

# O DOLO E A NEGLIGÊNCIA NA RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA<sup>1</sup>

Karolen Ramos da Silva Dias<sup>2</sup>

Resumo: No âmbito deste estudo trataremos essencialmente da questão do dolo e da negligência na responsabilidade penal médica. Trata-se de uma questão complexa pois são diversas as variáveis presentes nomeadamente o facto de lidarmos com seres humanos que estão suscetíveis a erros e ainda outras condições, externas e internas, que terão impacto direto na atuação médica. Todos estes aspetos têm de ser considerados aquando da responsabilização médica. Averiguamos que não basta haver um dano causado em virtude de uma atuação médica para que haja efetivamente responsabilidade penal. O dolo e a negligência são figuras de suma relevância neste âmbito e assumem papéis distintos e com diferentes consequências jurídicas e, na prática, não ocupam a mesma posição. Na nossa jurisprudência há uma presunção de que a atuação médica não seria dolosa pelo facto de existir uma intenção terapêutica o que seria incompatível com a existência do dolo. Nesse sentido, na maioria das decisões jurisprudenciais se entende estar perante a casos de negligência sendo raros os casos em que se considerar ter havido dolo.

Resumen: En el marco de este estudio trataremos esencialmente la cuestión del dolo y la negligencia en la responsabilidad penal médica. Se trata de una cuestión compleja pues son diversas las variables presentes, en particular, el hecho de tratar con seres

---

<sup>1</sup> Trabalho elaborado no âmbito da Pós-graduação de Direito Penal e Medicina, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017.

<sup>2</sup> Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestranda em Ciências jurídico-forenses na pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós graduada em Biótica e Direito Penal e Medicina pela mesma instituição. Advogada estagiária.

humanos que son susceptibles a errores y aún otras condiciones, externas e internas, que tendrán impacto directo en la actuación médica. Todos estos aspectos tienen que ser considerados en el momento de la responsabilidad médica. Averiguamos que no basta con un daño causado en virtud de una actuación médica para que haya efectivamente responsabilidad penal. El dolo y la negligencia son figuras de suma relevancia en este ámbito y asumen papeles distintos y con diferentes consecuencias jurídicas y, en la práctica, no ocupan la misma posición. En nuestra jurisprudencia hay una presunción de que la actuación médica no sería dolosa por el hecho de existir una intención terapéutica lo que sería incompatible con la existencia del dolo. En ese sentido, en la mayoría de las decisiones jurisprudenciales se entiende estar ante casos de negligencia siendo raros los casos en que se considere haber habido dolo.

Índice: Introdução 1- O profissional – médico 2- Responsabilidade médica a) Considerações gerais b) A responsabilidade médica 3- O Dolo e a negligência 3.1- Dolo a) Qualificação e tipos de dolo b) O dolo na responsabilidade penal médica 3.2- Negligência a) Problemática em geral b) A negligência na responsabilidade penal médica I. Erro médico e negligência II. A relação de causa e efeito III. Parâmetros concretizadores do cuidado objectivamente devido IV. O relevo das capacidades do agente para a fundamentação do ilícito típico negligente 4- O conceito jurídico- penal de intervenção e tratamento médico-cirúrgico do art. 150.º do Código Penal 5- O crime de violação das *legis artis* 6- Conclusão 7- Bibliografia

## INTRODUÇÃO



o presente estudo abordaremos a temática do dolo e da negligência no âmbito da responsabilidade penal médica. Pretendemos dar a conhecer o papel que estas

figuras assumem no âmbito da responsabilidade médica bem como que lugar assumem, neste meio, no nosso ordenamento jurídico.

Para cumprir com tal propósito, faremos algumas considerações sobre a responsabilidade médica de forma que se possa compreender não só o contexto do tema em análise mas também de que forma esta responsabilidade pode ser vista e quais são as implicações inerentes a mesma. Para um maior entendimento e compreensão do papel do dolo e da negligência, faremos uma análise de tais figuras no sentido de delimitá-las, categorizá-las, ver de que forma estão inseridas no direito penal e qual a relevância e a função que elas assumem no seio da responsabilidade penal médica especificamente.

Veremos também de que forma têm decidido nossos tribunais em casos de responsabilidade penal médica sendo então de se verificar se as decisões estão inclinadas para aceitação do preenchimento do dolo e da negligência ou de apenas um deles em detrimento do outro.

Por fim, e porque estão intimamente ligados com esta temática sendo de suma importância no âmbito da responsabilidade penal médica, faremos uma breve análise acerca do conceito jurídico-penal de intervenção e tratamento médico-cirúrgico do art. 150.º do Código Penal e do crime de violação das *legis artis*, previsto no número 2 do mesmo artigo.

## 1- O PROFISSIONAL – MÉDICO

Para iniciar a temática que nos propusemos abordar, cumpre em primeira linha saber quem, face ao nosso ordenamento jurídico, é considerado médico, estando desta forma obrigado a cumprir as regras da profissão (*leges artis*) e muitos outros deveres inerentes a esta classe, e estando também sujeito às normas penais que supõem esta qualificação. A resposta é-nos dada pelo E.O.M. (DL 282/77 de 5 de Julho), nomeadamente

pelos seus arts.1º e 8º.

Estatuem estes artigos que, para o exercício da profissão é necessária a licenciatura em medicina, a respetiva inscrição na Ordem dos Médicos e o exercício da profissão de médico em qualquer regime de trabalho. Só estando preenchidos estes requisitos é que um agente se poderá afirmar na qualidade de médico no ordenamento jurídico português.

## 2- RESPONSABILIDADE MÉDICA

### A) CONSIDERAÇÕES GERAIS

Apesar de, durante muitos anos, os médicos confrontarem-se com pouca frequência com a responsabilidade penal<sup>3</sup> hoje tem-se seguido um caminho diferente (não é difícil encontrar na nossa jurisprudência casos que evidência a responsabilidade penal dos médicos) como o leque das condutas criminalmente relevantes neste domínio vai muito além do que é "tradicional": as ofensas à integridade física e o homicídio por negligência (por ação e por omissão), as violações da autonomia pessoal do doente e o desrespeito do dever de sigilo profissional. Os tipos incriminadores passaram a abranger formas de realização completamente diferentes daquelas que acolheram durante séculos, pense-se no comprometimento de bens jurídicos fundamentais que pode estar envolvido na realização de ensaios clínicos e experiências, na propagação de doenças contagiosas ao mesmo tempo que se vai perfilando a eventualidade da criação de outros tipos legais específicos da actividade médica.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup>Não nos referimos as fases históricas em que bastava o resultado mais o risco da profissão médica para que houvesse punição.

<sup>4</sup>Na Califórnia, por exemplo, é prevista a incriminação do contato sexual entre doente e psicoterapeuta, quer tenha lugar durante o tratamento, quer ocorra depois de terminada a relação profissional entre ambos, não podendo em caso algum ser invocado o consentimento do doente como como defesa por parte do médico.

## B) A RESPONSABILIDADE MÉDICA

Ao falarmos de responsabilidade penal dos médicos ou dos profissionais de saúde estamos a tratar de crimes que assentam em actos praticados por médicos ou outros profissionais de saúde e que se encontram conexonados com a sua prática profissional, isto devido às situações em que se enquadram estamos a referir-nos, obviamente, a condutas que contendem com a vida, a integridade física ou a saúde psíquica das pessoas humanas, genericamente da saúde física e mental (em termos latos), enquanto bens jurídicos garantidos pela lei criminal de forma típica e especial, com reporte a valores fundamentais da comunidade social e defendidos pela ordem jurídica através da sanção penal e também civil.

Desde logo a distinção entre os parâmetros das responsabilidades em causa, tanto civis como penais, se reveste por vezes de grande complexidade ao nível prático, dependendo muitas vezes da própria estratégia do acusador ou do próprio titular do bem ofendido e do seu patrocínio jurídico temos assim que ao nível de protecção penal que é necessariamente mais exigente ao nível dos pressupostos e assentará sempre em ofensas consideradas suficientemente graves e assumidas como tal – tipificadamente e segundo um princípio de legalidade estrita (segundo os princípios de aplicação da lei penal) – pela comunidade política e social.

É certo que a responsabilidade penal, nestas situações, terá quase sempre como decorrência a existência de danos ou prejuízos, nas suas diversas formas, que podem e deverão ser indemnizados segundos os princípios da responsabilidade civil, mesmo em adesão ao processo de cariz penal a casuística da responsabilidade penal dos médicos ou dos demais profissionais de saúde acompanha e convoca as características genéricas como: i) a complexidade técnica e científica das matérias e que é reflectida ao nível de condutas humanas que são um exercício

prático – a medicina é uma praxis e assente em componentes de um saber prático, desenvolvido e com um adequado rigor técnico, metodológico e deontológico; i) é necessária sensibilidade e atenção aos desenvolvimentos científicos e técnicos, o que exige plasticidade, mas em que não deve ser descurado o contexto de risco ou de perigo para a vida humana em todos os seus componentes (vida, integridade física e saúde mental); e, além de uma forte presença da ética, da deontologia e da delimitação das regras profissionais e técnicas no tratamento da casuística desta responsabilidade penal há quem distinga entre dois tipos de abordagem<sup>5</sup>

- **ABORDAGEM NORMATIVA:**

Esta assenta no enunciado típico dos diversos tipos de crime e das cláusulas legais mais convocáveis quando tratamos da responsabilidade penal dos médicos ou dos demais profissionais de saúde, no exercício da sua actividade profissional (Parte Especial do Código Penal, sem descuidar a reflexão que tem de estar sempre presente da teoria geral do direito penal e da Parte Geral do mesmo Código). Como: auxílio ao suicídio (eutanásia e suas diversas tipologias e distinções); homicídio a pedido da vítima; art.º 134.º CP incitamento ou ajuda ao suicídio art.º 135.º CP; aborto ou interrupção voluntária da gravidez (início e termo da vida; vida intra-uterina; discussão ética e cláusulas de justificação) aborto e interrupção da gravidez não punível arts.º 140.º a 142.º CP; ofensa à integridade física por negligência derivada de acto médico com dispensa facultativa de pena (se não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias) art.º 148.º, n.º 2, alínea a), CP; consentimento na intervenção médica com ou sem fins terapêuticos art.ºs 149.º, 150.º, 156.º e 157.º (caso particular do art.º 168.º), CP com consentimento e com

---

<sup>5</sup>Coelho, Nuno, in Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional Ano de Publicação: 2013, CEJ, pg. 84.

violação das *legis artis* (há que distinguir art.º 150.º, n.º 1, CP - intervenção médica com finalidades terapêuticas - intervenção médica sem finalidades terapêuticas (art.º 149.º CP; abordagem das situações enquadradas como experimentação pura, tratamentos e métodos não cientificamente convalidados, doação de tecidos e órgãos para transplantes, operações cosméticas, esterilização, transexualismo e castração); crime de perigo de intervenção médico-cirúrgica violadora das *legis artis* – art.º 150.º, n.º 2, CP sem consentimento; intervenções e tratamentos médico cirúrgicos arbitrários – art.º 156.º CP, necessitando de ser ponderada a possibilidade, a extensão e a qualidade da informação médica prestada, com o dever de esclarecimento no art.º 157.º CP; destaca-se aqui também o crime de procriação artificial não consentida – art.º 168.º CP, que especializa ou desdobra esta matéria específica no seio dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual; crimes de perigo comum (necessidade de articular as diversas classificações e tipologias de crime de perigo) - corrupção de substância medicinal – art.º 282.º CP - propagação de doença; alteração de análise ou de receituário (meios complementares de diagnóstico ou de tratamento) – art.º 283.º CP; recusa de médico (acto médico) – art.º 284.º CP (especialidade da omissão de auxílio em vista do particular dever deontológico ínsito a este desempenho profissional, necessitando de uma maior ponderação dos casos de urgência médica e do dever de tratamento)

- **ABORDAGEM TÓPICA:**

Esta assenta nos principais temas ou institutos de cariz criminal que são tratados, analisados ou reflectidos pela prática a propósito desta responsabilidade penal dos profissionais da saúde a nível de intensidade da ilicitude, criminal e civil. Como: incisivas dificuldades na prova (nem sempre existem evidência científicas e elas são também resultado de interpretações

periciais) e na abordagem do nexos de causalidade entre a conduta (ou a omissão) e o resultado; particular funcionamento ou intervenção das causas de justificação, sobretudo ao nível do consentimento (cláusulas especiais justificativas, desculpativas ou até, num outro nível, de isenção de pena); problemas de apuramento dos fenómenos de comparticipação face aos crimes específicos (que dependem de uma qualidade especial ou específica, designadamente profissional do agente; crimes específicos próprios e impróprios); especial delineamento do perigo, tanto ao nível do dolo do perigo como do perigo comum e dos comportamentos negligentes perigosos; distinção mais dificultada entre a negligência e o dolo, designadamente nas zonas de fronteira entre o dolo eventual e a negligência consciente; apuramento da negligência, com especial recurso à chamada culpa normativizada (*leges artis, clinical practice guidelines*, normas de orientação clínica, código deontológico, comissões de ética, literatura científica) e com atenção a um ponderado princípio da confiança em matéria de divisão de tarefas no seio de uma equipa médica, cirúrgica ou de saúde, e também na articulação com as situações de urgência médica e o dever de tratamento.

### 3- O DOLO E A NEGLIGÊNCIA NA RESPONSABILIDADE PENAL

O Direito Penal é a forma mais gravosa de responsabilidade que pode existir dentro de um ordenamento jurídico, uma vez que as sanções que envolve contêm com a liberdade das pessoas, sendo uma forte restrição aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. A Constituição da República Portuguesa impõem que o Direito Penal seja a última *ratio* da punição, devendo também por isso assumir um caráter subsidiário perante os outros ramos do direito.<sup>6</sup> Destarte, só podem ser objeto de

---

<sup>6</sup> Neste sentido falamos aqui no conceito de dignidade penal (*Strafwürdigkeit*). Nas palavras de Costa Andrade: “ é a expressão de um juízo qualificado de



proteção penal os direitos e interesses constitucionalmente protegidos, pois só eles podem justificar a restrição de direitos que a punição penal implica. Acresce que, só deve haver sanção criminal quando tal se mostre necessário para salvaguardar os bens constitucionais, tal como estatui o art. 18.º, n.º 2 CRP.

O que acabamos de referir não é uma questão de menor importância para o nosso tema, isto porque, a atividade médica é sem sombra de dúvidas a atividade que mais intimamente se encontra ligada com os bens jurídicos fundamentais, como a vida a integridade física e a liberdade das pessoas. Assim, quando estes bens jurídicos são violados existe uma forte necessidade da intervenção do Direito Penal - do *ius puniendi*.

Para responsabilizar um agente criminalmente é necessário que esse agente, para além de ter praticado uma ação penalmente relevante, i.e., simultaneamente típica e ilícita, também mereça um juízo censura, de culpa. A culpa é o fundamento e o limite da medida da pena, não sendo possível aplicar uma pena a quem não tenha agido com culpa. Seguindo os ensinamentos de Figueiredo Dias, a culpa jurídico-penal não se revela de uma maneira unitária, mas é dada através de dois tipos de culpa: 1) culpa dolosa e 2) culpa negligente<sup>7</sup>. Torna-se então necessária, a distinção entre estes dois conceitos.

### 3.1- DOLO

#### a) QUALIFICAÇÃO E ELEMENTOS DO DOLO

---

*intolerabilidade social, assente na valoração éticosocial de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade*” in A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, RPCC n.º 2º, abril-junho de 1992, pp. 173-205. Significa isto que só os atos que criem um grave dano social são dignos da proteção e da tutela penal. E ainda o conceito de necessidade penal onde as restrições limitam-se ao necessário, ou seja, se outros ramos do direito através das suas sanções, forem suficientes para acautelar a manutenção dos bens jurídicos, então não se impõe a tutela do Direito Penal, porque ela deixa de ser necessária, intervindo assim o ramo do direito que melhor tutele esses mesmos bens).

<sup>7</sup> Dias, Figueiredo – “Direito Penal, Parte Geral Tomo I” (.), pgs 348 e ss.

O CP não define o dolo do tipo, mas tão só, no art. 14.º, cada uma das formas em que ele se analisa. Actualmente a doutrina dominante tem definido-o, numa formulação mais geral, como conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo de ilícito. É necessário averiguar como se decompõe a estrutura do dolo e como esta se justifica.

O art. 13.º do CP determina que *“só é punível o facto praticado com dolo, ou nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.”* Isto significa, antes de mais, que a conduta mais grave será a conduta dolosa. Assim a estrutura do dolo será politico-criminalmente condicionada pela diferente relevância dos delitos dolos e negligentes. *“A esta luz, e só a ela, se justifica a conceitualização do dolo do tipo como conhecimento (momento intelectual) e vontade (momento volitivo) de realização do facto.”*<sup>8</sup> Torna-se pois necessário a avaliação destes elementos que compõe a estrutura do dolo. Nas palavras de Fernanda Palma *“... a distinção entre um elemento intelectual e um elemento volitivo torna-se, fundamentalmente, uma distinção para efeitos de análise. Na conduta intencional, não há qualquer separação entre o estado cognitivo e a volição, que seja, realmente, vivida pelos agentes.”*<sup>9</sup>

- ELEMENTO COGNITIVO OU INTELECTUAL DO DOLO

Para se poder dizer que o agente actuou dolosamente, tem primo, que se poder dizer que o agente conhecia os elementos objectivos essenciais do tipo que a sua conduta, objectivamente, preenche. Trata-se efectivamente *“... da necessidade,*

---

<sup>8</sup> Dias, Jorge Figueiredo de, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais e a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2012, pgs. 349 e 350.

<sup>9</sup> Palma, Maria Fernanda de, Distinção entre dolo eventual e negligência consciente em Direito Penal- justificação de um critério de vontade, Lisboa, 1981, dissertação de curso pós-graduado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1978, pg. 205.

*para que o dolo do tipo se afirme, que o agente conheça, saiba, represente ou tenha consciência (consciência “psicológica” ou consciência “intencional”) das circunstâncias do facto (e não de factos...) que preenche o tipo de ilícito objectivo.”*<sup>10</sup> A função desempenhada por este elemento pretende que “*ao actuar, o agente conheça de tudo quanto é necessário a uma correcta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente se liga à acção intentada, para o seu carácter ilícito.*”<sup>11</sup>

Os elementos objectivos essenciais, isto é, os elementos que definem o tipo, podem ser descritivos ou normativos. Os primeiros são aqueles que correspondem a conceitos da linguagem comum, corrente (como: mulher –art. 168.º CP; corpo- art. 143.º CP) e os segundos são os que correspondem a linguagem jurídica (*stricto sensu*), ou elementos correspondentes a conceitos da linguagem jurídica. Assim, não será exigível que o agente faça uma exata subsunção jurídica dos factos na lei em que estão previstos porque se assim o fosse apenas os juristas atuariam dolosamente. “*Necessário e suficiente será sim o conhecimento pelo agente dos elementos normativos, antes que na direcção de uma exacta subsunção jurídica, na de uma apreensão do sentido ou significado correspondente, no essencial e segundo o nível próprio das representações do agente, ao resultado daquela subsunção ou, mais exactamente, da valoração respectiva.*”<sup>12</sup>

Este conhecimento de que se tem vindo a falar deve ser um conhecimento atual, sendo, no entanto, certo que essa atualidade do conhecimento não tem que corresponder a uma “*noção viva e exacta*”<sup>13</sup> de todos os pormenores, nem tão pouco uma noção isenta de perturbação emocional, dos elementos objetivos do tipo. O conhecimento exigido pelo dolo do tipo requer a sua actualização na consciência psicológica ou

---

<sup>10</sup> Dias, Jorge Figueiredo de, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões... pg. 351.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pgs. 352 e 353.

<sup>13</sup> Beleza, Teresa Pizarro de, Direito Penal, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1980, pg. 186

intencional no momento da ação. “A consciência requerida pelas circunstâncias de facto será actual do próprio ponto de vista psicológico ... não apenas quando aquelas são assumidas pelo agente sob a forma de representação ... mas também quando ... elas são co-consciencializadas, isto é, assumidas por uma consciência que não é considerada explicitamente, mas que é atendida com outros conteúdos conscientemente considerados e tem assim também de ser implicitamente tomada em conta de forma necessária.”<sup>14</sup> Se, por exemplo “um médico sabe que um medicamento pode produzir um colapso cardíaco sob determinadas circunstâncias e receita posteriormente esse medicamento sem pensar que aquelas condições estão de novo dadas, então ele tem um conhecimento actualizável no momento das circunstâncias de facto que integram o tipo objectivo da ofensa à integridade física grave com perigo para vida (art. 144.º/d), mas não possui consciência actual, e age, portanto, sem dolo do tipo.”<sup>15</sup>

O conhecimento da realidade é elemento primordial e indispensável do dolo criminal, pois a vontade (ou a aceitação) de lesão de um bem jurídico pressupõe, necessariamente, o conhecimento dos elementos geradores (ao menos, potencialmente) dessa lesão. Nesse sentido, havendo uma ausência de conhecimento ou um conhecimento infiel de tais elementos terão como consequência a ausência de dolo, pois estaremos na presença da negação do elemento de conhecimentos requerido pelo dolo, ou seja, o agente não conhece elementos aos quais deve estender-se o dolo. Aqui se manifesta a teoria do erro em Direito Penal, nomeadamente nos elementos do facto típico, mas poderemos englobar aqui também às problemáticas do erro sobre a proibição e do erro sobre os pressupostos de justificação do art. 16.º do CP (embora as mesmas tenham as suas especificidades aqui não nos ocuparemos do tema).

---

<sup>14</sup> Dias, Jorge Figueiredo de, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões... pg. 355.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

- ELEMENTO VOLITIVO DO DOLO

O dolo do tipo não se basta com o conhecimento das circunstâncias de facto, torna-se ainda necessário que haja uma vontade de realizar certa conduta e/ou obter certo resultado, isto é, é exigível que a prática do facto “*seja presidida por uma vontade dirigida à sua realização*”<sup>16</sup>

É comum elencar três formas ou espécies de dolo com base na direcção desta vontade sendo eles o dolo directo, o dolo necessário e o dolo eventual.

No dolo directo o agente atua com vista à realização do facto típico (alguma doutrina fala a este propósito em dolo directo intelectual ou de primeiro grau).<sup>17</sup> O que importa nesse tipo de dolo é a vontade do agente de realizar o facto típico (art. 14.º n.º1 do CP).

Já no dolo necessário, o objetivo do agente, ao atuar, não é a realização do facto típico, antes tem como finalidade outro facto sendo que este segundo que anima a vontade do agente. Contudo, ao representar e querer praticar este segundo facto, o agente representa como consequência necessária da sua conduta o facto típico, aceitando tal consequência. Isto pressupõe a colocação do facto típico, não no centro da vontade do agente, mas em uma zona periférica relativa às consequências inevitáveis de uma conduta e aceites em prol da realização do objetivo do agente (art. 14.º, n.º2 do CP).<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Dias, Jorge Figueiredo de, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões... pg. 366.

<sup>17</sup> Para aquelas que fazem apenas uma bipartição entre dolo directo (intelectual ou de primeiro grau e necessário ou de segundo grau) e dolo eventual. Seguindo esta bipartição FIGUEIRO DIAS refere que serão ainda considerados como dolo directo os casos em que a realização do facto típico não constitui o fim último da atuação do agente mas surge como um pressuposto ou estado intermédio necessário para alcançar seu objetivo. *Ibidem*, pg. 367.

<sup>18</sup> Para Figueiredo Dias no dolo directo necessário ou de segundo grau “*a realização do facto não surge como pressuposto ou degrau intermédio para alcançar a finalidade da conduta, mas como sua consequência necessária, se bem que lateral relativamente ao fim da conduta. Esta inevitabilidade pressupõe já uma característica*

Por fim, no dolo eventual o elemento intelectual é caracterizado pela possibilidade de produção do facto típico, caracterizando-se o elemento volitivo (tal como no dolo necessário, mas com menos intensidade, dada a diferença entre os elementos intelectuais de uma e outra forma de dolo) pela aceitação da produção do facto típico, representado como possível em consequência da conduta do agente (art. 14.º, n.º 3 do CP). Assim, também aqui o agente não tem como finalidade imediata o facto típico sendo esta uma consequência da atuação do agente, consequência esta que o agente representa como uma possibilidade e aceita-a.

Por este motivo há lugar a as teorias que pretendem distinguir o dolo eventual da negligência consciente que analisaremos aquando do desenvolvimento da negligência.

## b) DOLO NA RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA

Transpondo estes conceitos jurídico-penais para a temática em estudo, cremos que os casos em que há culpa dolosa, ou seja, a intenção de provocar dano pelos profissionais médicos, é muitíssimo rara. A maior parte dos casos consubstanciam uma atuação negligente em que o médico agiu com falta de prudência.

Em medicina o direito e jurisprudência têm uma preocupação na forma de tratamento dos médicos, inclusivamente da jurisprudência é quase possível de se retirar uma presunção de não dolo.

No acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26/02/2014<sup>19</sup> – está em causa um caso em que B foi deu entrada

---

*especial a nível do elemento intelectual do dolo do tipo: a previsão do facto há-de ter ultrapassado a mera representação da consequência como possível, para o ser como certa ou amos menos altamente provável.” Ibidem.*

<sup>19</sup> Processo n.º 1116/10.0TAGRD.C1, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/221af72962b0078880257c910057bd89?OpenDocument>

nos serviços de urgência devido a uma queda da qual resultou uma fratura no maléolo e uma escoriação na parte anterior do tornozelo. B foi atendida pelo arguido B que indicou que se pusesse tala de gesso e fosse limpa a escoriação tendo o mesmo receitado comprimidos para dor. No entanto B não receitou antibióticos e tão pouco marcou uma consulta no espaço de 7 a 10 dias para o acompanhamento das lesões. Sucedeu que antes dos 10 dias, A ao sentir dores na zona da escoriação dirigiu-se novamente ao hospital tendo sido verificado que havia uma “ferida com necrose de pele”. Devido a isto B teve de passar por uma cirurgia para excerto de pele A escoriação desenvolveu um problema grave e o doente teve de levar um transplante de pele que causou uma cicatriz de 3cm e tais lesões determinaram um período de doença fixável em 43 dias para a cura, com afectação da capacidade para o trabalho geral e para o trabalho profissional. Para mais, ficou provado que A consulta de controlo e vigilância referida teria diminuído o perigo de vir a desenvolver-se uma necrose, pelo menos, com a extensão que veio a assumir e teria evitado, pelo menos, que a necrose descrita tivesse assumido a extensão que veio a ser constatada.

Perguntava-se então se o médico tinha atuado com dolo. O Tribunal veio dizer que não apresentando vários argumentos sendo o último deles *“porque, por via de regra, a actuação de um médico, no exercício da sua profissão, não é dolosa. A afirmação do dolo, resultando de forma presuntiva, terá que estribar-se em sólidos e inequívocos elementos objectivos, dos quais seja razoável, de acordo com as regras da experiência, da normalidade e da lógica, inferi-lo. Nos autos não detectamos elementos objectivos com as apontadas características e que permitam, através daquelas regras, concluir que o arguido actuou dolosamente, quanto à violação das *leges artis* e quanto à criação do perigo.”*

Esta presunção resulta da intenção terapêutica, ou seja, a partir do momento em que se assume que os médicos atuam

com intenção terapêutica, então temos de presumir que não assumem essa posição de indiferença face ao bem jurídico.

A responsabilidade por dolo é relativamente excecional<sup>20</sup>. A maioria da jurisprudência tem a ver com a forma negligente.

Não obstante, para haver responsabilidade, será sempre necessário que haja um nexo de causalidade entre o dano causado e o ato ou omissão praticados pelo médico. Destarte, há que surgir a demonstração de que o resultado final não se verificaria se o agente tivesse praticado e/ou omitido certa ação. *“Conclui-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 objectivamente à conduta e subjectivamente ao agente. Significa isto que a responsabilidade apenas se verifica se existir um nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado ocorrido .”*<sup>21</sup>

### 3.2- NEGLIGÊNCIA

#### a) PROBLEMÁTICA EM GERAL

O agente atua com negligência quando não observa os deveres de cuidado devidos, não atua diligentemente. A negligência pode ser inconsciente ou consciente. No primeiro caso o agente representa o risco da sua atuação mas não se conforma

---

<sup>20</sup> Tal não quer dizer que não se encontre decisões em que o Tribunal decide no sentido da existência de dolo como o foi no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06/03/2009, processo n.º 186/05.8TAMD, em que este decidiu no sentido de haver dolo eventual de uma médica obstetra que ausentou-se do hospital durante o horário de trabalho e que tendo sido solicitada sua presença na realização de um parto que apresentava dificuldades negou-se a comparecer.

Disponível em: <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/HTML/002552.htm>

<sup>21</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo n.º 717/04-1, de 03 de maio de 2005, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/0/0d1cadacfea689a980256ee000465987?opendocument>



com o resultado da mesma. Já na segunda, o agente também representa o risco que é criado com a sua atuação porém conforma-se com a possibilidade do resultado se concretizar.

É quanto a este segundo tipo, negligência consciente, que há grande discussão em torno de saber a diferença entre esta e o dolo eventual. No intuito de traçar tal distinção surgiram diversas teorias que propuseram os seus critérios para a distinção entre as duas figuras. Vejamos algumas delas:

- Teorias da probabilidade: para estas teorias o dolo do tipo não se basta com a mera possibilidade de realização, é antes necessário que a representação ganhe forma de probabilidade ou de uma probabilidade relativamente alta de se vir a concretizar o resultado típico. Assentam na premissa de que o agente contará tanto mais com a realização típica quanto mais provável esta lhe parecer. As formulações mais recentes desta teoria procuram basear dolo eventual numa especial qualidade de representação do facto típico como possível exigindo-se que o agente tome a realização como concretamente possível, que não a considere improvável e que parta de um ponto de vista pessoalmente vinculante.
- Teorias da aceitação: estas teorias baseiam a distinção na análise da vontade do agente, logo no elemento volitivo do dolo. Questiona-se se o agente terá, apesar da representação da realização típica, aceitado intimamente a sua verificação ou se, ao menos, terá revelado uma indiferença perante ela ou se, por outro lado, não se conformou com a verificação tendo-a repudiado intimamente. No primeiro caso estaremos perante do dolo eventual e no segundo da negligência consciente.
- Teorias da conformação: são estas amplamente dominantes nos dias de hoje e consta, para alguns autores como Figueiredo Dias, do art. 14.º, n.º 3 CP *”quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta há dolo se o agente actuar*

*conformando-se com aquela realização*”. Aqui é exigido algo mais do que o conhecimento do perigo da realização típica uma vez que o agente pode, apesar de ter tal conhecimento, acreditar levianamente que a verificação do tipo não ocorrerá e age então com negligência consciente. Essencial é *“que o agente toma a sério o risco de (possível) lesão do bem jurídico, que entre com ele em contas e que, não obstante, se decida pela sua realização do facto”*.<sup>22</sup>

Encontramos na jurisprudência referências nesse mesmo sentido como o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de outubro de 2010<sup>23</sup> *“O dolo eventual significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e conforma-se com ela. O conteúdo da culpa no dolo eventual é menor que das outras classes de dolo, porque aqui o resultado não foi tido como adquirido nem tido como seguro. Permanecem no dolo eventual, por um lado, a consciência de existência de um perigo concreto de que se realiza no tipo, e por outro, a consideração séria, por parte do agente, da existência deste risco. (...) A negligência consciente significa que o autor reconheceu na verdade o perigo concreto, mas não o tomou seriamente em conta, porque, em virtude de uma violação do cuidado devido em relação à valoração do grau de risco ou das suas próprias faculdades, nega a concreta colocação em perigo do objecto da acção, ou, não obstante considerar seriamente tal possibilidade, confia, também de forma contrária ao dever, em que não se produzirá o resultado lesivo”*.

## b) EM ESPECIAL A NEGLIGÊNCIA MÉDICA

A existência de receio por parte dos médicos em relação à sua responsabilidade está essencialmente relacionada com a

---

<sup>22</sup> Dias, Jorge Figueiredo de, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões... pg. 372.

<sup>23</sup> Processo n.º 3554/02.3TDLSB.S2, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7a5ec29d348534ab80257885004dc331?OpenDocument>

negligência. Em regra, os médicos sabem que a lesão intencional do bem jurídico quase não tem lugar no âmbito da actividade médica até porque o dolo “*permite o funcionamento de travões morais inibitórios que na maior parte das pessoas é suficiente para impedir o crime,*”<sup>24</sup> mas teme a responsabilidade que pode decorrer de um erro ou de uma falta de atenção e que poderá desencadear consequências graves, muitas vezes desproporcionais ao erro cometido ou a falta de atenção. Existe também um receio por parte dos médicos devido a natureza pouco certa do apuramento desta forma de responsabilidade, de uma negligência com pressupostos relativamente vagos ou que acabam por tornar-se vagos perante a necessidade de enquadrá-los.

Para haver responsabilização por negligência é necessário que haja violação de um dever objetivo de cuidado e a existência de um resultado que possa ser imputado à violação do dever objetivo de cuidado. Dever objetivo de cuidado é aquele dever que é especialmente resistente às generalizações, uma exigência de comportamento que o direito faz no caso concreto para salvar aquele bem jurídico, dependerá das circunstâncias do caso concreto. Para o dever objetivo de cuidado são relevantes, ainda que funcionem como mero indício as *leges artis* - - “*as legis artis, quando não escritas, são métodos e procedimentos, comprovados pela ciência médica, que dão corpo a standards contextualizados de actuação, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica, como os mais adequados e eficazes*”<sup>25</sup> onde, em princípio, quem cumpre as *leges artis* cumpre o dever objetivo de cuidado e vice versa, mas não há uma equiparação plena, porque há situações

---

<sup>24</sup>Rodrigues, José Manel Martinez Pereda de, Da responsabilidade penal medica, pg. 19 *vide* Faria, Maria Paula Ribeiro de, A reconfiguração da responsabilidade individual e o dever de protecção da saúde - a perspectiva do direito penal in Revista Portuguesa de Ciência criminal, ano 23, nº 3, julh-set 2013.

<sup>25</sup> Acórdão do Tribunal Central Administrativo de 21/11/2013, processo n.º 09361/12, disponível

em:<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/8a5b8cabd913b3ff80257c2f00379d68?OpenDocument>

em que o médico cumpriu as *leges artis* mas não cumpriu o dever objetivo de cuidado, por exemplo o que médico, num determinado caso, cumpre o protocolo mas tinha capacidade técnicas especiais que não fez atuar no caso concreto limitando-se à prática médica generalizada no setor; o inverso também é verdadeiro, pode não ter cumprido as *leges artis* e ter cumprido o dever objetivo de cuidado.

## I- ERRO MÉDICO VS NEGLIGÊNCIA CONSCIENTE

Não raras vezes fala-se em erro médico como sendo um sinónimo de negligência. Ora, em nossa opinião, tal afirmação não corresponde à verdade. Não é assim na perspectiva da Medicina e tão pouco na perspectiva do Direito.

Nas palavras de Álvaro Rodrigues, o erro é “*uma realidade conatural ao próprio exercício da medicina*”, uma vez que todo o erro é inerente à atividade humana. Na área do Direito Penal Médico o brocardo *errare humanum est* assume maior importância. Servindo também o erro para retirar conclusões tentar evitar e corrigir futuras situações de erros. Se verdade é *que errare humanum est*, não menos verdade será então *sed diabolum perseverare*, quer-se com isto dizer que errar é humano, mas será diabólico perseverar no erro.

O erro médico pode ser definido como a conduta profissional inadequada resultante da utilização de uma técnica terapêutica e/ou médica incorreta, que se revelou lesiva para a saúde ou vida de um determinado doente. O erro surge devido a falha humana, pode ocorrer por distração momentânea, má execução de uma técnica, fadiga no desempenho de uma tarefa ou por outros motivos e não significa forçosamente uma violação do cuidado por parte do médico ou do profissional de saúde. O erro do *homo medicus* pode ocorrer devido a um momento de distração, por uma falha de concentração, por distintas razões, sendo que muitos destes erros podem ocorrer sem que estejam reunidos os

pressupostos da negligência.<sup>26</sup> Por sua vez, e como supra já se teve oportunidade de referir, em termos genéricos, a negligência consiste num desrespeito, acentuado, das regras de cuidado – das *leges artis* – a que o profissional médico se encontra obrigado. Quando há negligência é porque, além do erro, o médico atuou violando os deveres de cuidado a que estava obrigado. A maior dificuldade nos processos que envolvem a negligência médica está em provar que foi a falta de cuidado do médico que causou a lesão ao doente. O fator comum a estes dois conceitos reside na circunstância de o médico atuar sem dolo.

Vários autores e vários códigos de ética<sup>27</sup> entendem que a melhor solução para a dificuldade em atribuir ou não a culpa por erro médico é a de esclarecer se o erro médico foi decorrente de uma falha ou de um erro involuntário, inexistência de conhecimento científico, diagnóstico não conseguido ou tratamento desconhecido, ou, se, pelo contrário, foi resultado da falta de cumprimento das *leges artis*, nomeadamente associado a imprudência, imperícia ou negligência, com ou sem dolo.

Sendo inevitável, pela própria condição humana, a possibilidade da prática de erros médicos, desejável seria que *“uma vez verificado, tal deverá ser conhecido e analisado em reuniões estritamente médicas com a liberdade e a profundidade necessárias, que permitam prevenir a sua repetição (...) os médicos devem ter a coragem necessária para reconhecer os seus erros e eliminá-los”*.

Guilherme de Oliveira<sup>28</sup> considera que *“só num*

---

<sup>26</sup> Pense-se no exemplo de um puro erro de diagnóstico onde o médico pode ter interpretado mal os sintomas e os exames, pode ter errado nas conclusões e na terapêutica, mas não ter violado qualquer dever de cuidado nesse diagnóstico porque pediu todos os exames necessários que o caso exigia (...).

<sup>27</sup> Código de Ética Espanhol, Artículo 21.1. Todos los pacientes tienen derecho a una atención médica de calidad científica y humana. El médico tiene la responsabilidad de prestarla, cualquiera que sea la modalidad de su práctica profesional, comprometiéndose a emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico del momento y las posibilidades a su alcance.

<sup>28</sup> Oliveira, Guilherme de, Conferências Ordem dos Médicos, Zona Centro, debate

*ambiente relativamente pacificado, com menos lei, com maior responsabilidade civil – esta mais para reparar o dano do que para censurar o médico - e em que o controlo das boas práticas seja feito inter pares, através da auto-regulação, é que os médicos poderão confessar sistematicamente os erros”.*

Alguns autores<sup>29</sup> definem acidente médico ou erro profissional como *“o que ocorre quando, empregues os meios normais da Medicina, por exemplo, chega o médico a conclusão errada no diagnóstico, na terapêutica ou na cirurgia”* e *“só a falta grosseira desses profissionais consubstancia a culpa penal, pois exigência maior provocaria a paralisação da ciência, impedindo os pesquisadores de tentarem métodos novos de cura...”*

O erro médico poderá ser punível sempre que provada a imperícia (falta de habilitação ou competência), a imprudência (fazer o que não se deve) e/ou a negligência (não fazer o que se deve).

## I- A RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO

Parece óbvio que para haver responsabilidade penal médica é necessário que exista uma relação causal entre a ação ou omissão do agente e o dano ou prejuízo produzido.

Se um médico, na inobservância dos regulamentos ou dos deveres de cuidado, lesiona ou mata terceiro é necessário que essa inobservância tenha uma inequívoca relação com o evento.

Jescheck<sup>30</sup> assevera que esse especial nexo de antijuridicidade que se requer aqui não constitui mais do que a aplicação da teoria da imputação objetiva aos delitos culposos. Seguindo

---

“Medicina e Direito – Que futuro? organização Republica do Direito, 11 de Fevereiro de 2002.

<sup>29</sup> Schaefer Jorge Henriques, Revista Jurídica da FURB, 3 – Junho 1995, pp 51-64.

<sup>30</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal –Parte General, Vol. II, Bosh, Casa Editorial, S.A., 3ª edicion, Barcelona, 1978, pg. 804 e 805.

este autor, tal nexos de antijuridicidade requer duas coisas: por um lado que o resultado pudesse ser evitado mediante um comportamento cuidadoso e, por outro lado, que a norma infringida servisse precisamente para evitar o resultado produzido. Acrescenta que este nexos deve ser negado se o resultado típico causado pelo comportamento descuidado também fosse produzido mesmo com um comportamento cuidadoso.

Um exemplo da necessidade do nexos de causalidade para a configuração dos delitos em apreço é o “caso da novocaína” citado por Claus Roxin ao estudar a violação do dever e resultado nos crimes negligentes,<sup>31</sup> onde um médico usou uma injeção de cocaína para anestésiar um doente em vez de novocaína, que era o medicamento indicado para esse efeito. Em consequência da injeção ministrada o paciente veio a falecer. Posteriormente veio a constatar-se que, dada a constituição física do doente, a possível utilização de novocaína, pela qual o médico não teria sido censurado, também teria produzido o resultado morte. A questão aqui consiste em saber se há que admitir homicídio negligente ou pelo contrário a absolvição do médico.

Sendo esta uma questão polémica, Roxin defende que deve ser utilizado “o princípio do incremento do risco”. Isto porque parece injusto punir o médico por homicídio negligente uma vez que a violação do dever por ele cometida não era suficiente para que o crime fosse consumado. Assim, para reconhecer se uma violação do dever de cuidado, à qual segue uma morte, fundamenta ou não um homicídio negligente, diz Roxin que *“devemos examinar qual a conduta que não se poderia imputar ao agente como violação do dever de cuidado de acordo com os princípios do risco permitido. Ou seja, devemos fazer uma comparação entre esta conduta e a forma de atuar do agente e verificar se a conduta deste fez aumentar a probabilidade de produção do resultado em comparação com o risco permitido. Se assim*

---

<sup>31</sup> Roxin, Claus, Problemas fundamentais de Direito Penal, 2ª edição, Veja, Lisboa, 1993, pg. 236.

*for, existe uma violação do dever que se integra na tipicidade e dever-se-á punir a título de crime negligente. Se não houver aumento do risco, o agente não poderá ser responsabilizado pelo resultado e, conseqüentemente, deve ser absolvido”.*

Nesse sentido caminha a jurisprudência como se pode observar no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03/05/2004<sup>32</sup>, *“Quer dizer, é um nexo de causalidade adequada que vem a fixar objectivamente os deveres de previsão, que, 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... Significa isto que a responsabilidade apenas se verifica se existir um nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado ocorrido .”*<sup>33</sup>

A prova deste nexo causal constitui uma das grandes dificuldades em processos de responsabilidade médica na medida em que os casos são, em regra, decididos com base na chamada prova pericial sendo a credibilidade dos depoimentos periciais que influem decisivamente na procedência ou improcedência das acções. Os pareceres não fazem prova plena, ou seja, o juiz não precisa de aceitar o juízo técnico do perito, no entanto se não segui-lo o juiz tem de fundamentar tecnicamente o porque de não aceitar o parecer do perito. Muitas vezes o juiz não tem conhecimentos técnicos para fazer tal análise e, nesse caso, o que se deve fazer é a absolver o arguido, não só pelo princípio do *in dubio pro reu* mas também pelo princípio da liberdade do método.

## II- PARÂMETROS CONCRETIZADORES DO

---

<sup>32</sup> Processo n.º 717/04-1, disponível em: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/tpb\\_MA\\_4668.htm](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4668.htm)

<sup>33</sup> No mesmo sentido o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30/04/2014, processo n.º 1645/08.6PIPRT.P2, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/33d8018ebd8fa51c80257cd6004bb1ae?OpenDocument>.



## CUIDADO OBJECTIVAMENTE DEVIDO

Embora o conceito de *leges artis medicinae* corporize uma regra de cuidado as dificuldades são grandes uma vez que o próprio conceito de cuidado não se encontra suficientemente densificado e, além disso, é um conceito de grande amplitude que não se cinge às regras profissionais.

De acordo com Faria Costa, para além da complexidade do conceito de cuidado, devemos atentar também as diferentes matrizes de cuidado tendo em conta os diversos níveis e graus de cuidado, que denomina de *parâmetros tensionais*. Nesse quadro, a ação não se pode reputar de negligente se o dever for cumprido dentro dos parâmetros tensionais que a lei ou as *leges artis* postulam.<sup>34</sup> Segundo este autor, “*a ação passa a negligente quanto é inconstante, isto é, quando não respeita aqueles parâmetros de força tensional exigidos pela lei ou impostos pelas leges artis*”.<sup>35</sup>

Para se delinear os critérios que servirão para se apurar as eventuais situações de negligência médica é necessário então clarificar os parâmetros do dever de cuidado exigido. Como ensinou Cavaleiro Ferreira, o dever de cuidado assenta, antes de mais, na prudência, pois “*a prudência é o modo racional de agir, a recta ratio aibilium*”.<sup>36</sup>

Contudo, para se traçar o conceito de dever de cuidado médico é necessário ter presente que este dever não só é

---

<sup>34</sup>Refere como exemplo o caso do dever que impende sobre o soldado que se encontra no teatro de operações militares, de vigilância ao seu acampamento, não ter a mesma intensidade do dever de cuidado que impende sobre o condutor do automóvel que conduz numa artéria da cidade ou do dever que recai, por força das *leges artis*, sobre o cirurgião que intervém numa operação de grande risco, não ter a mesma intensidade daquele outro a que está adstrito um enfermeiro quando procede a mudança de um penso curativo. COSTA FARIA, O Perigo em Direito Penal, Coimbra editora, 2000, pg. 478

<sup>35</sup> *Ibidem*, pg. 476, nota 20.

<sup>36</sup> Ferreira, Cavaleiro, Direito Penal Português (parte geral), vol I, Verbo, 1981, pg. 515.

transversal a todos os médicos como o facto de que este dever não coincide conceitualmente com o dever de cuidado geral que recai sobre todo o homem prudente. Esta é justamente uma das dificuldades encontradas para a resolução dos litígios judiciais.

O dever objetivo de cuidado é a figura que se tornou central na dogmática do delito negligente, sendo mesmo um elemento estrutural do tipo de ilícito negligente, no direito português, face ao disposto do art. 15.º do CP.

Como ensina Munique Klaus, no Direito Penal não se deve partir de uma medida do dever de cuidado individual, mas antes de uma medida objetiva de tipificação, na qual as exigências de cuidado são colocadas ao médico no caso concreto são conscientemente estabelecidas pela jurisprudência num nível elevado. “ *O médico deve ao paciente a observação de cuidados imperativos, não apenas dos habituais... um papel importante para a medida dos cuidados representa também o risco a afastar do paciente. Fundamentalmente, impõe também o dever de cuidado médico, sem ter em conta as medidas evitáveis, mesmo que contenha um risco mínimo, isto é, o médico, perante riscos mais graves para o paciente, deve também excluir momentos de perigos improváveis* ”.<sup>37</sup> Por outro lado, há que acautelar um empolamento dos deveres de cuidado principalmente nos casos de aceitação do tratamento arriscado que seja para manutenção de interesses mais importantes. Assim, “ *só o perigo que excede o normal no tráfego ou o socialmente adequado é contrário ao cuidado devido* ”.<sup>38</sup>

É certo que, para além do cuidado que é exigido pelo tráfego normal, há uma maior cautela exigida pela natureza das próprias actividades e do seu objetivo, e é justamente neste aspecto que se insere o dever de cuidado médico. Ao conceito de

---

<sup>37</sup> Vide In Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico- penal – estudo sobre a responsabilidade médico – hospitalar, Almedina, 2013, pg. 106.

<sup>38</sup> Montalvo, J. Aantonio CHhoclán, Deber de cuidado y delito imprudente, Bosch, Barcelona, 1998, pg. 91 e ss.

dever de cuidado médico são também aplicáveis os critérios relativos ao geral dever de cuidado objetivo, embora estes não sejam suficientes.

É pertinente recordar as divergências doutrinárias acerca de se saber se os critérios de determinação dos deveres de cuidado são de caráter geral ou de caráter individualizado. Para a posição majoritária, *“o critério em último termo definidor do tipo de ilícito negligente é um critério puramente objectivo, generalizador, que não entra nunca em conta com as capacidades pessoais do agente concreto: se estas se situarem abaixo das do homem médio, nem por isso a realização do facto deixará de imputar-se à violação do dever de cuidado, contudo, tudo o mais só podendo constituir uma questão de culpa negligente; se se situarem acima, a integração do tipo de ilícito não deverá fazer apelo as exigências acrescidas de dever: o tipo de ilícito não será integrado desde que o agente, por cima do homem médio que se situe no toca as suas capacidades, tenha observado o cuidado objectivamente devido”*.<sup>39</sup> Para a posição minoritária *“parte da posição de que mesmo a realização do tipo de ilícito negligente depende da capacidade individual do agente”*.<sup>40</sup>

Paula Ribeiro Faria evidencia que *“se por princípio, basta o cumprimento da regra abstracta de cuidado que define o risco permitido para certas actividades, a definição última do que constitui uma violação do dever de cuidado tipicamente relevante pertencente ao direito penal, e será sempre tomada em função da valoração social das circunstâncias do caso concreto, onde se incluem os poderes e as aptidões do agente”*.<sup>41</sup>

Para clarificar a importância dos conhecimentos do

---

<sup>39</sup>Dias, Jorge Figueiredo de, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões... pg. 871. Nesse mesmo sentido JESCHEK/WEIGEND.

<sup>40</sup> Nesse sentido ROXIN, CASTALDO, JAKOBS, STRATENWERTH/KUGLEN, vide Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, A negligência médica ..., pg. 108.

<sup>41</sup> Faria, Maria Paula Ribeiro de, A adequação social da conduta no Direito Penal - ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal, Universidade Católica, 2005, pg. 927.

agente em concreto para a determinação do dever de cuidado, podemos nos socorrer de um exemplo: o médico que, estando de serviço, conhece a debilidade constitucional do paciente deve actuar com maior ponderação e cautela, isto é com mais elevado grau de cuidado, do que aquele médico de serviço que não a conhece, não podendo invocar, com êxito, para efeitos de não imputação de um comportamento típico negligente, o padrão de conhecimento médio da generalidade dos médicos de serviço que não possuem tal conhecimento, o que vale dizer que o dever de cuidado de tal médico conhecedor do estado do paciente terá sido violado se tal conhecimento não tiver sido levado em conta na prescrição medicamentosa.<sup>42</sup>

### III- O RELEVO DAS CAPACIDADES DO AGENTE PARA A FUNDAMENTAÇÃO DO ILÍCITO TÍPICO NEGLIGENTE

Ponto fulcral para a questão da ilicitude típica negligente é o da capacidade do agente, superior ou inferior a generalidade dos seus pares, para o desempenho correto de determinada função ou actividade que, se não for observada na sua totalidade, pode gerar consequências susceptíveis de lesar bens jurídicos, através da violação do dever de cuidado objectivamente imposto, preenchendo assim a factualidade típica dos crimes cujos objectos são exactamente os bens jurídicos cuja tutela penal o legislador quis assegurar.

Tal problemática é frequente no âmbito do direito penal médico. *“O que está em causa é saber se para evitar incorrer em responsabilidade penal, o médico deve efectuar, de acordo com certas exigências mínimas de carácter geral ou se, para se determinar o dever objectivo de cuidado, deve ter-se em conta, por exemplo, que o cirurgião genial que domina uma técnica*

---

<sup>42</sup> Muñoz Conde/García Arán, Derecho Penal (parte general), 7ª edición, 2007, pg.286.

*altamente sofisticada ao alcance de poucos ou, inversamente, que se trata de um médico experiente.*”<sup>43</sup> Em síntese, trata-se de “saber se o critério definidor do tipo de ilícito negligente há-de ser um critério puramente objectivo, generalizador, que tenha em conta apenas o homem médio, ou se deve ter-se em consideração também as capacidades pessoais do agente em concreto.”<sup>44</sup>

Entretanto, é ponto assente que a generalidade da doutrina perfilha um critério puramente objetivo, generalizador para o recorte do tipo de ilícito negligente, segundo o qual, não devem ser levadas em conta, para o efeito, as capacidades pessoais do agente *in concreto*, mas antes e apenas as capacidades da observância do dever de cuidado pelo homem médio, o que convocaria o paradigma do médico mediano, para efeitos da indagação da conduta ilícita. Nessa linha doutrinária, o dever de cuidado é moldado a partir do homem médio, devendo a capacidade do agente, na parte em que supera ou não atinge o nível médio, revelar apenas para efeitos de culpa, não para a determinação do ilícito.

Equacionando melhor a questão, trata-se de saber se a conduta do agente que, dispondo de capacidades superiores à media cujo exercício teria salvado a vida do paciente ou evitado lesão da saúde do mesmo, poderá tal lesão ser imputada em sede de realização de ilícito típico ainda que tenha desempenhado o seu papel empregando a diligencia que a generalidade dos seus pares empregariam. Igualmente questiona-se se a um determinado médico a quem falte a habilidade ou conhecimentos que a generalidade dos seus colegas possui, poderá ser objectivamente imputável a lesão sobrevinda, cometendo um ilícito típico embora não tivesse capacidades de o evitar.

É relevante para este problema em questão recordar a

---

<sup>43</sup>Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa, Coimbra editora, 2008, pg. 41.

<sup>44</sup>*Ibidem*.

afirmação de Karl Engisch de que a norma penal impõe “*um dever de evitar a realização do tipo*”<sup>45</sup> que não se detém nos limites da realização consciente do tipo (dolo). Para Karl Engisch, a norma exige que se evite a realização do tipo e, na realização do tipo negligente, tal implica a utilização dos meios correspondentes a tais fins, o que vale dizer, à observância dos meios de cuidado. É este o cerne da questão, discute-se se tal evitabilidade é individual ou objetiva.

Como refere Choclán Montalvo “*uma das questões essenciais da teoria do crime negligente, objecto de viva polémica, é a relativa à adscrição do chamado dever subjectivo de cuidado ao tipo de ilícito negligente ou ao âmbito da culpa, isto é, em que medida podem ser tomadas em conta, no exame do tipo de ilícito, as capacidades individuais do agente.*”<sup>46</sup>

Para este autor, a delimitação do problema requer a distinção entre os “conhecimentos especiais” do agente e as suas “capacidades especiais”. No entanto, refere que no que diz respeito aos conhecimentos propriamente ditos as dificuldades são mitigadas na medida em que se aceite a inclusão, na zona da tipicidade, dos conhecimentos especiais do autor na situação concreta, a divisão de opiniões se circunscreve, na realidade, à valoração das referidas capacidades ou aptidões. Assim “*o cirurgião que, por força da sua qualificação especial, sabe que a técnica médica indicada para as situações comuns é desadequada ao caso concreto pelas especificidades do mesmo, não deve usar a técnica que teria sido empregue por qualquer outro cirurgião que desconheça a sua ineficácia no caso particular, visto que já o juízo de adequação exige a incorporação dos conhecimentos especiais do agente no juízo de prognóstico objectivo.*”<sup>47</sup> Este seria um caso em que o cirurgião pode já ter conhecimento

---

<sup>45</sup> In Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal – estudo sobre a responsabilidade médico – hospitalar, Almédina, 2013, pg. 114.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pg. 115.

especial, na situação concreta, a que teria chegado justamente por via da sua especial aptidão. Para este autor, tanto os conhecimentos especiais do autor como a sua capacidade individual, são circunstâncias que devem ser valoradas em ordem à cognoscibilidade do risco, pelo que se assumem essencialmente como problema do tipo subjetivo do delito negligente. Nesse sentido, o risco que não pode ser conhecido por um homem mediano, para quem seria um caso fortuito, pode ser apercebido por um sujeito que detenha qualidades superiores e, por isso, para ele a realização do tipo de ilícito será evitável.

No caso das capacidades inferiores à média, Montalvo defende que o risco não cognoscível para o sujeito, embora o fosse para o profissional médio, não pode gerar responsabilidade a título de negligência. Assim, para ele tanto os poderes superiores como os poderes inferiores à média incidem sobre o tipo de ilícito negligente na medida em que se esteja no plano da cognoscibilidade do risco. Logo, se o risco for conhecido pelo sujeito que não utiliza a sua total capacidade para evitar o resultado, o referido evento lesivo pode ser imputado ao agente a título de dolo, tal como, de forma análoga, ocorre nos delitos comissivos por omissão.

Já Pares Castañon, defende que *“o dever de conduta resulta individualizado para cada posição jurídica e não para cada sujeito, estabelecendo a mesmo determinado número de faculdades e deveres e com um espaço de actuação lícita. Em concreto um espaço de risco permitido. Assim, sempre que dentro deste espaço de atuação, o sujeito atua sem chegar ao nível mínimos esperado, a conduta deixa de ser lícita, e sempre que ultrapasse o dito nível na sua atuação, a conduta há-de sê-lo.”*<sup>48</sup> Este autor entende ainda que a ilicitude não supõe sempre que o sujeito aja da forma mais eficaz possível mas apenas que não

---

<sup>48</sup> J.M Paredes Castañon, El riesgo permitido en derecho penal – régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justiça e Interior, 1995, Pg. 261.

atue por forma não permitida em concreto. Assim, para ele, “*o cirurgião que domina uma técnica cirúrgica inovatória pode utiliza-la se o desejar mas o ordenamento jurídico não deve obrigá-lo a tanto; para a posição que ocupa tal não é exigível.*”

Para Álvaro Rodrigues, a não aplicação das capacidades e dos conhecimentos individuais do agente, necessária para evitar a lesão dos bens jurídicos penalmente tutelados, deve revelar para a realização da ilicitude típica, sem prejuízo de a negligência, eventualmente emergente e que se inclui no tipo de ilícito, assumir relevo como manifestação de específica atitude anterior. O autor refere uma série de argumentos para esta tomada de posição, entre eles o facto de que a medicina comporta permanentemente o risco de atentado contra a lei civil e penal e assim “*o dever de cuidado não pode quedar-se por níveis de mediania quando o agente possui qualidades que se traduzem em conhecimentos (no plano intelectual) ou capacidades (no plano da destreza ou perícia) que transcendam esse nível, antes a exigência de cuidado fará inexoravelmente apelo a tais qualidades, se tal se mostrar necessário para salvar a vida ou evitar uma vulneração irreversível na saúde ou lesão no corpo do paciente, em suma, para evitar a materialização do risco inerente à actividade cirúrgica (...). O dever de cuidado é no fundo, o dever de actuar com a diligência adequada a evitar a produção do evento danoso.*”<sup>49</sup>

O autor chama atenção para o facto de o art. 26.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos impor ao médico o dever da prestação ao doente “dos melhores cuidados ao seu alcance” afirmando que este preceito deve ser conjugado com o art. 4.º da Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina, e que converte em dever jurídico o que recai sobre o omitente e que consiste no imperativo de utilizar “*os tais melhores cuidados ao seu alcance, tendo logicamente em conta, na*

---

<sup>49</sup> Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, A negligência médica ..., pg. 125.



*apreciação do referido alcance, as suas especiais capacidades, dever esse que pessoalmente o obrigaria a evitar o resultado, nos termos do art. 10º nº 2 do Código Penal (...).”<sup>50</sup>*

Da nossa parte, seguimos a orientação defendida por Álvaro Rodrigues por entender que, para além dos argumentos supra citados, se o médico tem qualidades especiais que o permitam evitar o resultado então será um dever utiliza-las.

#### 4- O CONCEITO JURÍDICO- PENAL DE INTERVENÇÃO E TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICO DO ART. 150º DO CÓDIGO PENAL

O antigo CP português não regulava diretamente este âmbito de atividades, pelo que a responsabilidade penal do médico era apurada nos termos gerais, sendo que a doutrina era unânime em afirmar que a intervenção médica constituía um crime de ofensa à integridade física justificada pelo consentimento do paciente. Hoje em dia, o atual CP não só dá autonomia ao enquadramento da intervenção médica curativa – art. 150.º do CP, como tipifica certas condutas ligadas à atividade médica a saber: a) ofensas à integridade física por negligência – art. 148.º CP; b) intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – art. 150.º CP; c) intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários – art.156.º CP; d) violação de segredo profissional – art. 195.º CP; e) aproveitamento indevido de segredo – art.196.º CP; f) atestado falso – art. 260.º; g) alteração de receituário – art. 283.º CP; h) recusa de médico – art. 284.º CP; i) aborto – art. 140.º CP; j) homicídio a pedido da vítima – art. 134.º CP. Estes são alguns dos crimes que o médico no âmbito do exercício da medicina pode cometer.

Um dos crimes que mais afeta e preocupa a classe médica é sem sombra de dúvidas o tipo legal de homicídio por negligência. São bastantes os processos que chegam a tribunal acusando

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pg. 129.

os médicos de terem cometido o crime de homicídio por negligência no âmbito do exercício das suas funções. Nestas situações, o aplicador da lei deverá sempre apurar se o agente agiu com o cuidado devido e se devia ter previsto o resultado da ação tendo-se conformado ou não com mesmo e ainda se tal atuação constitui uma lesão ou perigo para o bem jurídico. Nesse sentido, é de suma relevância a análise do art. 150.º do CP.

Como se disse, age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz, representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização ou não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto, distinguindo-se contudo do dolo, só sendo punida enquanto forma menos gravosa de culpa e somente nos casos previstos na lei. Saliente-se o facto de o tipo legal consagrado no art. 148.º, n.º 2, do CP – ofensa à integridade física por negligência – consagrar uma dispensa de pena quando o agente for médico no exercício da sua profissão e de o ato médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias.<sup>51</sup>

Uma das normas com maior relevância para a atividade médica o art. 150.º do CP que trata das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Desta forma, estatui o CP que as intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos realizados por médicos ou por pessoas legalmente autorizadas com violação das *leges artis* que criem, dessa forma, perigo para a vida, ou então, um perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde do paciente, são punidos com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave não lhe couber em

---

<sup>51</sup> Paula Ribeiro de Faria considera que a dispensa de pena prevista na al.a) do nº 2 do art. 148º traduz “ uma certa tolerância, ou se quisermos benevolência, para com os perigos legais do exercício da actividade médica”- FARIA, Paula Ribeiro de, in: Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, tomo I, Coimbra Editora, 1999, art. 148º,§28.

virtude de uma outra qualquer disposição legal.<sup>52</sup>

O art. 150.º, nº 1, do CP, excluí do âmbito de tutela penal da integridade física as intervenções e tratamentos médicos cirúrgicos. Estes não são considerados crimes contra a integridade física do doente. Por esse motivo se diz que o nº 1 do art. 150.º contém uma cláusula de exclusão da tipicidade ou ainda um contratipo.

Na definição do conceito de intervenção e tratamento médico-cirúrgico o Código Penal utiliza dois elementos subjectivos e dois elementos objectivos. Os subjectivos dizem respeito à qualificação do agente (tem que se tratar de médico ou pessoa autorizada para praticar tais atos) e à intenção curativa. Já os elementos objectivos referem-se à indicação médica e à realização de acordo com a *legis artis*. Todos estes elementos são de verificação cumulativa, como ensina Costa Andrade ao referir que *“os quatro elementos são de verificação necessariamente cumulativa, resultando, por isso, reciprocamente redutores. Noutros termos, qualquer destes elementos dá expressão a um específico panorama normativo de demarcação de fronteiras face a áreas fenomenológicas materialmente contíguas, mas a que o legislador não quer estender o regime do benefício das tratamento médico-cirúrgicos.”*<sup>53</sup>

Com a verificação destes elementos no momento da intervenção médica, esta nunca será considerada como crime contra a integridade física ou contra a vida do paciente ainda que aquela venha, eventualmente, fracassar implicando a não melhora ou até mesmo a morte do doente. A razão de ser esta no facto de a valoração da intervenção médica ser feita *ex ante*, não

---

<sup>52</sup> A produção de resultados indesejáveis só revelará, no nosso ordenamento jurídico, como ofensa corporal típica quando representar a consequência da violação das *leges artis*. Neste mesmo sentido cfr. ANDRADE, Manuel da Costa in “Comentário Conimbricense ao Código Penal” dirigido por J. Figueiredo Dias, Tomo II, parte especial, Coimbra Editora, 1999, art. 150º, §8.

<sup>53</sup> Andrade, Costa, Comentário Conimbricense ao Código Penal, cit. Anot. ao art. 150º, pg. 307.

ficando dependente dos eventuais resultados.

Passemos então a uma breve análise destes elementos.

#### i) A QUALIFICAÇÃO DO AGENTE

Uma vez que a lei exige que a intervenção seja realizada por médico ou pessoa legalmente autorizada, fica claro que se o tratamento for realizado por leigos ou “curandeiros” não estará dentro do regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.

Em regra, os tratamentos efectuados por estas pessoas constituirão um crime contra a integridade física na medida em que “*o agente tem necessariamente conhecimento de estar a afectar pelo menos o corpo do indivíduo que se pretende curar*”.<sup>54</sup> No entanto, se o tratamento realizado diminuir o risco em que o paciente se encontra já não se poderá falar em crime contra a integridade física, poder-se-á falar, quanto muito, na existência de um delito de usurpação de funções de acordo com o art. 358.º, alínea b), do CP.<sup>55</sup>

A intervenção da pessoa não legalmente autorizada poderá ter sua ilicitude afastada se houver consentimento sério, livre e esclarecido do paciente. Contrariamente no caso de a intervenção ser efectuada por curandeiro não poderá haver afastamento da ilicitude uma vez que “*o ocultismo a que recorre como método de cura se situa nos antípodas do esclarecimento necessário à relevância do consentimento*.”<sup>56</sup>

#### ii) A FINALIDADE TERAPÊUTICA

---

<sup>54</sup> Neves, João Curado, Intervenções médicas em desrespeito das *legis artis*, disponível em <http://www.fd.ul.licenciatura/dp2/dp2-textos-intervencoes.htm>, pg. 6.

<sup>55</sup> Nesse sentido Teresa Quintela, Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 12, nº 3 (jul-set.), Lisboa, Coimbra Editora, 2002, pg. 372.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pg. 373.

Esta é definida pela lei penal portuguesa abrangendo “ *a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga, ou perturbação mental*”.

Tal finalidade terapêutica exige que o paciente no qual é realizada a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico tem de ser o beneficiário direto desta. A existência de intenção curativa significa que “*o móbil terapêutico tem que ser preponderante, e não mera consequência acessória de uma conduta mordialmente orientada para a experimentação*”.<sup>57</sup>

Embora o objetivo de curar o paciente tenha de ser o principal este não tem de ser o único. Como refere Costa Andrade “*todo tratamento médico comporta um coeficiente de experiência*”<sup>58</sup> para mais existe também a chamada –experimentação terapêutica- que consiste em o médico utilizar meios de tratamento ainda não suficientemente consolidados ou comprovados cujas consequências não se conseguem controlar ou prever com um certo grau de segurança mas sempre no interesse do paciente e na falta de outros métodos eficazes. Nos casos em que tal experimentação se destina a remover o risco de morte considera-se que esta deve ser incluída no âmbito das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.<sup>59</sup>

As intervenções que sejam puramente estéticas não são integradas neste regime e por isso consubstanciam ofensas típicas a integridade física. Excepcionalmente tais intervenções podem isentar o médico de toda responsabilidade, de acordo com o art. 150.º, nº 1 CP, nos casos em que sejam usadas para remover ou minorar uma patologia física ou psíquica do doente.

### iii) A INDICAÇÃO MÉDICA

A indicação médica é de ordem estruturalmente objetiva,

---

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Andrade, Costa, Comentário cit. Prg 16 e 18, Anot. ao art. 150º, pg. 307.

<sup>59</sup> Nesse sentido Andrade, Costa, Comentário..., cit. Anot. ao art. 150º, pg. 307 e Teresa Quintela, Responsabilidade, pg. 378.

ou seja, independente de qualquer intenção do médico, “*um concreto tratamento que deve ser o objectivamente indicado para uma determinada situação patológica de um certo paciente*”,<sup>60</sup> ou ainda, “*o tratamento, reclamado por uma doença, ex ante considerado como idóneos, não substituível por nenhum outro mais benigno, de idoneidade relativamente equivalente e proporcionado à gravidade da doença*”.<sup>61</sup>

Ao utilizar o “*estado dos conhecimentos e da experiência da medicina*”, o art. 150.º, n.º 1, faz referência a indicação médica à medicina académica ou institucional, com a conseqüente exclusão dos métodos naturalistas, homeopáticos e afins. Contudo, a indicação médica não exclui necessariamente todos os métodos e tratamentos ainda não convalidados pela ciência, prova disto é a inclusão da “*experimentação terapêutica*” no seu âmbito.

Para o estabelecimento da indicação terapêutica, haverá que equacionar e ponderar os riscos e benefícios do tratamento, o que pressupõe um conhecimento tão exato quanto possível da natureza do próprio tratamentos e do estado do próprio paciente.

#### iv) *LEGIS ARTIS*

No âmbito das *legis artis* estão abrangidas “*as regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica e os demais deveres de cuidado do tráfego médico*”.<sup>62</sup> As regras e deveres que respeitam tanto ao diagnóstico e escolha da terapia quanto à execução do tratamento ou intervenção médico-cirúrgica. Os deveres de cuidado determinam-se por referência ao caso concreto. Tais deveres variam em função das condições psíquicas, sociais,

---

<sup>60</sup> Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal – estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Almedina, 2013, pg. 60.

<sup>61</sup> Andrade, Costa, Comentário..., cit. Prg. 21, Anot. ao art. 150.º

<sup>62</sup> Andrade, Costa, Comentário..., cit. Prg. 25 e 26, Anot. ao art. 150.º

físicas e culturais do paciente, dos recursos disponíveis e da própria respeitabilidade científica do método de tratamento.

#### v) CONSENTIMENTO DO PACIENTE

O art. 150.º, n.º 1, não inclui o consentimento do paciente entre os elementos característicos da intervenção ou tratamento médico-cirúrgico. Assim, a exclusão do tipo de ofensas à integridade física não depende do consentimento do paciente. A realização de uma intervenção médico-cirúrgica sem consentimento do paciente não constitui um crime contra a integridade física mas sim contra a liberdade e autodeterminação, nomeadamente uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário nos termos do art. 156.º do CP.

Assim, se a atuação clínica e cirúrgica estiver compreendida na definição legal de intervenções e tratamentos médicos presentes do art. 150.º, n.º 1 do CP não preencherá o tipo de ilícito de ofensa à integridade física ou de homicídio desde que os requisitos aí exigidos se cumpram cumulativamente.

Disto resulta que um erro ou evento que tenha na sua origem a violação de um dever de cuidado objetivo, implicando uma postergação das *leges artis* ou sacrifício de outro requisito é suficiente para excluir a atuação do médico da tutela do art. 150.º, n.º 1 do CP, desde que tal atuação resulte em evento lesivo não insignificante.

#### 6- O CRIME DE VIOLAÇÃO DA *LEGIS ARTIS*

O art. 150.º, n.º 2 do CP prevê o crime de violação das *leges artis*<sup>63</sup>. Esta norma suscita algumas dúvidas quanto a sua interpretação, a saber se a lei penal, com esta consagração,

---

<sup>63</sup> As *leges artis* “visam, não só a manutenção ou a não diminuição dos bens jurídicos, como também prosseguem a finalidade de aumentarem esses mesmos bens jurídicos.” Fidalgo, Sónia – “Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa”, Coimbra Editora, 2008, p.48, (anotação 110).

destacou as *legis artis* dos demais requisitos exigidos no art. 150.º, nº 1 do CP, estabelecendo a sua violação a um tratamento menos gravoso e ainda se correto entender que a violação das *legis artis* nunca corresponde a um crime de violação a integridade física. Tais dúvidas parecem ter de ser respondidas num sentido negativo.

Por um lado, como ensina Teresa Quintela, “*porque o próprio art. 150.º, n.º 2, constitui uma incriminação de perigo concreto para a vida ou de verificação de uma lesão grave da integridade física inserida no Capítulo dos Crimes contra a Integridade Física. A única diferença relativamente aos demais crimes inseridos no mesmo Capítulo reside na sua natureza de puro crime de perigo. Depois, porque, através da ressalva, contida na sua parte final, a lei penal quis deixar claro que o art. 150.º, n.º 2, não veio introduzir qualquer desvio ao regime geral dos crimes contra a integridade física. Pelo contrário, quis deixa-lo intocado. Limitou-se a incriminar as situações não abrangidas pelos demais crimes contra a integridade física*”.<sup>64</sup>

Nesse seguimento a autora vem dizer que o art. 13.º leva a concluir que o art. 150.º, nº 2, prevê um crime doloso. Assim, será então exigido dolo quanto à violação das *legis artis* e dolo quanto ao perigo para a vida ou de verificação de uma lesão grave da integridade física que seja consequência da não observância da *legis artis*. A previsão de criação dolosa de um perigo para a vida, embora possa parecer, não consta do art. 144.º, alínea d). Assim não sucede porque neste caso falta o dolo de ofender o corpo ou a saúde do paciente e a efectiva provocação de uma lesão simples na integridade física, que é exigível pelo art. 144.º, alínea d). “*Falta o dolo de ofender o corpo ou a saúde do paciente, porque o art. 150.º, n.º 2, pressupõe que o agente forme a sua vontade de desrespeitar as legis artis a partir de um preponderante móbil terapêutico. Falta ofensa à integridade física, na base da criação de um dolo de perigo para a vida do*

---

<sup>64</sup> Quintela, Teresa, Responsabilidade penal dos médicos ..., pg. 377.



*paciente, porque, na parte em que respeita as regras da medicina, a intervenção do agente não constitui uma lesão típica da integridade física, conforme o disposto no art. 150.º, nº 1... portanto, o art. 150.º, nº 2, pune as intervenções médicas com violação das *leges artis* que não sejam graves ao ponto de excluir a própria finalidade terapêutica e de impossibilitar a parcial recondução da conduta do agente a uma intervenção médico-cirúrgica, nos termos do art. 150.º, nº 1”.*<sup>65</sup>

Isto se explica pelo facto de que no âmbito da responsabilidade penal médica é possível dizer que estamos perante uma lógica binária baseada no dano ou no perigo.

Relativamente ao dano, tal lógica baseia-se essencialmente no art. 131.º do CP ou no 143.º do CP. Sempre que um médico em violação das *leges artis* puder causar um dano, pode responder penalmente por esse facto.

Na perspectiva da lógica do dano há de facto um crime que visa punir o médico quando simplesmente causa o perigo para o doente, que é o caso do art. 150.º, nº 2, ou seja, um médico que com intenção terapêutica (agente honesto), violando as *leges artis*, cria perigo para a vida do doente. Posteriormente o doente acaba por não sofrer nenhum dano físico mas esteve numa situação em que a realização do evento adverso era muito provável. Situação em que é mais provável o evento adverso do que a sua não realização. Aqui cabe o *near miss* – probabilidade superior a 50% de causar dano, mas que o dano não se verificou.

A existência deste crime, de uma tutela antecipada, que permite a punição apenas a nível do perigo, inibe o médico de fazer o reporte desse *near miss*? Em princípio não, mas o crime do 150.º, nº 2 é exclusivamente doloso, não admitindo a forma negligente. Portanto, apenas um médico que com dolo viole as *leges artis* é que cairá nesse preceito. O direito penal está pensado para, se há uma mera situação de perigo, se for por negligência, não irá intervir.

---

<sup>65</sup> *Ibidem*. pg 379.

## CONCLUSÃO

Como vimos ao longo do presente estudo, são inúmeros os aspectos que cercam a responsabilidade penal médica sendo esta bastante complexa uma vez que estão presentes diversas variáveis e que trata-se de um ser humano que está sujeito a erros e a outras condições (como cansaço ou falta de materiais disponíveis) que refletem direta ou indiretamente na atuação médica. Averiguamos que não basta haver um dano causado em virtude de uma atuação médica para que haja efectivamente responsabilidade penal.

Especificadamente no que concerne ao dolo e a negligência é possível concluir que são figuras que assumem um papel de relevância aquando da avaliação da responsabilidade médica originando, cada uma, um tratamento e consequência jurídica distinta, e que não ocupam, na prática, a mesma posição. Isto ocorre maioritariamente devido a intenção terapêutica presente, ou que se presume existir, na maior parte dos casos em que se analisa a responsabilidade médica. Como vimos, existe uma certa presunção por parte da jurisprudência portuguesa de que a intervenção médica não seria dolosa justamente por haver a intenção terapêutica sendo esta intenção incompatível com a existência de dolo. Desta forma, não são muitas as decisões em que se considere ter havido dolo por parte do médico, seja com intenção de morte ou de violação da integridade física do doente. Os casos em que se verifica a existência de dolo são verdadeiramente excepcionais.

Em regra geral, a maioria das decisões são no sentido da verificação da negligência. Contudo, como vimos, para que se apure que houve efectivamente negligência é necessário que se analise, de acordo com o caso concreto, a possibilidade de ter havido erro médico, se existe um nexo de causalidade ou não entre o dano causado e a respetiva atuação do agente, quais

eram os deveres objetivamente devidos no caso concreto e se foram ou não violados e ainda se o agente tinha capacidades (ou falta delas) que devem ser valoradas neste âmbito.

Por fim, vimos que há uma cláusula de salvaguarda para os médicos no Código Penal, nomeadamente no art. 150.º n.º 1, uma vez que estando preenchidos cumulativamente os requisitos aí presentes a atuação clínica e cirúrgica estará compreendida na definição legal de intervenções e tratamentos médicos e não preencherá, por isso, os tipos de ilícitos de ofensa à integridade física ou de homicídio. Para mais, foi possível concluir que o n.º 2 do art. 150.º não estabelece nenhuma exceção quanto ao n.º 1, antes pelo contrário pois aí trata-se de um crime doloso, isto é, necessita de dolo para que se preencha o tipo de ilícito.



## BIBLIOGRAFIA

- Andrade, Costa, Comentário Conimbricense ao Código Penal, Coimbra Editora, dirigido por J. Figueiredo Dias, Tomo II, parte especial, Coimbra Editora, 1999.
- A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, RPCC n.º 2º, abril-junho de 1992.
- Beleza, Teresa Pizarro, Direito Penal, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1980.
- Brito, Teresa Quintela de, Responsabilidade penal dos médicos. Análise dos principais tipos incriminadores *in* Revista portuguesa de ciência criminal, ano 12, nº 3 (jul-set.), Lisboa, Coimbra Editora, 2002.
- Caires, João Manuel Goveia de, O conflito de deveres e responsabilidade penal médica: o acaso e necessidade ou a crise

- do direito?, Relatório de mestrado na disciplina de Direito Penal, Mestrado em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000.
- Castañón, J.M Paredes, El riesgo permitido en derecho penal – régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justiça e Interior, 1995
- Coelho, Nuno, in Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, CEJ, 2013.
- Curso complementar de Direito da saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, coordenação Carla Câmara, Lisboa, Centro de Estudos judiciais, 2013.
- Dias, Jorge Figueiredo, Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- Temas Básicos da Doutrina Penal, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- Faria, Costa, O Perigo em Direito Penal, Coimbra editora, 2000.
- Faria, Maria Paula Ribeiro de, A reconfiguração da responsabilidade individual e o dever de protecção da saúde – A perspectiva do Direito Penal *in* Revista portuguesa de ciência criminal, nº 3, Ano 23 julho- Setembro 2013.
- A adequação social da conduta no Direito Penal- ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal, Universidade Católica, 2005, pg. 927.
- Fidalgo, Sónia, Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa, Coimbra, 2008.
- Ferreira, Cavalheiro, Direito Penal Português (parte geral), vol.I, Verbo, 1981.
- Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal –Parte General, Vol. II, Bosh, Casa Editorial, S.A., 3ª edición, Barcelona, 1978.
- Martins, Fernanda Gonçalves Galhego, A responsabilidade penal do cirurgião plástico e a conduta do paciente,

- Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- Montalvo, J. António, Choclán, Deber de cuidado y delito imprudente, Bosch, Barcelona, 1998.
- Muñoz Conde/García Arán, Derecho Penal (parte general), 7ª edición, 2007.
- Oliveira, Guilherme de, Conferências Ordem dos Médicos, Zona Centro, debate “Medicina e Direito – Que futuro? organização Republica do Direito, 11 de Fevereiro de 2002.
- Pereira, André Gonçalo Dias, Medicina na era da cidadania: propostas para pontes de confiança *in* Estudos de direito da Bioética, vol. IV, Almedina, 2009.
- Responsabilidade médica e medicina defensiva *in* Estudos de direito da Bioética, Vol III, Coimbra, 2008.
- Direito dos pacientes e responsabilidade médica, Tese de Doutoramento, Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 2012.
- Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, O artigo 150º, nº 1, do código penal: uma jóia preciosa no direito penal médico *in* Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Coimbra, 2013, nº 21 (set.-dez. 2013).
- A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico- penal – estudo sobre a responsabilidade médico – hospitalar, Almedina, 2013.
- Roxin, Claus, Problemas fundamentais de Direito Penal, 2ª edição, Veja, Lisboa, 1993
- Silva, Germano Marques, Direito Penal Português – teoria do crime, Universidade Católica editora, Lisboa, 2012.
- Schaefer, Jorge Henriques, Revista Jurídica da FURB, 3 – Junho 1995.
- Palma, Maria Fernanda, Direito Penal – Parte Geral: a teoria geral da infracção como teoria da decisão penal, ed. AAFDL, 2013.
- Distinção entre dolo eventual e negligência consciente em Direito Penal- justificação de um critério de vontade,

Lisboa, 1981.