barcelona, Octubre de 2009, p. 807;

quando existem outros fatores de criação de risco ou quando se verifique a diminuição de um risco não permitido.

3.8. A culpa

A culpa é um dos elementos mais importantes da Doutrina Penal, assumindo uma posição central na dogmática jurídico-penal e é o princípio que estrutura toda a responsabilidade penal e limita a pena. O princípio da culpa, princípio segundo o qual não há pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa, constitui uma máxima fundamental de todo o direito penal. Este princípio, fruto de doutrinas retributivas é muito importante porque é pressuposto e limite da pena¹¹⁴.

O conteúdo da culpa é “dado pela censurabilidade da ação ilícita-típica em função da atitude interna juridicamente desaprovada que naquela se expressa e fundamenta” e sendo um juízo ético valorativo, a culpa representa uma “atitude de descuido ou leviandade perante o Direito e as suas normas”¹¹⁵.

A culpa negligente é composta pela previsibilidade e evitabilidade subjetiva do perigo. Para Américo Taipa de Carvalho, a previsibilidade subjetiva de perigo é “a possibilidade do agente, segundo as suas capacidades individuais e circunstâncias concretas em que a ação é praticada, ter previsto os perigos ou riscos da sua conduta. Ao passo que a evitabilidade subjetiva é a “possibilidade de o agente ter cumprido o dever objetivo de cuidado”, de acordo com os conhecimentos, domínio da técnica e destreza¹¹⁶.

Pela conceção material de culpa preconizada por Figueiredo Dias, verificamos que o que está em causa é não aferir o concreto poder de atuar de outra maneira. Trata-se “de acordo com a experiência, os outros agindo em condições e sob pressupostos fundamentalmente iguais àqueles que presidiram à conduta do agente, teriam previsto a possibilidade de realização do tipo de ilícito e tê-lo-iam evitado”. Desta forma, o juízo que preside, “não é o do tipo médio, mas o tipo de homem da espécie e com as qualidades e capacidades do agente”¹¹⁷. Posto isto, as capacidades pessoais do agente revelam na medida

¹¹⁴ Dias, Figueiredo José de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p.511 e ss

¹¹⁵ Dias, Figueiredo José de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 896

¹¹⁶ Carvalho, Américo Taipa de, Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p.531

¹¹⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, Velhos e novos problemas da doutrina da negligência em Direito Penal, in Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, 2002, p.689

em que a previsibilidade do perigo e a sua evitabilidade se apresentem como pessoalmente cognoscível e pessoalmente evitável¹¹⁸.

De acordo com Jescheck, as circunstâncias que não podem reprovar-se ao agente são várias, tais como: os defeitos corporais, a falta de inteligência, as lacunas de conhecimento e a experiência, a perda de faculdades em razão da idade, assim como especiais dificuldade situacionais para as quais não estaria preparado.”¹¹⁹ e nestes casos existe uma “impossibilidade pessoal de perceber ou cumprir o dever de cuidado”¹²⁰.

Para Figueiredo Dias e decorrente desta ideia, em casos de culpa por assunção ou aceitação, é essencial a possibilidade de o agente reconhecer que não possui as condições essenciais para desempenhar a tarefa¹²¹.

Numa vertente diferente, mas relacionada, é a questão de a incapacidade individual corresponder a uma causa geral de exclusão da culpa. Em resposta a esta questão e segundo Roxin, para se responder penalmente por um delito, o autor teria de ter realizado o perigo não permitido que se encontrava sob proteção da norma, mas também criar o perigo não permitido e, além disso, o nexó ou conexão com o fim de proteção da norma, devem ser previsíveis subjetivamente pelo agente e o resultado evitado por ele. Roxin entende que esta individualização comporta limites como será o caso de defeitos de carácter. Por isso, a capacidade subjetiva de evitar o resultado depende da análise da “inteligência, formação e conhecimentos, assim como do sexo, idade e outras condições físicas do agente” e ainda de referir “o esgotamento ou a excitação pessoal no momento do facto”¹²².

A incapacidade subjetiva não é considerada uma causa de exclusão da culpa, visto que a sua delimitação se estabelece recorrendo aos critérios de previsibilidade e evitabilidade subjetiva do perigo, estabelecida em termos médios. No que toca à inimputabilidade (por anomalia psíquica¹²³), esta constitui mais de que uma causa de exclusão, ou seja, a

¹¹⁸ Dias, Figueiredo José de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 898;

¹¹⁹ Jescheck, Hans-Heirich, Tratado de Derecho Penal – Parte General, Volume 2º (tradução e adições de Direito Espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde), Bosch, Casa Editorial, S.S., Barcelona, p. 819;

¹²⁰ Dias, Figueiredo José de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 900;

¹²¹ Dias, Figueiredo José de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 901;

¹²² Apud Roxin, Claus, Derecho Penal – Parte General – Fundamentos, la estructura de la teoria del delito, 2ª Edição, TOMO I, (tradução e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal), Civitas, 1997.

¹²³ Art. 20º CP – Inimputabilidade por anomalia psíquica: 1 - É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação. 2 - Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não

inimputabilidade é um obstáculo à determinação da culpa. Isto porque o substrato biopsicológico da inimputabilidade, “aliado a um certo efeito sobre a personalidade do agente, destrói as conexões reais e objetivas de sentido que ligam o facto à pessoa do agente, a tal ponto que o seu ato pode ser (causalmente) “explicado”, mas não pode ser “compreendido” como “facto de uma pessoa”¹²⁴. A inimputabilidade em razão da idade¹²⁵ refere-se aos menores de 16 anos. Só estão sujeitas a responsabilidade penal as pessoas que, no momento da prática do facto, tenham perfeito os 16 anos. No entanto, os ilícitos cometidos por menos de 16 anos, não deixam de ser “objeto de tutela estadual, uma vez que também em relação a esses factos deve o estado cumprir o dever de proteção de bens jurídicos a que está adstrito” (Nos casos de menores com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos e que tenham praticado um facto qualificado pela lei como crime, o regime aplicável é o da LTE, aprovado pela lei nº 166/99 de 14 de Setembro)¹²⁶. Nas palavras de Figueiredo Dias o fundamento para os dois tipos de inimputabilidade é da mesma índole: “tal como uma certa sanidade mental é condição de apreciação da personalidade e da atitude em que ela se exprime, também o é um certo grau de maturidade”¹²⁷.

Quando falamos das capacidades inferiores à média não podemos “relevar no sentido de excluir a tipicidade do facto negligente, antes só devem relevar a nível da culpa”¹²⁸. E formulando um juízo comparativo com o tipo de homem da espécie e com as qualidades e capacidades do agente, não é certo excluir a culpabilidade por si só, isto porque aquele tipo de homem com as mesmas capacidades poderia ter previsto e evitado o resultado. No sentido inverso, também a não utilização das capacidades especiais ou superiores à média não pode deixar de conduzir à afirmação da tipicidade do facto negligente mesmo quando se não revele violado o cuidado objetivamente devido. “Seria incompreensível e inaceitável que se não imputasse um comportamento negligente ao cirurgião magistral que, por não estar

acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída. 3 - A comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas pode constituir índice da situação prevista no número anterior. 4 - A imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o facto.

¹²⁴ Dias, Figueiredo José de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 570;

¹²⁵ Art. 16º CP – Inimputabilidade em razão da idade: Os menores de 16 anos são inimputáveis;

¹²⁶ Dias, Figueiredo José de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 596;

¹²⁷ Dias, Figueiredo José de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 594;

¹²⁸ Dias, Figueiredo José de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 871;

para maçadas ou porque está com pressa, deixa morrer um paciente na sala de operações por ter utilizado no caso apenas as capacidades correspondentes ao cirurgião “médio” e não aquelas de que pessoalmente dispõe e está em condições de empregar.”¹²⁹.

É então necessário existir previsibilidade subjetiva do resultado, de modo a estabelecer um nexo de imputação subjetiva, pelo conhecimento do processo causal.

¹²⁹ Dias, Figueiredo José de Direito Penal, Parte Geral TOMO I”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, p. 874;

4. Conclusão

Com este estudo concluímos que no nosso ordenamento jurídico, tem vindo a aumentar, os casos de responsabilidade penal e mesmo que ainda num número reduzido já nos permite falar na jurisprudência nacional neste domínio.

Ao longo da dissertação tentamos abordar a temática da responsabilidade penal médica, sabendo que “o direito penal apenas intervém na regulação e resolução de litígios emergentes na comunidade como *ultima ratio*, ou seja, quando a lesão de bens jurídicos assume uma gravidade justificativa da intervenção do sistema jurídico e da justiça na limitação da liberdade individual.”¹³⁰

O Direito Penal não fica indiferente à relevante e fundamental função social que é exercida pela medicina e por tal razão, tem um regime diferenciado e privilegiado no que diz respeito à responsabilidade médica, mais especificamente relativo às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Contudo quando a atividade de um profissional de saúde viola todas as regras de cuidado, criando com isso um risco não permitido e esse risco tem como resultado numa ofensa ao corpo ou à saúde, ou até mesmo pondo fim à vida do paciente, o Direito Penal não pode ficar alheio, sendo impreterível a sua intervenção.

Contudo a atividade médica é uma profissão de risco e como tal é suscetível de criar lesões em bens jurídicos fundamentais, contudo não se criminaliza esse ato devido aos fins que esses mesmo pretendem atingir.

Hoje em dia as pessoas estão mais informadas e já não existe o profissional médico como figura divina. A medicina está em constante evolução e o médico para proceder a uma boa prática médica deve seguir os padrões das *leges artis*, assim como o que é definido no CDOM e outros protocolos ou organizações médicas. No entanto como o médico deve acompanhar a evolução da medicina e atualizar o seu conhecimento, também deverá haver uma evolução nas *leges artis*, tendo estas que ser interpretadas com uma maior flexibilidade e de acordo com a evolução da medicina, porque são elas que condicionam a liberdade de atuação do médico. “É conhecido o inconveniente convocado pelos médicos de que, havendo regras escritas, os juristas tenderão a exigir, em cada caso, uma observância estrita dos procedimentos recomendados, não atendendo às circunstâncias concretas em que o médico atuou. No entanto (...) do jurista deve exigir-se, precisamente, a contextualização da atuação

¹³⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 36/03.3GCTCS.C1., 11-03-2009

do médico - na aferição da responsabilidade médica, como em qualquer outra decisão judicativa, o ponto de partida da ponderação judicial há de ser o caso concreto”¹³¹.

É importante também a distinção entre o erro “propriamente dito” (é uma realidade natural da própria prática médica. É uma conduta profissional inadequada resultante da utilização de uma técnica médica/terapêutica que se tornou lesiva para a saúde ou vida do paciente) e o erro negligente (construído a partir do ilícito, através de um critério de violação do dever objetivo de cuidado. É composto pela previsão de um perigo para determinado bem jurídico e a falta de cuidado objetivo adequado a impedir o resultado típico).

Apesar do regime diferenciado e privilegiado é necessária uma regulação mais precisa e a criação de formas adequadas de punição que acompanhem a realidade atual de modo a garantir uma tutela mais abrangente dos bens jurídicos em causa, mas também para impor aos profissionais de saúde uma melhor preparação e um maior cuidado em situações em que a probabilidade de ocorrência de lesões é elevada.

“(…) não é impossível impedir o erro na sua totalidade, dado que a biologia é incerta e mais incerto ainda o comportamento humano, mas é possível criar toda uma cultura que torne o erro menos provável e que minimize as suas consequências (…)”¹³²

Para prevenir o erro podemos idealizar uma melhor prevenção. Segundo José Fragata esta prevenção implicaria uma maior atenção por parte dos profissionais de saúde “ao desenho dos sistemas e dos circuitos de funcionamento” dos locais onde se pratica Medicina. “Devem ser simples, sem equívocos e dotados de alarmes ou defesas que alertem para o erro, idealmente mesmo antes de ele surgir – deteção de near misses”.¹³³ O erro é um fenómeno descontínuo e “corresponde a uma trajetória de tendência para uma ocorrência nefasta”, ou seja antes de um evento adverso “houve, em geral, uma série não registada de “near misses”, que só não provocaram mais acidentes porque as defesas do sistema funcionaram.” Portanto, o profissional de saúde tem de estar atento e registar tais ocorrências e assim detetar atempadamente as tendências viciosas e conseguir prever o erro. É fundamental que o profissional de saúde se habitue a reportar, todas as ocorrências fora do esperado para que alguém, “a nível mais alto”, as analise e identifique as trajetórias de erro

¹³¹ Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, p. 92;

¹³² Fragata, José e Luís Martins, O erro em Medicina, Perspetivas do indivíduo, da organização e da sociedade, Almedina, 2004, p. 121;

¹³³ Fragata, José e Luís Martins, O erro em Medicina, Perspetivas do indivíduo, da organização e da sociedade, Almedina, 2004, p. 121;

ou a violação de regras, que “urgirá” corrigir antes de “um grande desastre”. José Fragata refere ainda que deve existir um sistema de eventos de declaração obrigatória, ou seja, “estabelecer um conjunto de eventos ou ocorrências inesperadas que devem ser obrigatoriamente reportados, ainda que de forma anónima, para que, e face a esses indicadores e trajetória, se possa atuar, prevenindo os acidentes. A qualidade das instituições também merece destaque, visto que, apesar de nos melhores hospitais também existirem erros, mas estes não provocam grandes acidentes. José Fragata sugere ainda que “a qualidade dos atos médicos pode e deve ser prospectivamente auscultada por auditorias regulares que visem avaliar os resultados obtidos” e terá como objetivos o controlo de qualidade, mas também detetar as tendências de erro.¹³⁴

Com esta exposição julgamos ter cumprido os objetivos traçados e tentamos de uma forma clara, científica e objetiva tratar as questões relacionadas com a responsabilidade penal médica. Deparamo-nos com alguns entraves causados principalmente pela falta de jurisprudência e de doutrina específica. Contudo, tais entraves, não foram motivo de impedimento para a realização da presente dissertação, tendo a noção que muito ficou por dizer.

¹³⁴ Fragata, José e Luís Martins, *O erro em Medicina, Perspetivas do indivíduo, da organização e da sociedade*, Almedina, 2004, p. 121;

5. Bibliografia

Andrade, Manuel da Costa, Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra Editora, 1991, (dissertação de doutoramento);

Antunes, António Lobo, A profissão de médico, *Análise Social* XXXVIII, nº166, 2003, (<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218737656G8cFZ6yg8D118UH9.pdf>);

Bruno, Paula, Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal, *Erro em Medicina*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2010;

Carvalho, Américo Taipa de Direito Penal - Parte Geral – Questões Fundamentais da Teoria Geral do Crime, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2008;

Carvalho, Tomé de Descrição e prova nos crimes por negligência. Especificidades no domínio da negligência médica, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº1, 1º Semestre, 2009;

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

Dias, Jorge de Figueiredo, Velhos e novos problemas da doutrina da negligência em Direito Penal, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, 2002;

Dias, Figueiredo Jorge de *Direito Penal, Parte Geral TOMO I*”, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, 2012;

Faria, Paula Ribeiro de, *Erro em Medicina e o Direito Penal*, in *Lex Medicinæ*, Coimbra, Abril de 2011;

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

Fidalgo, Sónia, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008;

Fragata, José, *Risco Clínico, Complexidade e Performance*, Almedina, 2006;

Fragata, José, Segurança dos doentes - Uma abordagem prática, Lidel, Universidade Nova de Lisboa;

Fragata, José e Luís Martins, O erro em Medicina, Perspetivas do indivíduo, da organização e da sociedade, Almedina, 2004;

Jescheck, Hans-Heirich, Tratado de Derecho Penal – Parte General, Volume 2º (tradução e adições de Direito Espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde), Bosch, Casa Editorial, S.S., Barcelona;

Pina, Esperança, A responsabilidade dos médicos, 3ª Edição Revista, atualizada e ampliada, Lidel, 2003;

Pereira, André Gonçalo Dias, Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, 2012;

Pereira, André Gonçalo Dias, Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2015;

Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, A negligência médica hospitalar na perspetiva jurídico-penal, estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar, Almedina, 2013;

Simões, José Augusto, Erro Médico, Revista Portuguesa de Medicina em Geral e Familiar, 2010;

Jurisprudência (www.dgsi.pt):

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 1490/09.1TAPTM.L1-3, 16-12-2015;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães. 717/04-1, 03-05-2004;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12-11-2008 (0813421);

Acórdão de 2015-12-16 (Processo n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3), Tribunal da Relação de Lisboa;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 36/03.3GCTCS.C1., 11-03-2009;