

■ Formação Ministério Público ■

Responsabilidade penal dos médicos

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Trabalhos do 2.º Ciclo do 34.º Curso

abril 2021



Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

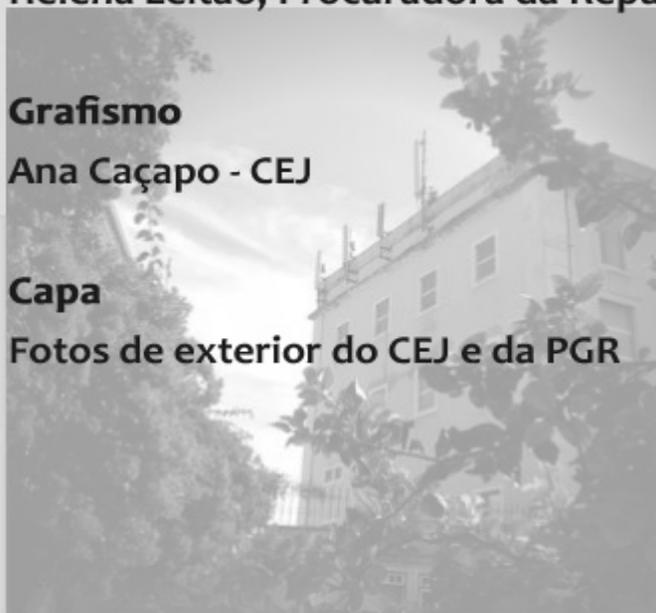
Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Fotos de exterior do CEJ e da PGR





Dando continuidade à publicação da série de e-books da Coleção Formação – Ministério Público “Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal”, o Centro de Estudos Judiciários tem o grato prazer de proceder à divulgação dos volumes que reúnem os trabalhos temáticos realizados pelos auditores de justiça do 2.º ciclo destinados à magistratura do Ministério Público do 34.º Curso Normal de Formação. Como introdução a estes volumes remete-se, em grande medida, para as considerações efectuadas nas notas de abertura dos seus antecessores.

Embora o 2.º Ciclo da formação inicial se desenrole num contexto puramente judiciário visando a qualificação de competências e práticas e o conferir de uma coerente sequência ao quadro de objectivos pedagógicos e avaliativos definidos como estruturantes para a preparação dos futuros magistrados do Ministério Público, desde há alguns anos se vem solicitando a cada um dos auditores a elaboração de um trabalho escrito com um limite máximo de 30 páginas sobre um dos temas propostos pelo Director Adjunto e pelos coordenadores regionais, através do qual se pretende validar as competências práticas adquiridas na comarca, designadamente, o conhecimento das fontes, a destreza do recurso às tecnologias de informação e comunicação, a eficácia da gestão da informação, a gestão do tempo, o domínio dos conceitos gerais, o nível de conhecimentos técnico-jurídicos, a capacidade de argumentação escrita e oral, a capacidade de síntese ou o nível de abertura às soluções plausíveis.

Este trabalho deveria depois ser apresentado publicamente durante uma denominada “semana temática” a decorrer no CEJ, visando que, por um lado, todos os auditores do Ministério Público pudessem beneficiar de uma panorâmica geral dos conteúdos trabalhados pelos respectivos colegas (já que a sua presença nessas sessões seria obrigatória) e, por outro, através dessa mesma apresentação oral, permitir aos avaliadores fazer um juízo sobre aspectos da oralidade e do saber-estar, sociabilidade e adaptabilidade (trabalho de equipa), permitindo igualmente a apreciação da destreza de cada auditor no que respeita à capacidade de investigação, à capacidade de organização e método, à cultura jurídica, à capacidade de ponderação e, sobretudo, à atitude na formação, que tem de ser (ainda que difícil e exigente) uma atitude de autonomia e responsabilidade.



Infelizmente, a situação pandémica que assola o país impediu a realização dessa “semana temática”, tendo sido considerado que a natureza da actividade não era compatível com a sua execução à distância.

Tal facto não impede, contudo, a divulgação dos referidos trabalhos.

A tónica na preparação e supervisão dos trabalhos pelos coordenadores regionais assentou, sobretudo, nos aspectos da prática e da gestão do inquérito ou da gestão processual, que são tão mais importantes quanto impõem aos auditores uma transição entre a teoria e a prática, evitando-se por esta forma dissertações com intuito e conteúdo exclusivamente académico.

Estes trabalhos foram elaborados no ano lectivo de 2019/20.

Luís Manuel Cunha da Silva Pereira Director-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte Coordenador Regional Norte – Ministério Público

Ângela Maria B. M. da Mata Pinto Bronze Coordenadora Regional Centro – Ministério Público

José Paulo Ribeiro de Albuquerque Coordenador Regional Lisboa – Ministério Público

Olga Maria Caleira Coelho Coordenadora Regional Sul – Ministério Público

Ficha Técnica

Nome:

Responsabilidade penal dos médicos. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Coleção:

Formação Ministério Público

Conceção e organização:

Ângela Maria Batista Monteiro da Mata Pinto Bronze – Procuradora da República, Coordenadora Regional de Coimbra

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte – Procurador da República, Coordenador Regional do Porto

José Paulo Ribeiro Albuquerque – Procurador da República, Coordenador Regional de Lisboa

Olga Maria de Sousa Caleira Coelho – Procuradora da República, Coordenadora Regional de Évora

Valter Santos Batista – Procurador da República *

Intervenientes:

Norte: Joana Carvalho Fernandes (Matosinhos) **

Centro: Maria Raquel Sant'anna Gandra Ferreira Neves (Espinho) **

Lisboa: André Filipe Meneses Pereira (Lisboa) **

Sul: Alexandra Maria de Oliveira Andrade (Faro) **

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

* Coordenador Regional Adicional da Formação nos Tribunais da zona de Lisboa à data da apresentação dos trabalhos

** Auditores/as de Justiça do 34.º Curso de Formação de Magistrados – MP à data da apresentação dos trabalhos

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – Título [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –16/04/2021	

Responsabilidade penal dos médicos

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Índice

1. Responsabilidade penal dos médicos. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Alexandra Andrade	9
2. Responsabilidade Penal dos Médicos. Enquadramento jurídico, prática e gestão do inquérito André Filipe Meneses Pereira	43
3. Direito penal dos médicos. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Joana Carvalho Fernandes	81
4. Responsabilidade penal do Médico Maria Raquel Neves	117
5. Responsabilidade penal dos médicos. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Alexandra Andrade André Pereira Joana Fernandes Raquel Neves	145

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. Responsabilidade penal dos médicos

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Alexandra Andrade



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. RESPONSABILIDADE PENAL DOS MÉDICOS. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Alexandra Andrade

- I. Introdução
- II. Objetivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento jurídico (geral)
 - 1.1. Da diversidade no enquadramento jurídico da responsabilidade penal médica
 - 1.2. Tipos incriminadores com maior relevância na atuação médica
 - 1.2.1. Homicídio por negligência
 - 1.2.2. **Ofensa à integridade física por negligência**
 - 1.2.3. Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos
 - 1.2.4. Recusa de médico
 - 1.3. O caso especial da responsabilidade penal das equipas médicas
 - 1.3.1. O princípio da confiança
 - 1.3.2. O princípio da divisão do trabalho
 - 1.4. Participação nos factos negligentes – a autoria paralela e o comportamento negligente conjunto
 - 1.5. Determinação da responsabilidade no exercício da medicina em equipa
 - 1.5.1. Relações não hierárquicas de médicos da mesma especialidade, em situação de urgência
 - 1.5.2. Relações não hierárquicas de médicos de especialidade distinta: o caso do médico cirurgião e do médico anestesista
 - 2. Prática e gestão processual
 - 2.1. Breves notas sobre dados estatísticos relativos à fase de inquérito de processos sobre a negligência médica
 - 2.2. A notícia do crime
 - 2.3. A investigação e a direção do inquérito
 - 2.4. A prova
 - 2.4.1. A prova testemunhal
 - 2.4.2. A prova documental
 - 2.4.3. A prova pericial
 - 2.5. Outras diligências de prova a realizar
 - 2.6. O despacho final
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

A atuação médica pode dar lugar a vários tipos de responsabilidade: civil, penal e disciplinar. A atividade médica comporta, no seu exercício, uma multiplicidade de riscos, considerando que lida com bens jurídicos fundamentais, inclusive, bens jurídicos constitucionalmente consagrados: a vida e a integridade física.

A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 24.º, n.º 1, dispõe que “a vida humana é inviolável”. Também o artigo 25.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, estabelece que “a integridade moral e física das pessoas é inviolável”.

Porque a atividade médica comporta um grande risco e porque, acima de tudo, é uma atividade que tem um enorme relevo social, o Código Penal, no seu artigo 150.º, vem

precisamente estabelecer que os atos médicos praticados de acordo com a *leges artis* e com finalidades terapêuticas, não podem ser considerados uma ofensa à integridade física.

Contudo, o profissional médico que no âmbito da sua atividade profissional viole, seja a que título for, com culpa dolosa ou negligente, um desses bens jurídicos fundamentais, criando um risco não permitido que origine uma ofensa ao corpo e à saúde de uma pessoa, não pode deixar de ser responsabilizado penalmente pela sua conduta, tendo neste âmbito que, necessariamente, intervir o direito penal, com base no seu *ius puniendi*.

Importa aqui, fazer referência ao facto de que em Portugal, os casos de responsabilidade penal por atos médicos (negligentes) que terminam em acusação, são residuais. Com efeito, das estatísticas conhecidas, facilmente se comprova que só um em cada dez processos termina em acusação¹. A explicação destes números, resulta das dificuldades na recolha da prova, nomeadamente da prova pericial, que necessariamente, tem que ser efetuada neste tipo de processos e que muitas vezes é complexa, assim como na demora e falta de colaboração, por parte de algumas entidades em fornecer informação crucial ao processo crime.

É, portanto, dentro desta temática da responsabilidade penal dos médicos e as dificuldades com que, muitas vezes, a investigação se depara e os caminhos nela a seguir, que se debruçará o presente trabalho.

II. Objetivos

O presente trabalho tem como objetivo, apresentar ao leitor os principais tipos criminais que responsabilizam penalmente os médicos no âmbito da sua atuação profissional. Uma leitura cuidadosa ao Código Penal, facilmente nos permite constatar que existem vários tipos de crimes que responsabilizam penalmente os médicos pelos atos cometidos no âmbito da profissão. O presente trabalho focará apenas alguns desses tipos legais, concretamente, aqueles que têm maior relevância na prática médica, como é o caso do homicídio negligente, ofensas à integridade física negligente, intervenções médico cirúrgicas e recusa de médico.

Irá também ser abordado o caso especial da responsabilidade penal das equipas médicas, com enfoque para os principais princípios que caracterizam este tipo de trabalho médico em equipa, ou seja, o princípio da divisão de trabalho e o princípio da confiança. Ainda dentro desta temática, será também abordada a determinação da responsabilidade no exercício da medicina em equipa.

A segunda parte do trabalho, abordará toda a fase de inquérito quando esteja em causa a investigação de crimes cometidos por médicos no âmbito profissional. Assim, será feita uma abordagem às diligências que se consideram mais úteis e pertinentes para o inquérito, com vista à prolação do respetivo despacho final (seja ele de arquivamento ou de acusação).

¹ Dados retirados do jornal Diário de Notícias, publicado no dia 02/07/2011 e disponível através do link <http://www.asjp.pt/2011/07/03/so-um-em-cada-dez-casos-de-negligencia-resulta-em-acusacao/> e também solicitados e fornecidos para o presente trabalho, pela Dra. Emília Serrão, Procuradora de República da 6.ª Secção do DIAP de Lisboa, que constam mais pormenorizadamente no capítulo 2.1. do presente trabalho.

O presente trabalho tem como principais destinatários todos os profissionais da área forense, advogados, magistrados (judiciais e do Ministério Público), juristas e administradores hospitalares que lidam frequentemente com esta temática da responsabilidade penal dos médicos.

III. Resumo

No primeiro capítulo será feita uma abordagem especial a alguns tipos legais de crimes que responsabilizam penalmente o médico pela sua atuação profissional.

O legislador português incluiu no Código Penal uma diversidade de crimes relacionados com condutas médicas (e outros profissionais de saúde).

Este tipo de crimes, incide – sobretudo - sobre a vida e a integridade física e, regra geral, é cometido a título negligente (ou seja, quando se verifica a violação de um dever objetivo de cuidado).

Neste primeiro capítulo, será dado enfoque especial a crimes cometidos na forma negligente, que no contexto da medicina têm maior relevo, como é o caso do homicídio por negligência – artigo 137.º do Código Penal –, ofensas à integridade física por negligência – artigo 148.º do Código Penal –, intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – artigo 150.º do Código Penal – e recusa de médico – artigo 284.º do Código Penal.

No capítulo inicial, será ainda feita uma abordagem ao caso especial da responsabilidade penal das equipas médicas.

A razão de ser da abordagem deste tema prende-se com o facto de, nos dias de hoje, a medicina caracterizar-se pela atuação em equipa, não só de vários profissionais de saúde, como também de várias especialidades médicas, para tratar dos problemas que lhes são apresentados.

Com efeito, se pensarmos numa simples cirurgia, a equipa médica não se limita ao cirurgião chefe, mas engloba também o anestesista, o cirurgião assistente, o enfermeiro chefe e o enfermeiro circulante. Portanto, dentro desta equipa de trabalho, ocorrendo alguma situação que gere responsabilidade penal, coloca-se o problema de determinação da responsabilidade de cada um destes membros da equipa. Assim, aprofundaremos neste capítulo, o princípio da confiança e da divisão de trabalho e falaremos ainda da autoria paralela negligente e da determinação da responsabilidade no exercício da medicina em equipa, do caso especial dos médicos da mesma especialidade e de médicos de especialidades distintas.

O segundo capítulo aborda a investigação dos crimes de responsabilidade penal médica, toda a fase de inquérito, desde a forma como é obtida a notícia do crime, a direção do inquérito, a prova que deve ser recolhida, nomeadamente a prova testemunhal, documental e o caso especial da prova pericial – o parecer técnico científico, cujo principal objetivo é determinar se a atuação médica foi ou não de acordo com a *leges artis* e por fim, o despacho final.

1. Enquadramento jurídico (geral)

1.1. Da diversidade no enquadramento jurídico da responsabilidade penal médica

Como já atrás se referiu, no âmbito da sua atuação, o médico pode ser responsabilizado a título civil, disciplinar e penal, sendo certo que a forma mais gravosa de responsabilidade dos atos profissionais médicos é, certamente, a responsabilidade penal.

Assim, e num contexto jurídico, uma análise detalhada ao Código Penal português, que é o guia que nos permite saber se determinada atuação é crime ou não, atendendo ao princípio da legalidade, constitucionalmente consagrado no artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa, que basicamente significa que não pode haver crime nem pena que não resultem de lei prévia, escrita e certa (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), facilmente percebemos que existe uma diversidade de normas criminais que nos transportam para a responsabilidade penal por condutas ligadas à atividade médica (e em algumas situações, por outros profissionais de saúde).

Passemos, então, à identificação dessas normas jurídicas:

- Homicídio por negligência – artigo 137.º do Código Penal;
- Ofensas à integridade física – artigos 143.º, 144.º e 148.º do Código Penal;
- Agravamento pelo resultado – artigo 147.º do Código Penal;
- Consentimento – artigo 149.º do Código Penal;
- Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – artigo 150.º do Código Penal;
- Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários – artigo 156.º do Código Penal;
- Dever de esclarecimento – artigo 157.º do Código Penal;
- Procriação artificial não consentida – artigos 168.º, 177.º e 178.º;
- Segredo profissional – artigo 195.º do Código Penal;
- Omissão de auxílio – artigo 200.º do Código Penal;
- Atestado médico falso – artigo 260.º do Código Penal;
- Propagação de doença, alteração de análise ou de receituário – artigo 283.º do Código Penal;
- Recusa de médico – artigo 284.º do Código Penal;
- Agravamento pelo resultado – artigo 285.º do Código Penal;
- Atenuação e dispensa de pena – artigo 286.º do Código Penal.

Nas palavras de Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues², Portugal tem “um código penal dos mais avançados em matéria de delitos médicos”. Efetivamente, são diversos os crimes patentes no Código Penal português que responsabilizam os médicos (e outros profissionais de saúde, ou que com eles trabalham e têm uma atividade conexa), no âmbito do exercício da medicina.

² In “Responsabilidade médica em direito penal – Estudo dos pressupostos sistemáticos”, editora Almedina, Coimbra 2007.

Apesar da extensão dos tipos legais de crime que responsabilizam os médicos pelas suas condutas, a verdade é que a atuação médica típica incide, como já acima se referiu, sobre a vida e a integridade física e que, nestes termos, preencherá os tipos de ofensas à integridade física ou homicídio, dependendo dos casos.

Também não menos verdade, é que a atuação médica preencherá, maioritariamente, crimes negligentes, ou seja, crimes que o resultado típico (a morte ou a ofensa à integridade física) se verifica por falta de um dever objetivo de cuidado.

Por isso, iremos focar a atenção deste trabalho aos referidos crimes, cometidos na forma negligente e a outros que, no contexto da medicina, têm relevo especial.

Assim, abordaremos em especial, os seguintes tipos legais de crimes:

- Homicídio por negligência – artigo 137.º do Código Penal;
- Ofensas à integridade física por negligência – artigo 148.º do Código Penal;
- Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – artigo 150.º do Código Penal;
- Recusa de médico – artigo 284.º do Código Penal.

1.2. Tipos incriminadores com maior relevância na atuação médica

1.2.1. Homicídio por negligência

Dispõe o artigo 137.º, n.º 1, do Código Penal que “quem matar outra pessoa por negligência é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”. O n.º 2 do referido preceito legal prescreve que “em caso de negligência grosseira, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos”.

O **bem jurídico** tutelado por esta norma é a vida humana, a vida de outra pessoa. O **tipo objetivo** de ilícito, consiste em matar outra pessoa, tratando-se, portanto, de um crime de dano e de resultado.

São elementos constitutivos do crime por negligência e condições de punibilidade a conduta humana traduzida numa ação ou omissão, a violação de normas de cuidado, adotando comportamentos imprudentes e descuidados face à norma penal, a possibilidade de imputação objetiva do resultado (morte) à conduta contrária ao dever jurídico, a ausência de causas de justificação da conduta e que o autor seja imputável e com faculdades de conhecimento e experiência que lhe permitam reconhecer o dever de cuidado exigido e prever o curso causal que conduz ao resultado concreto produzido³.

³ Quanto à violação das normas de cuidado, e reportando ao tema principal deste trabalho, refira-se que em situações de maior risco para a vida de outra pessoa, o agente antes de atuar, deve tentar obter informações e esclarecimentos necessários de forma a poder omitir a sua conduta. A título de exemplo, temos o médico que avisado pelo paciente de que tem algum problema no coração e sem qualquer tipo de exame complementar o submete a uma anestesia, vindo depois a falecer (*In* Comentário Conimbricense ao Código Penal, anotação ao artigo 137.º).

Este artigo remete-nos claramente para o artigo 15.º do Código Penal (negligência), que determina que age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz, representa como possível a realização de um facto correspondente a um tipo de crime, mas atuar sem se conformar com essa realização (negligência consciente), ou não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto (negligência inconsciente).

A negligência pressupõe, fundamentalmente, a violação de um dever objetivo de cuidado. Este dever está normalmente associado ao exercício de uma atividade lícita, mas suscetível, pela sua perigosidade, de produzir resultados não desejados pelo ordenamento jurídico, afetando, determinados bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

Segundo Figueiredo Dias⁴ a violação do dever objetivo de cuidado significa a “violação de exigências de comportamento em geral obrigatórias cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respetiva, para evitar realizações não dolosas de um tipo objetivo ilícito”.

A exigibilidade desse dever ao agente, desse dever objetivo de cuidado, deverá ser apreciado, em concreto, segundo as circunstâncias particulares do caso em análise e não segundo a observância geral de cuidado com que todo o cidadão deve comportar-se para com o outro, ou seja, em comunidade.

Na respetiva valoração deve atender-se, não a um critério definido simplesmente com base no conceito do homem médio, mas num critério subjetivo e concreto, individualizante, que deve partir do que seria razoavelmente de esperar de um homem com as qualidades e as capacidades do agente, apreciado à luz do seu meio social e profissional e naquela situação em particular.

A este respeito, importa fazer a referência à atuação do médico, se se deve pautar pelas regras mínimas do seu conhecimento técnico, ou se, pelo contrário, tendo estes conhecimentos e capacidades superiores à média, deverá valer-se das mesmas, por forma a excluir a sua responsabilidade por factos negligentes cometidos.

Tem sido entendimento maioritário da doutrina, que nestes casos, deve optar-se por seguir a conduta do homem médio e cauteloso. Contudo, as capacidades inferiores às da média não podem relevar ao nível do tipo de ilícito negligente, no sentido de excluir a tipicidade, mas já poderão relevar na culpa. Já quanto às capacidades superiores à média, estas devem ser tomadas em conta no sentido de fundamentar o tipo de ilícito do homicídio negligente⁵.

Relativamente à **culpa** (médica) negligente, esta consiste num juízo de censura feito ao agente, por não ter cumprido com o dever de cuidado de que era capaz e de não ter previsto, sequer, o resultado típico a que estava obrigado.

O médico deve atuar de acordo com o cuidado, a destreza, os saberes e conhecimentos do estado da medicina ao seu tempo.

⁴ In “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, Coimbra Editora.

⁵ Um exemplo típico, é o médico que domina uma técnica cirúrgica inovadora, sendo dos poucos a nível mundial que tem esses conhecimentos técnicos e não usa a sua excecional capacidade com determinado paciente, que, em consequência, vem a falecer.

Ademais, o médico está obrigado a atualizar os seus conhecimentos científicos e evitar usar métodos antiquados e ultrapassados, que já não estão em uso e nem são aceites pela comunidade médica.

A pena do crime de homicídio negligente, nos termos do n.º 1 do artigo 137.º é de prisão até três anos ou de multa.

Em caso de negligência grosseira, a pena vai até cinco anos de prisão.

Relativamente à punição do homicídio negligente simples, previsto no n.º 1, como entende Figueiredo Dias⁶ “a circunstância de a lei ter cominado, no n.º 1, pena de multa alternativa, apesar de se tratar de crime contra as pessoas, fica a dever-se ao facto de se estar aqui perante um crime sem dolo e sem negligência grosseira e que, por conseguinte, pode assumir, segundo o seu conteúdo de culpa, uma gravidade relativamente pequena e não se verificarem relativamente a ele, no caso, exigências preventivas conducentes a aplicação da prisão”.

Já relativamente ao n.º 2 do preceituado artigo, que inclui a negligência grosseira, esta releva não só ao nível do ilícito, mas também da culpa, na medida em que se está perante uma ação perigosa e com verificação do resultado, altamente provável em virtude da conduta adotada pelo agente.

Neste tipo de situações, o agente revelou, com a sua conduta, uma atitude particularmente censurável de leviandade perante o comando jurídico-penal, respaldando nesse comportamento qualidades particularmente censuráveis de irresponsabilidade e imprudência.

1.2.2. Ofensa à integridade física por negligência

Dispõe o artigo 148.º, n.º 1, do Código Penal que “quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”.

O n.º 2 do referido artigo fala da dispensa de pena, prevendo que “no caso previsto no número anterior, o tribunal pode dispensar de pena quando:

- a) O agente for médico no exercício da sua profissão e do ato médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias; ou
- b) Da ofensa não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 3 dias”.

O n.º 3 do referido artigo agrava a pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias, se do facto resultar ofensa à integridade física grave.

E o n.º 4 estabelece a natureza semipública do crime em análise.

O **bem jurídico** tutelado pela norma em apreço é a integridade física e psíquica de outra pessoa. Trata-se de um crime de dano (quanto ao bem jurídico) e de resultado (quanto ao objeto da ação)⁷.

O **tipo objetivo**, consiste em ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, com vida.

⁶ In Comentário Conimbricense do Código Penal, anotação ao artigo 137.º.

⁷ Albuquerque, Paulo Pinto de, in Comentário ao Código Penal, anotação ao artigo 143.º.

Aqui, quanto ao corpo, estão, certamente, incluídos órgãos e qualquer membro do corpo humano.

Quanto à saúde, inclui a saúde física e psíquica, bem como o mal-estar físico, dores de cabeça ou de estômago.

Este crime, tanto pode ser preenchido por ação, como por omissão, sendo que, neste último caso, sobre o agente, deverá recair um dever jurídico que o obrigue a evitar esse resultado (artigo 10.º, n.º 1, do Código Penal)⁸.

Este dever jurídico de garante, respalda-se no caso típico dos médicos que estão em serviço de urgência hospitalar e relativamente a doentes que dão entrada nesse hospital para serem observados clinicamente.

Esses médicos têm o dever jurídico de garante e podem vir a ser responsabilizados por danos causados a esses doentes, claro está, se se puder imputar esses danos à conduta omissiva (negligente) do médico.

Terá de existir, assim, um nexo de causalidade entre a conduta do agente (ou omissão) e a lesão do bem jurídico.

Sendo que, nos crimes negligentes, terá de ocorrer a violação de um dever objetivo de cuidado, como já acima se referiu, terá de ser analisado caso a caso, ou seja, reportando-se às circunstâncias do caso em concreto.

Cumpra ainda referir que aquelas situações que, mesmo que o agente não tenha respeitado o dever objetivo de cuidado que estava obrigado, com a sua conduta vem a causar um resultado que se produziria na mesma se tivesse observado todos os cuidados impostos pela ordem jurídica.

Como defende Paula Ribeiro de Faria não parece “ser de excluir a imputação do resultado ao agente em todo e qualquer caso em que provavelmente ele viria a verificar-se por outra via, como defende a *teoria da evitabilidade* (há cuidados que têm que ser observados mesmo que com probabilidade não evitem o resultado), mas apenas naqueles casos em que a violação do dever de cuidado não traduza uma potenciação do risco relativamente ao comportamento esperado e exigido pela ordem jurídica (*teoria da potenciação do risco*)”⁹.

Mais uma vez, neste tipo de situações, não se pode descurar de critérios subjetivos, que estão intimamente ligados com os conhecimentos específicos dos agentes, como é o caso do médico anestesista que tem perfeito conhecimento do estado de saúde do seu paciente, sabendo que este padece de um sopro no coração e que mesmo assim, numa cirurgia, lhe administra uma dose de anestesia, que lhe vem a causar graves danos de saúde.

Relativamente à **culpa (negligente)**, remetemos para o que já foi mencionado na análise ao tipo de crime de homicídio por negligência.

⁸ É, por exemplo, o caso do médico cirurgião que, sem razão aparente, atrasa a cirurgia a um paciente, o que provoca um evoluir da doença, levando a uma propagação de células cancerígenas por outros órgãos do corpo que inicialmente não estavam afetados.

⁹ Faria, Paula Ribeiro de, *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, anotação ao artigo 148.º.

Atento o elemento subjetivo estabelecido no artigo 22.º do Código Penal, ou seja, que há **tentativa** quando “o agente pratica atos de execução de um crime que decidiu cometer”, facilmente se percebe que não há tentativa em relação aos tipos de crime negligentes.

Relativamente à pena imposta, diz-nos o artigo 148.º, n.º 1, do Código Penal que a ofensa à integridade física simples, por negligência, é punida com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias e a ofensa à integridade física grave, por negligência, é punida com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Quanto às considerações relativas à pena, a alínea a) do n.º 2 do artigo em análise, prevê a dispensa de pena quando o agente for médico no exercício das suas funções e da sua atuação médica negligente não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de oito dias. Nesta alínea em concreto, prevê-se, assim, uma qualidade especial do agente, ou seja, que seja médico e que a ofensa à integridade física por negligência tenha sido cometida no exercício das suas funções.

Por sua vez, a alínea b) do n.º 2 já não exige a qualidade especial do agente, podendo a dispensa de pena ser aplicada a qualquer pessoa, claro está, se da doença não resultar incapacidade para o trabalho por mais de três dias.

1.2.3. Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos

O **artigo 150.º do Código Penal** estipula um regime específico relativamente às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.

Neste sentido, dispõe o **n.º 1** do referido preceito legal que “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”.

Este artigo exclui do âmbito da tutela penal as intervenções e tratamentos médico cirúrgicos na perspetiva das ofensas corporais.

Ou seja, a intervenção ou tratamento médico cirúrgico realizados segundo a *leges artis*, não podem ser considerados crime, excluindo, portanto, a tipicidade deste comportamento.

Quer isto dizer que, a intervenção cirúrgica medicamente indicada e realizada segundo a *leges artis* encontra-se fora da tutela típica das ofensas à integridade física corporais e mesmo do homicídio, independentemente do resultado indesejável produzido, quer este seja a morte ou o agravamento da doença ou das lesões do paciente.

O conceito legal de tratamento e intervenção médico-cirúrgica incorpora elementos subjetivos e objetivos, todos de verificação cumulativa.

Assim, no plano subjetivo encontramos a qualificação do agente e a intenção terapêutica, no plano objetivo, temos a indicação médica e a realização de acordo com a *leges artis*.

Analisemos detalhadamente cada um desses elementos.

Quanto aos **elementos subjetivos**, e no que concerne à qualificação do agente, a lei exige que este se trate de um médico¹⁰ ou de pessoa legalmente autorizada a praticar tais atos.

Assim, ficam de fora deste âmbito legal, os tratamentos realizados por um leigo, ou um curandeiro.

Relativamente à finalidade terapêutica, esta consiste, como refere o próprio artigo, em prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental.

Este tipo de finalidade terapêutica, tem que ter o paciente como seu beneficiário direto, o que, logicamente excluiu deste âmbito, os métodos experimentais, assim como a homeopatia ou qualquer método naturalístico.

Relativamente às intervenções e tratamentos puramente cosméticos ou estéticos, estes ficam de fora deste regime, tratando-se, antes, de ofensas à integridade física que, na maioria das vezes, por haver consentimento do visado, excluiu a ilicitude.

Contudo, como aponta Costa Andrade¹¹, as operações cosméticas que constituam correções ortopédicas, que se destinem a diminuir determinada patologia física ou psíquica, isentam o médico de responsabilidade.

Já no **plano objetivo**, e quanto à indicação médica, esta consiste na realização de um tratamento médico, face à patologia do paciente.

Este tratamento tem que ser adequado à doença detetada ao paciente e que atenta a sua gravidade, não é possível recorrer a outro método menos invasivo.

No que concerne à *leges artis*, ou à arte médica, nas palavras de Álvaro da Cunha Rodrigues¹² trata-se de uma “infração às regras deontológicas e técnicas da profissão, que podem estar escritas em protocolos, *guidelines*, circulares da Direção de Saúde, registadas em atas de reuniões médicas onde se deliberou sobre *modus procedendi* em determinadas circunstâncias, ou podem, pura e simplesmente ser resultantes dos hábitos convalidados da profissão”.

O mesmo autor acrescenta ainda que “as *leges artis medicinae* constituem um complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia às concretas situações individuais”.

Enfim, trata-se de regras de conhecimento e experiência sobre o tratamento médico que devem estar ao alcance de qualquer médico no âmbito da sua atividade profissional.

Pelo acima exposto, facilmente se percebe que não pode haver responsabilidade penal médica, quando o médico, no âmbito de uma intervenção médico-cirúrgica, atua segundo as *leges artis*, de modo a prevenir, tratar, diagnosticar, ou minorar uma patologia, sofrimento ou lesão corporal.

¹⁰ Nos termos do artigo 98.º do Estatuto da Ordem dos Médicos (e do Regulamento de Inscrição na Ordem dos Médicos), é considerado médico quem for titular de licenciatura em medicina e quem esteja inscrito na Ordem dos Médicos.

¹¹ In Comentário Conimbricense do Código Penal, anotação ao artigo 150.º.

¹² Rodrigues, Álvaro da Cunha, in “A negligência médica à luz do direito penal”, revista do CEJ, 2.º semestre de 2016, ano 2.

O n.º 2 do artigo 150.º do Código Penal prescreve que “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”.

O n.º 2 do referido preceito legal, já criminaliza a atuação médica que violando a *leges artis*, crie perigo para a vida ou grave ofensa à integridade física de outrem.

Trata-se, portanto, de um crime doloso, exigindo-se um dolo quanto à violação das *leges artis* e um dolo quanto ao perigo para a vida, para o corpo e a saúde.

Esta norma legal configura um crime específico próprio, na medida em que a atuação tem de ser praticada por um médico ou pessoa legalmente autorizada e de um crime de perigo concreto, em que a verificação do perigo faz parte do tipo objetivo de ilícito.

Quanto à aplicação prática deste preceito legal, como refere Costa Andrade “não se afigura fácil determinar o âmbito de aplicação do preceito.

Uma intervenção médico-cirúrgica levada a cabo com violação – e sobretudo violação dolosa – das *leges artis* configura uma ofensa corporal típica”¹³.

O n.º 2 do artigo 150.º contém uma cláusula de subsidiariedade expressa, “se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal”.

Assim, se a atuação médica provocar perigo para a vida, esta norma será consumida pela norma do artigo 144.º, alínea d), do Código Penal – ofensa à integridade física grave, uma vez que prevê uma punibilidade mais gravosa do que a do presente tipo legal.

Posto isto, questiona-se, então, em que situações práticas se aplica este preceito legal?

Como afirma Maria da Conceição Cunha¹⁴ “a intervenção desconforme com a arte médica só constituirá uma ofensa corporal se efetivamente lesar o corpo ou a saúde – caso contrário, não será punida, a menos que se enquadre, precisamente, no tipo legal de violação das *leges artis*.

Ou seja, se o agente, com tal intervenção violadora das *leges artis*, causar uma ofensa, será responsabilizado pelo crime de ofensas corporais (...).

Se com tal intervenção, não causar qualquer dano, ainda assim, poderá ser responsabilizado pelo crime de violação das *leges artis*, se se preencherem os requisitos destes crimes”.

1.2.4. Recusa de médico

Dispõe o artigo 284.º do Código Penal que “o médico que recusar o auxílio da sua profissão em caso de perigo para a vida ou de perigo grave para a integridade física de outra pessoa, que não possa ser removido de outra maneira, é punido com pena de prisão até 5 anos”.

Este tipo legal tem como **bem jurídico** protegido a vida e a integridade física.

Quanto ao **tipo objetivo**, importa referir que o agente deste crime tem que ser um médico, tratando-se, portanto, de um crime específico próprio.

¹³ Andrade, Manuel da Costa, *in* obra citada.

¹⁴ Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, *in* “Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão”.

A conduta terá de consistir na recusa ou omissão de prestação de cuidados médicos, sendo imprescindíveis para remover o perigo para a vida ou o perigo de grave lesão da integridade física de outra pessoa, que não possa ser removido de outra forma, sendo a atuação médica a única forma capaz de eliminar ou de reduzir o perigo.

Trata-se de um crime de perigo concreto, na medida em que o crime se consuma antes com a existência da situação de perigo, sendo, portanto, um perigo pré-existente.

Assim, o crime consuma-se no momento em que o médico, depois de comprovar a situação de perigo, não presta a assistência médica necessária a remover o perigo para a vida ou para a saúde¹⁵.

É também um crime de resultado, quanto à forma de consumação do ataque ao objeto de ação.

Quanto ao **tipo subjetivo** de ilícito, trata-se de um crime doloso, em qualquer das suas modalidades, sendo suficiente o dolo eventual.

Terá de existir um dolo de perigo concreto para a vida ou perigo de lesão grave da saúde e se o agente, perante uma situação concreta de perigo, se mantém passivo, apesar de ter consciência do perigo e da imprescindibilidade de auxílio médico que podia prestar, conformando-se com o perigo, manifestando algum desinteresse, agiu com dolo eventual¹⁶.

O artigo 285.º do Código Penal prevê uma agravação pelo resultado.

Dispõe este preceito legal que “se dos crimes previstos nos artigos (...) 284.º resultar morte ou ofensa à integridade física grave de outra pessoa, o agente é punido com a pena que ao caso caberia, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo”.

O resultado agravante tem que se verificar em relação à pessoa que tenha sido colocada em perigo pela conduta omissiva do agente e esse resultado deve ser uma consequência adequada do perigo criado pela conduta do agente.

Por sua vez, o artigo 286.º do Código Penal prevê uma atenuação especial ou dispensa de pena se o agente remover voluntariamente o perigo antes de se ter verificado dano substancial ou considerável.

Neste caso, a remoção voluntária do perigo deve ter lugar antes da verificação da lesão corporal grave.

Para a dispensa de pena, é necessário que estejam verificados os pressupostos do artigo 74.º, n.º 1, do Código Penal.

Um pequeno apontamento quanto à distinção deste tipo legal, com o artigo 200.º do Código Penal, omissão de auxílio, que são tipos legais que não se devem confundir, já que neste

¹⁵ Neste sentido, veja-se Carvalho, Américo Taipa de, *in* Revista do Ministério Público, ano 39, 153.

¹⁶ Um caso tipo de recusa de ato médico foi o decidido no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 22/02/2012, proferido no processo 186/05.8TAMD.L.P1, relator Maria Dolores Silva e Sousa, onde se pode ler no sumário que “configura a prática de um crime de recusa de médico a ausência do hospital da única obstetra de serviço durante o trabalho de parto - não obstante saber, como é óbvio na sua especialidade, que de um momento para o outro a situação pode reclamar a tomada de decisões e que o fator tempo pode fazer a diferença entre a vida e a morte -, sem se preocupar ou indagar da situação clínica da parturiente e apesar do pedido de ajuda feito pela enfermeira-parteira porque a parturiente, na fase final de um parto via baixa, estava muito ansiosa”, disponível em www.dgsi.pt.

último existe um dever de auxílio geral, que nada tem a ver com a prestação de cuidados médicos.

O crime de omissão de auxílio é um crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa, sendo que recai sobre qualquer pessoa a obrigação de afastar um certo e determinado perigo.

Enquanto que o artigo 284.º é uma norma especial, pois, como já acima se referiu, sobre o agente recai um dever de auxílio especial, sendo que só esses agentes é que se encontram sujeitos a esse regime¹⁷.

Refira-se que o crime de recusa de médico é uma norma especial face à norma geral do artigo 200.º, a omissão de auxílio, existindo uma relação de especialidade daquele, para com este.

1.3. O caso especial da responsabilidade penal das equipas médicas

A medicina tem evoluído gritantemente nos últimos tempos, e se antes se podia falar da prática médica individual, em que apenas um médico exercia individualmente a sua atividade, sem recurso a outros colegas e mesmo outros profissionais de saúde, hoje em dia, tal já é muito difícil de ocorrer.

Na verdade, a medicina moderna caracteriza-se pela sua complexidade, na medida em que os problemas que se lhe colocam são cada vez são mais complexos, exigem respostas rápidas e eficientes.

Caracteriza-se também pela subespecialização, uma vez que os médicos, nos dias de hoje, têm cada vez mais um conhecimento mais profundo sobre determinada área da medicina, do que sobre a medicina em geral.

Por fim, a medicina atual tem subjacente um espírito de interdisciplina e cooperação, não só entre médicos, como também entre outros profissionais de saúde, cuja atividade é complementar, ou mesmo acessória da atividade médica.

Efetivamente, caracterizando-se a medicina moderna pela subespecialização, é natural que perante um determinado caso, seja necessário recorrer a outros conhecimentos complementares para poder encontrar uma solução/tratamento para o problema.

Ou seja, é necessário aprofundar a colaboração e a comunicação entre as várias especialidades médicas, para poder ter um olhar global do paciente e poder, assim, encontrar uma melhor solução para o problema.

Contudo, o facto de os médicos hoje trabalharem em equipa levanta grandes problemas ao nível da determinação da responsabilidade criminal de cada membro da equipa quando, da sua intervenção, resultar uma ofensa para o paciente.

¹⁷ A título de exemplo, veja-se aquela situação de perigo em relação à qual qualquer cidadão sem conhecimentos médicos possa auxiliar, chamando uma ambulância para transportar a pessoa para o hospital, porque se encontra numa situação de perigo. Se nessa mesma situação, não é necessário atuar de imediato, não existe urgência, nem é necessário o uso de conhecimentos médicos, o médico fica obrigado ao dever geral de qualquer outro cidadão e caso nada faça, incorre numa responsabilidade geral, cometendo o crime de omissão de auxílio do artigo 200.º e não o crime de recusa de médico do artigo 284.º do Código Penal.

Assim, juridicamente falando, a doutrina tem recorrido a dois grandes princípios que são o princípio da confiança e o princípio da divisão de trabalho, por forma de delimitar a responsabilidade de quem exerce a sua atividade em equipa e apurar os deveres de cuidado de cada membro.

1.3.1. O princípio de confiança

No âmbito da atuação médica em equipa, e de acordo com este princípio, cada profissional de saúde deve poder confiar que os demais colegas se comportam de acordo com as normas de cuidado, significando isto que ninguém pode ser responsabilizado pela violação do dever de cuidado por parte de outrem, sempre que tenha motivos para confiar em que o outro se comportará de acordo com o dever de cuidado.

Como refere Sónia Fidalgo¹⁸ “em matéria de divisão de tarefas numa equipa médica «qualquer membro (...) deve poder contar com uma atuação dos outros adequada à norma de cuidado (jurídica, profissional, estatutária, da experiência)» quer a intervenção destes seja anterior, simultânea ou posterior ao comportamento que se analise”.

O princípio da confiança, originariamente utilizado no âmbito do direito penal do tráfico rodoviário, foi posteriormente ganhando campo de aplicação em outras áreas do direito, nomeadamente no âmbito do exercício da medicina em equipa.

Contudo, há que referir que o princípio da confiança, no âmbito do exercício da medicina em equipa, não funciona de forma plena.

Assim, por exemplo, se no decurso de uma cirurgia, um médico se apercebe que outro membro da equipa médica não está em plenas condições de levar a cabo as suas funções, ou que não está a atuar com o dever de cuidado que lhe é exigido, obviamente que aqui já não se poderá falar em princípio da confiança.

Nestes casos, o médico que se apercebe dessa falha do outro membro da equipa, ou dessa falta de atuação segundo o dever de cuidado, deve de imediato atuar, de forma a poder evitar ou minorar danos futuros.

Dentro do princípio da confiança, podemos falar do caso particular do princípio do risco permitido.

Como já acima foi referido, a atividade médica lida com os principais bens jurídicos fundamentais, como a vida e a integridade física e devido ao facto de ser uma atividade com interesse primordial geral e social relevante para todos, comporta em si um determinado risco permitido.

¹⁸ Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão de trabalho, in, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Universidade de Coimbra, 2009.

Assim, segundo o entendimento da doutrina majoritária, aquele que atua de acordo com o dever de cuidado que lhe é exigível, deve poder confiar que os outros profissionais médicos também atuaram de acordo com os deveres que lhe são impostos.

É precisamente nestas situações que deve funcionar o princípio do risco permitido, que permitirá delimitar quais os riscos de atuação de terceiros.

Nestes casos, para saber se o médico atua segundo o dever objetivo de cuidado, no âmbito do risco permitido, tem que se ter em conta os conhecimentos específicos do próprio agente e as circunstâncias específicas do caso concreto.

Portanto, o médico só atuará ao abrigo do risco permitido se agir de acordo com os deveres de cuidado que lhe são impostos pela ordem jurídica e se empregar os conhecimentos especiais que possui no caso concreto, por forma a impedir a criação de um resultado não pretendido e lesivo para o paciente.

Contudo, existem autores que encontram um fundamento para o princípio da confiança não no âmbito do princípio do risco permitido, mas sim no âmbito do **princípio da autorresponsabilidade**.

Segundo este princípio, o médico deve estar concentrado na sua própria conduta, na sua atuação e não estar focado na conduta e trabalho dos outros membros da equipa.

Ou seja, o âmbito de atuação de cada um limita-se à sua própria atuação e só em certas e determinadas situações é que abrangerá o comportamento dos outros.

Todavia, o princípio da confiança e da autorresponsabilidade não liberta o médico de ter uma conduta zelosa durante todo o procedimento e no caso de se aperceber de algum procedimento errado de algum colega, tem o dever de agir, de forma a poder evitar o resultado danoso.

1.3.2. O princípio da divisão do trabalho

No âmbito do trabalho em equipa médica, encontramos diversos profissionais médicos, cada um com sua especialidade e mesmo subespecialidade, sendo que a cada um destes profissionais está atribuída uma tarefa.

O princípio da divisão de trabalho permite que cada um destes profissionais assuma uma tarefa concreta e predeterminada e se responsabilize pela mesma.

O princípio da divisão de tarefas pelos diversos profissionais de saúde que fazem parte de uma equipa médica permite que, com maior facilidade, se delimite a responsabilidade de cada profissional no âmbito da equipa.

A maioria da doutrina tem entendido que a divisão do trabalho dentro de uma equipa médica permite restringir a responsabilidade inerente a cada membro da equipa e combinado com o princípio da confiança, este princípio é fundamental para determinar quem violou o dever de cuidado a que estava obrigado.

Obviamente que os parâmetros acima referidos têm de ser combinados com o caso em concreto, as particularidades do paciente, o domínio do saber de cada profissional de saúde e aferir qual o trabalho em concreto que estava delimitado para cada membro da equipa.

Esta divisão de tarefas no âmbito de uma equipa médica acarreta alguns riscos, desde logo, pode suceder que numa equipa médica, existam profissionais de saúde com qualificações inferiores para as tarefas confiadas, de onde podem advir falhas de comunicação e de coordenação e que poderão levar a um resultado indesejado.

No princípio da divisão de trabalho, a doutrina tem distinguido a divisão em duas vertentes: a **divisão de trabalho horizontal e vertical**.

A **divisão de trabalho horizontal** é aquela que se desenrola entre profissionais de saúde, que face à sua formação académica, competência e independência, se encontram no mesmo patamar, ou seja, se encontram numa situação de igualdade.

Um exemplo típico de divisão de trabalho horizontal é aquela que se estabelece entre o cirurgião e o anestesista que trabalham em conjunto no âmbito de uma intervenção cirúrgica, onde desempenham funções distintas, mas complementares entre si e onde cada médico atua de acordo com o seu conhecimento individual e especializado.

Esta divisão de trabalho horizontal, pode verificar-se quer em situações de atuação simultânea, quer no caso de atuações sucessivas, sobre o mesmo paciente.

Refira-se que nas situações de divisão de trabalho horizontal, o princípio da confiança atua na sua plenitude, uma vez que cada médico pode confiar que o outro colega, médico, atuará de acordo com a *leges artis*, com zelo e prudência no âmbito das funções que lhe foram confiadas.

Na verdade, nenhum dos médicos controla a atividade do outro, não sendo o médico especialista responsável pelos atos realizados por outro médico.

A **divisão de trabalho vertical** é aquela que ocorre quando há uma relação de hierarquia entre os profissionais de saúde de uma mesma equipa médica, ou seja, neste tipo de divisão de trabalho temos um profissional que dá instruções a outro que as recebe.

Um exemplo comum deste tipo de divisão de trabalho, é aquela que se estabelece entre o médico cirurgião e o enfermeiro que o auxilia na cirurgia.

Contudo, a divisão de trabalho vertical pode verificar-se não só entre profissionais de saúde de categorias diferentes, como dentro da mesma categoria.

Pode-se verificar uma relação de divisão de trabalho vertical entre médicos da mesma especialidade que se encontrem numa relação de supra/infra ordenação em relação ao outro, por assumir funções de chefe de equipa, é o caso típico do cirurgião chefe de equipa em relação aos cirurgiões ajudantes¹⁹.

Porém, há que referir que na divisão de trabalho vertical, independentemente de ser entre profissionais de saúde da mesma categoria profissional ou não, sobre o superior incumbe um dever de organização, coordenação e escolha da equipa médica, sendo ele também o responsável pela distribuição de tarefas e pelo dever de vigilância e controlo da atuação dos seus subordinados.

¹⁹ Neste sentido, Fidalgo, Sónia, obra citada.

1.4. Comparticipação nos factos negligentes – a autoria paralela e o comportamento negligente conjunto

Como já acima foi mencionado, aquando da abordagem ao princípio da confiança, este nem sempre é passível de subsunção em todas as situações.

Basta olhar para o exemplo da situação em que numa intervenção cirúrgica, um médico confia na atuação do outro colega, quando não o deveria ter feito, já que este ao praticar certo ato violou os deveres de cuidado a que estava obrigado e que deveriam ser conhecidos do primeiro.

Neste tipo de situações em que existem vários agentes que, de forma sucessiva ou simultânea, violam os deveres objetivos de cuidado a que estavam obrigados, levantam-se algumas questões jurídicas, nomeadamente se poderá estar em causa uma situação de coautoria negligente.

Assim, nos casos em que estejamos perante um crime negligente e existam vários agentes, podemos estar perante a figura da comparticipação.

Cumpra então em primeiro lugar, definir o conceito de autor.

Ora, segundo o artigo 26.º do Código Penal, autor é aquele que executa o facto por si mesmo. Com efeito, o nosso ordenamento jurídico tem subjacente uma ideia restrita de autor, ao distinguir esta figura do cúmplice, na medida em que autor é quem executa o facto e não quem o auxilia na execução do facto.

Em relação aos crimes dolosos de ação, o nosso sistema penal assenta na ideia de um conceito restritivo de autor e no domínio do facto pelo agente.

Porém, numa situação em que atuam vários agentes e dessa atuação conjunta resulta a prática de um crime negligente, não é possível determinar quem detém o domínio do facto, nem delimitar uma divisão de tarefas entre os seus autores.

A coautoria não é admitida nos crimes negligentes, mas numa situação como a acima referida, é possível falar-se em autoria paralela ou comportamento negligente conjunto.

Como refere Sónia Fidalgo²⁰ *“nas situações de autoria paralela cada um dos intervenientes é responsável apenas pela sua própria contribuição para o facto. No âmbito das ações negligentes, cada um dos intervenientes será considerado autor (em autoria paralela) na medida em que possa dizer-se que com a sua conduta, por violação do dever de cuidado, criou ou aumentou um risco não permitido que se concretizou no resultado”*.

Já Figueiredo Dias, no âmbito dos crimes negligentes, fala da figura do comportamento negligente conjunto, na medida em que não se trata de uma decisão conjunta dirigida à

²⁰ In “Responsabilidade Penal por negligência no exercício da medicina em equipa”, Coimbra, 2008.

realização do ilícito típico, mas sim da criação ou potenciação conjunta de um risco não permitido que se exprime na realização típica²¹.

1.5. Determinação da responsabilidade no exercício da medicina em equipa

Cabe agora abordar de que forma atuam os princípios da confiança e da divisão de trabalho quando da prática médica resulta um dano para a integridade física ou para a vida do paciente.

Como já acima se referiu, no exercício da medicina em equipa e quanto à divisão de trabalho, é comum fazer-se a distinção entre trabalho horizontal (aquele que é efetuado por profissionais que têm a mesma formação académica e se encontram numa situação de igualdade) e trabalho vertical (aquela relação de trabalho que tem um vínculo hierárquico, onde alguns membros da equipa dão instruções aos subordinados).

No presente trabalho, será apenas abordada a determinação da responsabilidade no exercício da medicina em equipa, nas relações horizontais, já que o tema principal do presente estudo se reporta à responsabilidade do médico.

1.5.1. Relações não hierárquicas de médicos da mesma especialidade, em situação de urgência

A atividade médica exercida em ambiente hospitalar e principalmente em situação de urgência médica, é uma atividade complexa que requer cuidados específicos.

Com efeito, numa urgência médica, o paciente necessita de um atendimento médico imediato de forma a poder evitar-se um dano futuro para a sua vida ou integridade física.

O artigo 8.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos estatui que numa situação de urgência *“o médico, seja qual for a sua função ou especialização, deve, em qualquer lugar ou circunstância, prestar tratamento de urgência a pessoas em perigo imediato”*.

Num episódio de urgência, raras são as vezes em que o paciente não é observado por dois médicos (da mesma especialidade), isto porque, ou o clínico que observou o paciente pede ajuda ao colega para o diagnóstico do paciente ou porque, entre a primeira observação efetuada pelo primeiro médico e a posterior realização de exames complementares e análises clínicas, houve alteração de turno e aquando da segunda observação já com os resultados dos exames, é observado pelo médico do turno seguinte.

Ora, neste tipo de situação de urgência, em que os médicos têm uma hora pré-estabelecida de duração do turno e no fim são substituídos por outros colegas, cada médico que entra ao turno, quando lhe é apresentado um caso que vem do turno anterior, por força do princípio da

²¹ Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Penal. Parte Geral, I, Coimbra.

confiança, pode esperar que o outro colega cumpriu com cuidado e zelo os deveres que lhe são exigidos.

O médico que entra de turno, recebe o processo clínico do paciente, que foi elaborado, preenchido pelo médico do turno anterior.

Este processo clínico deve conter o máximo de informação possível acerca do estado de saúde do paciente de forma a que, na mudança de turno, o próximo médico que vai observar o paciente se possa inteirar acerca do previsível diagnóstico deste e poder dar continuidade aos cuidados médicos necessários.

Uma boa articulação entre os médicos que mudam de turno também é fundamental, assim como a comunicação e troca de informações e impressões entre estes, de forma a poderem coordenar tarefas indispensáveis ao tratamento do paciente.

Claro está que, se entre a mudança de turno o estado de saúde do paciente se alterar e piorar, o médico de turno que recebe o paciente tem que atuar com cuidado e zelo de forma a poder evitar um resultado indesejado, não podendo, nesta parte, invocar o princípio da confiança, uma vez que ocorreu uma alteração das circunstâncias de facto.

Por regra, na maioria dos casos, o médico que entra de turno, confia no trabalho do colega do turno anterior, e se não houver qualquer alteração da situação clínica do paciente, este dá continuidade ao trabalho já iniciado pelo colega do turno anterior.

E se atuar de acordo com as *leges artis*, não poderá ser responsabilizado por qualquer dano que advenha ao paciente.

Numa situação de urgência, o médico nunca deve deixar de prestar os cuidados de saúde primários ao paciente, nem deve deixar para o turno seguinte a realização de qualquer ato médico fundamental para o estado de saúde do paciente, já que tal ato poderá ter consequências devastadoras para a integridade física ou vida do paciente, confiando sempre que o colega que o substituirá o fará.

Um exemplo típico desta situação foi a discutida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 07/01/1993, no qual o único médico obstetra do serviço de urgências de um hospital, perante uma situação de um parto pélvico de risco, se recusa a comparecer no hospital e dá informações por telefone à enfermeira parteira de como deve proceder, apesar de já ter sido informado do estado de saúde da parturiente e dos riscos associados ao parto, contudo, o médico, sempre via telefone, informa a enfermeira que no seu turno já efetuou dois partos pélvicos e que ia esperar pela colega do turno seguinte.

Como consequência da atuação do médico, o bebé nasceu em estado de morte aparente (anoxia cerebral de que não veio a recuperar).

Ora, a situação acima referida é um caso típico de que numa situação de urgência não se deve esperar pela mudança de turno, para o médico do turno seguinte efetuar o trabalho que deveria ter sido realizado no turno anterior.

Claro está que nesta situação, a médica do turno seguinte, ao analisar a gravidade da situação, em cinco minutos efetuou o parto, não podendo esta, nesta situação, ser responsabilizado pela atuação do colega.

Existem, todavia, situações em que tanto o médico do turno antecedente, como o médico do turno sucessor, agiram com violação das regras de cuidado e das *leges artis* e que tal atuação negligente gerou danos físicos para o paciente.

Nestes casos, tem que se provar que a conduta individual de cada médico contribuiu para a criação do resultado, ou seja, contribuiu para a criação de um risco não permitido.

Nestas situações, ambos os médicos terão de ser responsabilizados a título de autoria paralela ou comportamento negligente conjunto.

1.5.2. Relações não hierárquicas de médicos de especialidade distinta, o caso do médico cirurgião e do médico anestesista

O médico cirurgião e o médico anestesista, no âmbito de um tratamento médico, têm funções distintas, mas complementares entre si. Sem o trabalho de um, o trabalho do outro não se realiza.

Em situações como esta, em que os médicos têm especialidades diferentes, é natural que não dominem o conhecimento e técnica da outra especialidade, desconhecendo, por isso, se o colega está a atuar ou não com o dever de cuidado que lhe é exigido.

Neste tipo de situações, os médicos especialistas têm áreas de responsabilidade delimitadas, e por via da regra, nenhum deles controla ou dirige a atividade do outro.

Nestes casos, opera o princípio da confiança, em que ambos os médicos de especialidades distintas, em princípio, confiam que a atuação do outro colega está a ser realizada de acordo com a *leges artis*.

No âmbito de uma cirurgia, em que atua um médico cirurgião e um médico anestesista, o médico anestesista tem a sua atuação circunscrita à administração da anestesia, ao controlo dos sinais vitais de vida do paciente e ao acompanhamento físico do paciente, sedado ou anestesiado, durante toda a cirurgia, não podendo ausentar-se desta.

Por sua vez, ao cirurgião cumpre orientar e efetuar a cirurgia.

O caso como o acima referido, é o exemplo típico de relação horizontal de trabalho existente numa equipa médica, onde existem dois médicos com formação igual, mas especialização distinta, no qual o trabalho realizado em equipa é complementar um do outro.

À partida, numa cirurgia, o médico cirurgião pode confiar que o médico anestesista está a realizar adequadamente, com zelo, o seu trabalho, assim como o anestesista, apesar de não dominar a técnica, pode confiar que o médico cirurgião realiza de acordo com as *leges artis* as suas funções, tendo aplicação plena aqui, o princípio da confiança.

Tal já não ocorre quando um dos médicos se apercebe que durante a cirurgia o outro médico comete um erro e nada faz para evitar a consumação desse erro.

Nesta situação, já não valerá o princípio da confiança, e ambos os médicos poderão ser responsabilizados pelo resultado, a título de comportamento conjunto negligente.

2. Prática e gestão processual

2.1. Breves notas sobre dados estatísticos relativos à fase de inquérito de processos sobre a negligência médica

Segundo dados fornecidos pela 6.ª Secção do Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa (DIAP), secção semiespecializada na investigação de crimes de negligência médica, nos últimos anos tem-se verificado um aumento significativo da investigação de processos em que estejam em causa atos praticados não só por médicos, como também por outros profissionais de saúde, no exercício das suas funções.

A informação a seguir apresentada demonstra claramente o aumento do número de investigações de processos relacionados com a negligência médica (refira-se que, os dados apresentados dizem respeito apenas a processos investigados na 6.ª secção do DIAP de Lisboa). Contudo, também é perceptível que na grande maioria dos casos, os processos são arquivados.

Tabela 1: Evolução anual (2014 a 2019) dos processos de investigação relacionados com a negligência médica na 6.ª secção do DIAP de Lisboa.

Processos	2014*	2015	2016	2017	2018	2019
Entrados	37	65	55	60	49	75
Acusados	1	3	1	3		
Arquivados	36	60	74	51	41	
Suspensos Provisoriamente					1	

* Dados parciais.

Origem: Dados fornecidos ao presente trabalho, em fevereiro de 2020, pela Dra. Emília Serrão, Procuradora da República - 6.ª Secção do DIAP de Lisboa.

2.1. A notícia do crime

O artigo 241.º do Código de Processo Penal, diz-nos que “o Ministério Público adquire a notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia (...)”.

Com efeito, sendo o Ministério Público o titular da ação penal (artigo 48.º do Código de Processo Penal), a abertura de inquérito é da sua competência exclusiva. A aquisição da notícia

do crime, face ao princípio da legalidade da ação penal²², obriga à abertura de inquérito – artigo 262.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

A notícia do crime é sempre transmitida ao Ministério Público, que no decurso do inquérito é assistido pelos órgãos de polícia criminal, estando apenas reservados ao juiz de instrução a prática de determinados atos que se prendem com direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão.

Quanto à denúncia, nos termos do artigo 242.º do Código de Processo Penal, esta é obrigatória para as entidades policiais, relativamente a crimes públicos que tiverem conhecimento ou que presenciarem e quanto aos crimes semipúblicos e particulares que presenciarem, quando o titular do direito de queixa estiver presente e declarar que pretende exercer o direito de queixa.

A denúncia, nos termos do referido artigo, também se torna obrigatória para funcionários públicos (nos termos do conceito estabelecido pelo artigo 386.º do Código Penal), quando o conhecimento da prática do crime advier do exercício das suas funções e por causa delas.

No que respeita ao enquadramento jurídico da responsabilidade penal médica e atenta a panóplia de crimes referidos no ponto 1.1. do presente trabalho, o núcleo duro dos crimes praticados por médicos no exercício das suas funções tem natureza pública, o que significa que, basta o seu conhecimento por parte das autoridades judiciárias ou policiais para que seja iniciada a investigação, sendo, portanto, neste tipo de crimes, facultativa a denúncia.

De referir que, neste tipo de crimes públicos, o processo corre mesmo contra a vontade do titular dos interesses ofendidos.

Contudo, há que referir que alguns desses crimes com mais relevo, como as ofensas à integridade física por negligência (artigo 148.º, n.º 4, do Código Penal) e o crime de intervenção e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (artigo 156.º, n.º 4, do Código Penal) têm natureza semipública, ou seja, é necessário queixa da pessoa com legitimidade para a exercer (que pode ser o ofendido, o seu representante legal ou sucessor) – artigo 49.º do Código de Processo Penal. Nos crimes semipúblicos, é admissível a desistência de queixa.

Ora, este facto torna-se relevante para aferir que quanto aos crimes semipúblicos acima referidos, basta que o titular do direito de queixa não a pretenda exercer, para não haver lugar a abertura de inquérito, sendo que em muitas das situações, os factos ilícitos praticados por médicos, quando, claro está, o resultado não é a morte, enquadram o tipo de crime de ofensa à integridade física por negligência.

²² Princípio da legalidade, o Ministério Público quando investiga um processo e nessa sequência, quando recolhe indícios suficientes da prática do crime e de quem foi o seu agente, está obrigado a acusar. Ou, se não recolher indícios suficientes, terá que arquivar o inquérito. Por regra, o Ministério Público, não tem a liberdade de decidir pelo arquivamento ou pela acusação com base em critérios definidos por ele, atento o princípio da legalidade da ação penal. O Código de Processo Penal estabelece que se o Ministério Público, tiver conhecimento de um crime (com respeito pelo princípio da oficialidade) tem que investigar e se recolher indícios da prática do crime, tem de acusar, não estando na disponibilidade do Ministério Público a opção entre investigar ou não e acusar ou não. Este princípio está consagrado no artigo 262.º, n.º 2, e artigo 283.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, onde consta a obrigação de acusar quando são recolhidos indícios da prática do crime e de quem foi o seu agente.

Este pode ser uma das razões pelas quais não seja significativo o número de processo investigados quando estejam em causa crimes de negligência médica.

2.3. A investigação e a direção do inquérito

Recebida a notícia do crime e registado o expediente²³, o Ministério Público inicia a investigação. No primeiro despacho, o Ministério Público, por norma, costuma delegar a competência de investigação num órgão de polícia criminal, com indicação do prazo para investigação e das diligências de investigação que devem ser efetuadas, entre outras que o órgão de polícia criminal julgue pertinentes para a recolha de prova e descoberta da verdade material.

Com efeito, nos termos do artigo 262.º do Código de Processo Penal, o inquérito compreende um conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime e determinar quem foi o seu agente, com vista à prolação de uma acusação.

A direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal – artigo 263.º do Código de Processo Penal, que atuam sob a sua orientação e dependência funcional – artigo 270.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Contudo, os órgãos de polícia criminal têm autonomia técnica e tática para a investigação, nos termos do estabelecido no artigo 2.º, n.º 5, da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto – Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC).

Relativamente à competência para investigar crimes praticados por médicos no exercício das suas funções, como acima referimos, a grande parte, crimes negligentes, que uns têm como resultado morte e outros uma ofensa à integridade física da pessoa, a Lei de Organização da Investigação Criminal não atribuiu competência reservada, específica ou genérica a nenhum o órgão de polícia criminal para investigar este tipo de ilícitos criminais.

Apesar dos crimes cujo elemento do tipo seja a morte, ser da competência reservada da Polícia Judiciária, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, alínea a), da LOIC, a verdade é que estes crimes são da competência desse órgão de polícia criminal, mas, se forem dolosos, situação claramente que não se enquadra nos crimes negligentes praticados por médicos no exercício das suas funções.

Por outro lado, a LOIC também não atribui competência para investigação dos crimes de ofensas à integridade física por negligência praticados por médicos, à Guarda Nacional Republicana ou à Polícia de Segurança Pública, nos termos do artigo 6.º da LOIC.

Com efeito, a complexidade do tema, a dificuldade na recolha de prova, a análise de prova documental específica, nomeadamente registos clínicos dos pacientes, a prova testemunhal do ofendido, familiares, profissionais de saúde que se revela melindrosa e a enumeração dos quesitos para a realização do parecer técnico-científico, implica que, na maioria dos casos, seja

²³ O registo de expediente é efetuado de acordo com as orientações emitidas pela Ordem de Serviço n.º 4/2014 – registo de expediente na área criminal. De acordo com a tabela anexa, dependendo dos factos denunciados, poderá ser atribuído o código de registo IO ou NM.

o próprio magistrado do Ministério Público a realizar a investigação e a não delegar a mesma em nenhum órgão de polícia criminal.

2.4. A prova

2.4.1. A prova testemunhal

A prova testemunhal é um meio de prova e encontra-se estipulada nos artigos 128.º a 139.º do Código de Processo Penal. No decurso do inquérito, quando a entidade competente para a investigação tiver conhecimento de que alguém possa ter conhecimento direto dos factos em investigação (só excepcionalmente a testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento indireto – artigo 129.º do Código de Processo Penal), convoca a testemunha para ser inquirida.

Na verdade, a prova testemunhal é dos meios de prova mais relevantes e dominantes que existem no processo penal. Com efeito, é através deste meio de prova que o Ministério Público tem uma perceção mais direta dos factos.

Numa primeira fase da investigação, nos crimes em que se investigam negligências médicas, a primeira pessoa que o Ministério Público deverá inquirir, é o ofendido.

O ofendido é a pessoa que melhor conhecimento tem dos factos, do que realmente se passou, do acontecimento histórico.

O ofendido deve ser inquirido o quanto antes, de forma a que o tempo não esbata a sua memória.

Na inquirição do ofendido, devem ser efetuadas questões o mais pormenorizadas possível, de modo a perceber-se o que realmente se passou e quem foram os intervenientes.

Assim, deve o ofendido esclarecer:

- Qual a razão que o levou a ser observado por um profissional de saúde;
- Onde foi observado por esse profissional de saúde, localidade, indicação do estabelecimento de saúde (hospital público ou privado, consultório médico, outro);
- Data da primeira observação;
- Identificação desse profissional de saúde, nome, categoria profissional (médico, enfermeiro, outro), número de cédula profissional; que exames médicos efetuou;
- Onde e quando os efetuou;
- Quem foi o profissional de saúde que efetuou esses exames, indicação do nome, categoria profissional e cédula profissional;
- Data da consulta em que mostrou o resultado dos exames ao médico;
- Outros exames complementares que tenha efetuado;
- Se foi observado apenas por um profissional de saúde/médico;
- Se pediu segunda opinião acerca do diagnóstico clínico;
- Data da cirurgia;
- Local onde foi efetuada;

- Indiciação dos profissionais de saúde que estiverem envolvidos na cirurgia, nome, categoria profissional, número da cédula profissional;
- No decurso da cirurgia, qual a responsabilidade que estava atribuída a cada um dos profissionais de saúde;
- Quanto tempo permaneceu internado após a cirurgia;
- Teve complicações pós-operatórias, identificar quais;
- Sequelas e incapacidades com que tenha ficado após a cirurgia.

Obviamente que as questões acima referidas se tratam de questões gerais, que deverão ser concretizadas e formuladas consoante cada caso em investigação, de forma a que nesta primeira inquirição se possa obter a maior informação possível para o processo.

Claro está, que existem casos em que havendo um homicídio por negligência médica, não havendo, evidentemente, possibilidade de inquirir o ofendido, terão de ser inquiridos familiares próximos do mesmo, que tenham conhecimento direto dos factos.

A verdade é que, alguns destes processos, iniciam com uma queixa crime efetuada já por mandatário, onde menciona os meios de prova a produzir, nomeadamente, a identificação das testemunhas e a junção de prova documental pertinente.

Nestes casos, devem ser inquiridas as pessoas indicadas na queixa-crime, de forma a que o magistrado do Ministério Público tenha uma perceção mais detalhada dos factos.

A prova testemunhal a produzir não se deve limitar ao ofendido, devem também ser inquiridos familiares, ou outras pessoas conhecidas deste, que tenham conhecimento direto dos factos.

Devem também ser inquiridos, profissionais de saúde, médicos, enfermeiros que, para além de terem conhecimento direto dos factos, estiveram envolvidos, de alguma forma direta ou indireta no caso, de forma a poderem esclarecer o magistrado do Ministério Público acerca do ocorrido.

Claro está que, se no decurso da inquirição o profissional de saúde, a pessoa inquirida referir que da sua resposta poderá resultar responsabilidade penal, não é obrigado a responder, conforme estabelece o artigo 132.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

Poderá também, no decurso do inquérito, o magistrado do Ministério Público, atenta a complexidade do caso, as questões técnicas que se colocam, ter necessidade de inquirir alguém com conhecimentos e aptidões técnicas e científicas sobre o assunto.

Neste caso, poderá o magistrado titular do inquérito, solicitar à ordem dos médicos, enfermeiros (dependendo do caso concreto), a indicação de pessoa para vir ao processo ser inquirido como testemunha (e não perito – até porque, atento o disposto no artigo 133.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Penal, os peritos estão impedidos de depor como testemunhas, mas só relativamente às perícias que tenham efetuado, não obstante, nos termos do artigo 158.º, n.º 1, e 350.º do Código de Processo Penal possam-lhe ser pedidos esclarecimentos) que o possa esclarecer sobre esses pontos mais complexos.

2.4.2. A prova documental

A prova documental constitui também um meio de prova e o artigo 164.º, n.º 1, do Código de Processo Penal define-a como “a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal”.

Nos crimes em que se investigam negligências médicas, a prova documental é dos meios de prova mais relevantes, no sentido de que contem informação valiosa de forma a permitir ajudar o magistrado a conduzir o inquérito.

Assim, neste tipo de investigações é fundamental no decurso do inquérito obter os seguintes documentos:

- Caso o ofendido tenha recorrido ao serviço de urgência, solicitar ao Centro Hospitalar cópia do episódio de urgência, com detalhe de todos os exames efetuados, historial clínico e anotações e registos de medicação administrada e queixas apresentadas pelo paciente;
- Cópia de todos os registos e fichas clínicas que devem ser solicitados aos hospitais e/ou clínicas onde o paciente/ofendido efetuou tratamentos, consultas ou exames, com indicação específica dos tratamentos efetuados e medicação administrada e identificação da equipa médica envolvida;
- Cópia de protocolos clínicos relativamente ao paciente/ofendido aquando da intervenção cirúrgica realizada no hospital; relatórios médicos/clínicos efetuados no âmbito de consultas, tratamentos, cirurgias e internamentos e relatório de autópsia.

Poderá ainda, a título complementar, ser solicitado ao hospital onde ocorram os factos sob investigação:

- Informação sobre as escalas de serviço de urgência referentes a determinados dias, com identificação dos médicos que estiveram ao serviço;
- Informação sobre o acesso ao sistema “Alert” de determinado período de tempo relativamente aos médicos visados;
- Cópia dos contratos de trabalho celebrados entre a entidade hospitalar e os médicos; informação sobre a apólice de seguro de responsabilidade profissional decorrente da prática de atos médicos em que o tomador seja o clínico sob investigação.

Não raras vezes, neste tipo de casos em que se registam negligências médicas, é recorrente existir também um processo disciplinar ou de averiguações sobre o ocorrido.

Assim, no decurso do inquérito, deverá solicitar-se informação à Ordem dos Médicos, ao Conselho de Administração do hospital onde ocorreu o tratamento clínico ou à Inspeção Geral das Atividades em Saúde (IGAS), no sentido de obter cópia integral de todo o processo disciplinar ou de averiguações.

2.4.3. A prova pericial

A prova pericial, sendo também um meio de prova, encontra-se prevista entre os artigos 151.º a 163.º do Código de Processo Penal. Nas palavras de Germano Marques da Silva “a perícia é a atividade de perceção ou apreciação dos factos efetuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”²⁴.

A perícia destina-se a exigir ao perito, recorrendo a métodos científicos e técnicos, a perceção de determinados factos, a sua apreciação e valoração. Efetivamente, o artigo 151.º do Código de Processo Penal diz-nos que “a prova pericial tem lugar quando a perceção ou apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”.

A perícia é ordenada por despacho da autoridade judiciária, no qual deve constar o objeto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder – artigo 154.º, n.º 1, do Código de Processo Penal. No decurso do inquérito, a perícia é ordenada pelo Ministério Público, a não ser que seja uma perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, cujo despacho de nomeação, no decurso do inquérito e após promoção do Ministério Público, terá de ser sempre da competência do juiz de instrução – artigo 154.º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

O recurso à prova pericial, como já se referiu, pressupõe a exigência de conhecimentos especializados, que, por regra, não estão ao alcance do tribunal. Daí que, nos termos do artigo 163.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, “o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador”.

Contudo, sempre que a convicção do juiz divergir do relatório pericial, deve este fundamentar cientificamente a divergência, ancorando esse seu juízo numa crítica da mesma natureza, ou seja, científica, técnica ou artística – artigo 163.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

Nos inquéritos cuja investigação vise a responsabilidade penal médica por negligência, por vezes é fundamental determinar a realização de um parecer técnico científico, com vista a determinar se a atuação médica esteve de acordo com a *leges artis*, que é executado pelo Instituto de Medicina Legal²⁵.

O pedido de realização do parecer técnico científico é dirigido ao diretor do Instituto de Medicina Legal, solicitando a pronúncia do conselho médico-legal.

Conforme dispõe o artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 166/2012, de 31 de julho (Lei orgânica do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses), “o INMLCF, I. P., prossegue

²⁴ SILVA, Germano Marques da, **Curso de Processo Penal**, Vol. II, Verbo, 5.ª edição.

²⁵ O parecer técnico-científico emitido pelo Conselho Médico-Legal, enquadra-se na prova pericial. A este respeito, pronunciou-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 24/04/2012, proferido no âmbito do processo n.º 191/07.0TAACB, relatora Olga Maurício, onde se pode ler que “1 - Numa hierarquia de valoração da prova pericial, os pareceres técnico-científicos emitidos pelo Conselho Médico-Legal, superam o valor do parecer pericial já que aqueles constituem o entendimento definitivo do conselho sobre a questão concretamente colocada, a apresentação de novos elementos que fundamentem a sua alteração; 2 - Ao considerar que o parecer daquele Conselho Médico-Legal não era prova pericial, ao considerar que o relator do parecer não era perito, postergando-o, incorreu a sentença no vício do erro notório na apreciação da prova”.

atribuições do Ministério da Justiça, sob superintendência e tutela do membro do governo responsável pela área da justiça”.

Nos termos do n.º 4 do referido Decreto-Lei, integra o órgão do Instituto de Medicina Legal, o conselho médico-legal, pelo que, esta entidade intervém no processo penal, não a título particular, como que se indicado pelas partes, não podendo nunca os peritos ser confundidos com os consultores técnicos, estes sim, indicados pelas partes – artigo 155.º do Código de Processo Penal.

Nos termos do artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 166/2012, de 31 de julho, o conselho médico-legal é composto pelo “presidente do conselho diretivo do INMLCF, I. P., que preside, o vice-presidente e os vogais; um representante dos conselhos regionais disciplinares de cada uma das secções regionais da Ordem dos Médicos; dois docentes do ensino superior de cada uma das áreas científicas de clínica cirúrgica, clínica médica, obstetrícia e ginecologia, e direito; um docente do ensino superior de cada uma das seguintes áreas científicas: anatomia patológica, ética e ou direito médico, ortopedia e traumatologia, neurologia ou neurocirurgia e psiquiatria”.

É precisamente este conselho médico-legal que vai efetuar o parecer técnico-científico – artigo 7.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Decreto-Lei n.º 166/2012, de 31 de julho.

O parecer técnico-científico, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, do referido Decreto-Lei, é solicitado via Procuradoria-geral da República (a este respeito, a Circular 3/99, da Procuradoria-geral da República, veio determinar que na formulação de consultas técnico-científicas, os magistrados do Ministério Público devem encaminhar os pedidos através da Procuradora-geral da República).

Quanto ao despacho que ordena a realização do parecer técnico-científico, como já se referiu, nos termos do artigo 154.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, este deverá conter o objeto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder.

Estes quesitos devem ser formulados de forma clara e concreta (a Circular 3/99, da Procuradoria-geral da República, também se pronunciou nesse sentido, de que na formulação de consultas técnico-científicas, os quesitos devem ser formulados de forma concreta e precisa) e o referido despacho deverá ir acompanhado da queixa crime apresentada pelo ofendido e de todos os elementos clínicos juntos aos autos.

De referir que, no decurso da elaboração do parecer técnico-científico, pode ser solicitado que sejam entregues novos elementos clínicos, pelo que, nestas situações, deve o magistrado do Ministério Público, diligenciar nesse sentido.

Na formulação dos quesitos, não basta apenas perguntar se a atuação médica foi de acordo com a *leges artis*.

É também fundamental apurar quais são as *leges artis* na situação em concreto, para que, posteriormente, o magistrado do Ministério Público possa formular um juízo de adequação das condutas dos médicos/arguidos, ao seu dever de atuação profissional.

Ou seja, é necessário saber se perante um caso concreto, um crime negligente, houve alguma violação de um dever objetivo de cuidado por parte do médico, e se em função da sua

profissão, experiência e saber, este agiu com a diligência exigida segunda as circunstâncias para impedir o resultado.

É necessário também apurar, a nível da culpa, se perante aquelas circunstâncias concretas, era exigível ao agente que adotasse outro comportamento que evitaria o resultado obtido.

Ainda dentro da prova pericial, será relevante neste tipo de investigações, ordenar a realização de perícia médico-legal de avaliação do dano corporal, a realizar também por perito do Instituto de Medicina Legal²⁶, de forma a apurar quais as lesões sofridas, o seu grau de incapacidade, o período de doença, se do evento resultou perigo para a vida do examinado e se as sequelas afetaram a capacidade de trabalho do examinado.

2.5. Outras diligências de prova a realizar

No decurso do inquérito deverá ainda o magistrado do Ministério Público juntar ao processo, resultado da consulta efetuada à base de dados da suspensão provisória do processo e requisitar o certificado de registo criminal do arguido.

Após as diligências de investigação, caso existam indícios suficientes da prática de crime e de quem foi o seu agente, deverá o magistrado do Ministério Público proceder à constituição de arguido do suspeito, devendo, sempre que possível, presidir à diligência – artigo 140.º a 144.º e 357.º, n.º 1, al. b), do Código de Processo Penal, uma vez que as declarações do arguido prestadas perante autoridade judiciária, podem ser lidas em julgamento, quando assistido por defensor e tenha sido informado nos termos e para os efeitos do artigo 141.º, n.º 4, alínea b), do Código de Processo Penal.

2.6. O despacho final

O despacho final do inquérito pode ter os seguintes desfechos: havendo indícios suficientes da prática de crime e de quem foi o seu agente, nos termos do artigo 283.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, o Ministério Público deduzirá despacho de acusação. Contudo, se no decurso do inquérito, o Ministério Público não recolher prova bastante de se ter verificado crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título, ou não tiver sido possível obter indícios suficientes da verificação do crime ou de quem foram os seus agentes, procede ao seu arquivamento – artigo 277.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal.

Cumprir referir que em alguns tipos de crime que foram elencados no capítulo 1.1, poderá haver lugar a dispensa de pena (como é o caso da ofensa à integridade física por negligência – artigo 148.º, n.º 2, do Código Penal ou do crime de recusa de médico, artigo 284.º e 286.º do Código Penal), assim como atenta a moldura penal da maioria desses tipos de crime, pode haver lugar a suspensão provisória do processo, se preenchidos os restantes pressupostos do artigo 281.º do Código de Processo Penal (Diretiva 1/2014, de 15 de janeiro da PGR), ou do

²⁶ As perícias médico-legais, são realizadas pelos serviços médico-legais, nos termos do artigo 3.º da Lei n.º 45/04, de 19 de agosto.

processo sumaríssimo – artigo 392.º e seguintes do Código de Processo Penal (Diretiva 1/2016, de 15 de fevereiro).

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

[Base de Dados Jurídica e Documental](#)

[Centro de Direito Biomédico](#)

[Centro de Estudos Judiciários](#)

[Ordem dos Médicos](#)

[Procuradoria-Geral da República](#)

Referências bibliográficas

- AA. VV., **Comentário Conimbricense do Código Penal**, Coimbra, Coimbra Editora, Tomo I, 1999.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, **Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 3.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015.
- BRITO, Teresa Quintela, **Responsabilidade Penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores**, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 12, n.º 3, julho-setembro 2012, Coimbra Editora, páginas 371 a 409.
- CARVALHO, Américo Taipa de, **Recusa de médico – comentário atualizado ao artigo 284.º do Código Penal**, em Revista do Ministério Público, 153, janeiro-março 2018, ano 39, páginas 29 a 59.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, **Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão**, em *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, páginas 809 a 854.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, **Direito Penal, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime**, Coimbra Editora, 1996.
- FANECA, Alcina de Fátima Jacinto, **Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa**, dissertação de mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito – Escola do Porto, maio de 2017. [retirado de https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23799/1/Dissertac_a_o.pdf%20A%20CDs.pdf]
- FIDALGO, Sónia, **Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão de trabalho**, em Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias, volume II, Coimbra editora, 2009, páginas 417 a 435.
- FIDALGO, Sónia, **Responsabilidade penal do médico interno e do orientador de formação**, em Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais, homenagem ao prof. Peter Hünerfeld, 1.ª edição, julho 2013, páginas 975 a 994.
- FIDALGO, Sónia, **Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa**, Coimbra Editora, 2008.

- LAGES, Rui Miguel, **A responsabilidade penal médica, nos atos médicos em situação de urgência**, dissertação de mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito – Escola do Porto, 2012. [retirado de <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16058/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>]
- MARTINS, Cristina Isabel Moreira Mogo, **Responsabilidade penal das equipas médicas**, dissertação de mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito – Escola de Lisboa, março 2017. [retirado de <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/24091/1/Tese%20-%20Responsabilidade%20Penal%20das%20Equipas%20M%C3%A9dicas%20%28Vers%C3%A3o%20para%20entregar%29.pdf>]
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, **A negligência médica à luz do direito penal**, Revista do CEJ, 2.º semestre, 2016, número 2, páginas 77 a 95.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, **Responsabilidade médica em direito penal – estudo dos pressupostos sistemáticos**, Almedina, 2007.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, **O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal, Uma joia preciosa no direito penal**, em Revista Julgar, n.º 21 – 2013, Coimbra Editora, páginas 11 a 26.
- SILVA, Germano Marques da, **Curso de Processo Penal**, Vol. II, Verbo, 5.ª edição.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. Responsabilidade penal dos médicos

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

André Filipe Meneses Pereira



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. RESPONSABILIDADE PENAL DOS MÉDICOS. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO

André Filipe Meneses Pereira

- I. Introdução
- II. Objetivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento jurídico
 - 1.1. A intervenção ou tratamento médico-cirúrgico
 - 1.2. A qualificação do agente
 - 1.3. A finalidade terapêutica
 - 1.4. A indicação médica
 - 1.5. A observância das *leges artis*
 - 1.6. O crime de violação das *leges artis*
 - 1.6.1. Bem jurídico
 - 1.6.2. Tipo objetivo
 - 1.6.3. Tipo subjetivo
 - 1.6.4. Relação com o artigo 144.º, al. d)
 - 1.7. O crime de recusa de médico
 - 1.7.1. Bem jurídico
 - 1.7.2. Tipo objetivo
 - 1.7.3. Tipo subjetivo
 - 1.7.4. Causas de justificação
 - 1.7.5. Concurso de crimes
 - 1.7.6. Agravação pelo resultado
 - 1.7.7. Relação com o crime de violação das *leges artis*
 - 2. Prática e gestão do inquérito
 - 2.1. A investigação do crime
 - 2.2. A prova pericial
 - 2.3. A constituição e interrogatório de arguido
 - 2.4. Encerramento do inquérito
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

Com o presente trabalho pretendemos contribuir para a clarificação do problema da determinação da responsabilidade penal dos médicos, em especial no respeito ao ato médico violador das *leges artis* e à omissão de cuidados médicos indispensáveis. Não abordaremos neste estudo a questão das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

A nossa abordagem irá centrar-se essencialmente na análise de alguns dos problemas jurídicos que se levantam no seio da responsabilidade penal dos médicos, com especial destaque para o estudo dos elementos constitutivos do contratipo (previsto no artigo 150.º, n.º 1), do tipo incriminador da violação das *leges artis* (previsto no artigo 150.º, n.º 2) e do tipo da recusa de médico (previsto no artigo 284.º).

A responsabilidade penal dos médicos é porventura um dos temas, no âmbito da justiça, que assume maior importância no seio de uma sociedade, atendendo ao elevado alarme social que, frequentemente, causam os casos de “negligência médica” (tal como são vulgarmente conhecidos).

Esta intranquilidade que, por vezes, assola a sociedade tem a sua razão de ser no valor inestimável da vida e da saúde humana.

É também o valor da vida e da saúde humana que justifica o elevado estatuto social que é conferido aos médicos.

Na verdade, a prática da medicina beneficia de uma tão elevada consideração e estima social, que isenta de responsabilidade penal (e disciplinar) os médicos, que atuam segundo as *leges artis*. Como veremos com mais detalhe, o legislador criou uma cláusula de atipicidade penal para o ato médico, desde que este seja medicamente indicado e cumpra as *leges artis*. Assim, desde que observem escrupulosamente as *leges artis*, os médicos não responderão penalmente pelos maus resultados que decorram dos seus atos.

Todavia, longe vai o tempo em que os médicos não respondiam por qualquer tipo de falha ou erro médico, como sucedia na lei de Atenas, no século V e IV A.C.

Atualmente, apesar de existirem vários tipos legais que podem ser convocados para responsabilizar penalmente a ação ou a omissão dos médicos, a prática tem revelado que os casos que alcançam o julgamento são poucos e os que são efetivamente condenados são ainda menos, em regra, por falta de prova da relação de causalidade entre o dano (morte ou lesão da saúde) e o ato médico violador das *leges artis*.

II. Objetivos

O presente guia tem em vista fornecer informação a todos os operadores jurídicos, sobre a problemática jurídica da responsabilidade penal dos médicos.

Este guia tem a aspiração de poder contribuir, de alguma forma, para a necessária reflexão sobre as prementes questões técnico-jurídicas que se colocam a propósito do enquadramento jurídico e da delimitação de alguns dos tipos legais que se inserem no seio da responsabilidade penal dos médicos.

É, ainda, propósito deste guia realçar algumas das particularidades existentes no campo da investigação criminal e gestão do inquérito, no que que concerne aos crimes cometidos por médicos.

III. Resumo

A exposição em apreço começará por definir a noção de intervenção e tratamento médico-cirúrgico, conceito nuclear no âmbito do direito penal dos médicos.

Para esse efeito, proceder-se-á à análise do artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal e ao estudo de cada um dos seus elementos, a saber:

- A qualificação profissional médica do agente;
- A finalidade terapêutica da intervenção;

- A indicação médica e
- A conformidade com as *leges artis*.

De seguida, será analisado o tipo legal do crime de violação da *leges artis*, previsto no artigo 150.º, n.º 2, do Código Penal.

A análise deste tipo incidirá, em especial, no estudo dos bens jurídicos protegidos, elementos do tipo objetivo e do tipo subjetivo.

Posteriormente, será analisado o tipo legal do crime de recusa de médico, previsto no artigo 284.º do Código Penal.

A análise deste tipo incidirá, em especial, no estudo dos bens jurídicos protegidos, elementos do tipo objetivo e do tipo subjetivo, causas de justificação, agravação pelo resultado (prevista no artigo 285.º) e relação com o crime de violação da *leges artis*.

Por fim, será alvo de análise a prática e a gestão do inquérito, com especial incidência no que respeita à investigação criminal, relevância da prova pericial e encerramento do inquérito, relativamente aos referidos crimes.

“Aplicarei os tratamentos para bem dos doentes segundo o meu saber e nunca para seu mal”

Juramento de Hipócrates

1. Enquadramento Jurídico

1.1. A intervenção ou tratamento médico-cirúrgico

Dispõe o artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal que *“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”*.

Este preceito vem estabelecer a atipicidade da intervenção e do tratamento levado a cabo por um médico, ou outro profissional autorizado, desde que projetado com fim terapêutico e haja sido realizado com indicação médica e com a observância das *leges artis*. Deste modo, o artigo 150.º, n.º 1, exclui do âmbito de proteção penal do bem jurídico da integridade física (e da vida) as intervenções e tratamentos médicos.

O artigo 150.º, n.º 1 estabelece uma cláusula de exclusão da tipicidade ou um contratipo, de forma a que o risco da intervenção médica passe a correr *“por conta do legislador, e não por conta do médico que a realiza. O legislador conforma-se, portanto, com os azares conexos com o exercício correto da medicina. Daí não se deduz, porém, que o legislador aceite*

*também os resultados lesivos que decorram da violação das *leges artis*, em intervenções médico-cirúrgicas realizadas por médicos”¹.*

Assim, para que a intervenção médica, *lato sensu*, não constitua uma conduta típica e penalmente relevante, como crime contra a integridade física, é imperiosa a verificação cumulativa² de quatro requisitos (dois subjetivos e dois objetivos):

- I. A qualificação profissional médica do agente;
- II. A finalidade terapêutica da intervenção;
- III. A indicação médica;
- IV. A conformidade com as *leges artis*;

Os elementos subjetivos respeitam à qualificação profissional do agente e à finalidade terapêutica da intervenção, ao passo que a indicação médica e a conformidade com as *leges artis* assumem natureza objetiva.

É sobre estes quatro elementos que assenta e se constrói o conceito de intervenção e tratamento médico-cirúrgico.

Desde que verificados todos estes quatro pressupostos, a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico não poderá considerar-se como crime contra a integridade física ou contra a vida do paciente.

De facto, sempre que se verifiquem os referidos elementos, as ofensas à integridade física do paciente serão atípicas, ainda que a intervenção médica não alcance obter qualquer sucesso e o paciente não logre curar-se e acabe mesmo por perder a vida.

A atipicidade vale tanto para invasão originária da integridade física em que se concretiza o ato médico (como um corte ou uma incisão), como para as consequências lesivas para a vida ou para a integridade física que advenham daquela intervenção³.

Este regime traduz, no plano criminal, aquilo que se vem afirmando no plano do direito civil, de que ao médico incumbe, em regra, apenas uma obrigação de meios, sem que se encontre vinculado a alcançar um determinado resultado (como a cura do paciente).

Atente-se que o artigo 150.º, n.º 1, não inclui, entre os seus pressupostos, o consentimento do paciente que é alvo da intervenção médica.

O que significa que, se um médico levar a cabo uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico contra a vontade do paciente, não comete qualquer tipo de crime contra a integridade física ou a vida do paciente (desde que verificados todos os pressupostos elencados no artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal).

¹ Paulo de Sousa Mendes, *Ética, medicina e Direito Penal*, Anatomia do Crime n.º 0, Almedina, 2014, p. 117.

² Costa Andrade, *Comentário Conimbricense do Código Penal (CCCP)*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012, §16, p. 464. Tal como refere este autor, não se deverá acompanhar a tese defendida por alguns autores, segundo a qual a violação das *leges artis* seria irrelevante para efeito da exclusão da tipicidade. Com efeito, a interpretação do artigo 150.º do Código Penal, não deixa dúvidas de que a intervenção médica só beneficia da atipicidade se se verificarem cumulativamente, os quatro requisitos.

³ Costa Andrade, CCCP, 2012, §10, p. 461.

No entanto, apesar de a conduta do agente ser atípica (no âmbito das ofensas corporais), por aplicação no disposto no artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal, poderá ainda assim, o agente ser punido pelo crime de intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário (previsto no artigo 156.º, n.º 1, do Código Penal) por a mesma ter sido realizada contra a vontade do paciente.

Repare-se que neste caso, o tipo penal de intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário tem em vista a proteção do bem jurídico da liberdade de decisão do doente e já não a proteção da integridade física ou a vida.

1.2. A qualificação do agente

Quanto ao primeiro requisito da atipicidade temos a qualificação do agente como médico ou como outro agente especialmente qualificado (“outra pessoa legalmente autorizada”).

Deste modo, a lei exige que o agente da intervenção médica possua a qualidade de médico ou a qualidade de outra pessoa legalmente autorizada a praticar o ato.

Ora, a qualidade de médico depende da obtenção de licenciatura em medicina e de autorização, concedida pela Ordem dos Médicos, para o exercício da atividade médica, seja de forma autónoma ou sob tutela.

Assim, como bem nota Teresa Quintela de Brito⁴, os atos praticados por leigos ou curandeiros estão excluídos do regime e da figura das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos.

Neste caso, a “intervenção” integrará, em princípio, o crime de ofensas à integridade física, a título doloso, desde que o agente possua o conhecimento e a vontade de afetar a saúde ou o corpo do “paciente”.

Porém, a doutrina não é unânime quanto à punibilidade da “intervenção” realizada por agente não médico, quando se tenha verificado a intenção terapêutica e o resultado da intervenção tenha sido positivo.

No sentido da punição deste caso como ofensa à integridade física pronunciam-se Miguez Garcia e Castela Rio⁵.

Assim, de acordo com o exemplo dado por estes Autores, se um estudante de medicina, que ainda não é médico (e não está habilitado a exercer medicina), efetuar uma operação, ocultando essa circunstância ao paciente, será punido pelo crime previsto no artigo 143.º, n.º 1, ou pelo artigo 144.º, al. d), do Código Penal.

Defendendo, nesta situação, a inexistência de crime de ofensa à integridade física encontramos Teresa Quintela de Brito⁶ e Paulo Pinto de Albuquerque⁷.

⁴ Teresa Quintela de Brito, *Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores*, "Revista portuguesa de ciência criminal", Coimbra, 2002, p.372.

⁵ Miguez Garcia e Castela Rio, *Código Penal – Parte geral e especial, com notas e comentários*, 3.ª ed., Almedina, 2018, p. 690.

⁶ Teresa Quintela de Brito, op. cit., p. 373.

Contudo, ressaltam estes Autores que a conduta em causa poderá constituir um crime de usurpação de funções (punido pelo artigo. 358.º, al. b), do Código Penal).

Teresa Quintela de Brito⁸ fundamenta a sua posição, não na intenção curativa, mas no facto de a intervenção do agente diminuir o risco em que se encontrava o paciente, fazendo assim funcionar o princípio geral da diminuição do risco como causa de exclusão da tipicidade da conduta.

Já Fernando Silva entende que o agente que não seja médico ou não esteja autorizado a intervir poderá não ser responsabilizado, *“mas por via da inexistência de nexo de causalidade, por força da diminuição do risco, ou pela exclusão da sua ilicitude”*⁹.

De todo o modo, a ilicitude da intervenção do agente, que não é médico nem está autorizado a intervir, será sempre afastada perante o consentimento sério, livre e esclarecido da vítima. Porém, tal exclusão da ilicitude não ocorrerá no caso de o agente ser um curandeiro, dado que a sua intervenção assenta no ocultismo, dificilmente conciliável com o necessário esclarecimento de que carece o consentimento¹⁰.

1.3. A finalidade terapêutica

No que concerne ao requisito da finalidade terapêutica a lei penal define-a, no artigo 150.º, n.º 1, como a *“intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”*.

Tem vindo a entender-se que a finalidade terapêutica consiste na intervenção realizada com o fim exclusivo ou predominante de servir a saúde do paciente, ou seja, abrange as intervenções que têm o paciente como direto beneficiário.

De fora, estão as intervenções ou tratamentos com um fim exclusivo ou predominantemente experimental (denominada experimentação pura) ou os exames que não têm como fim o diagnóstico, como é o caso do exame angiográfico que visa a determinação da morte cerebral.

Neste sentido Costa Andrade¹¹ afirma que *“a ausência de finalidade terapêutica exclui todo um espectro de intervenções que, embora normalmente realizadas por médico, não tem o, “paciente” como seu beneficiário direto (experimentação pura, angiografia, castração, etc.)”*.

Assim, terá finalidade terapêutica ou curativa, toda a ação médica dirigida ao melhoramento da saúde do paciente, ao restabelecimento funcional do organismo ou ao alívio do sofrimento físico ou psíquico do paciente, mesmo em situações crónicas e irreversíveis¹².

⁷ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Código Penal*, 3ª ed., Universidade Católica, 2015, p. 580.

⁸ Teresa Quintela de Brito, op. cit., p. 373.

⁹ Fernando Silva, *Direito Penal Especial – Os crimes contra as pessoas*, 4.ª ed., Quid Juris, 2017, p. 271.

¹⁰ Neste sentido, Teresa Quintela de Brito, op. cit., p. 373.

¹¹ Costa Andrade, CCCP, 2012, §15, p. 463.

Pelo contrário, a finalidade terapêutica inexistente, em regra, na situação de experimentação pura, na qual predomina a finalidade de estudar e investigar os efeitos do meio ou da técnica terapêutica ou dos medicamentos, visando o apuramento da sua eficácia e determinação dos riscos e benefícios.

Na experimentação pura, o paciente não é o beneficiário direto e imediato da intervenção médica.

No entanto, entre o tratamento curativo e a experimentação pura, existe uma figura intermédia denominada por “experimentação terapêutica”, em relação à qual surgem dificuldades da sua integração no regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.

A “experimentação terapêutica” consiste no tratamento que é realizado pelo médico, na ausência de outros meios curativos e no interesse do paciente, apesar do tratamento ainda não se encontrar suficientemente consolidado na literatura científica médica e a sua eficácia (e possíveis consequências acessórias) ainda não estar totalmente comprovada.

Repare-se que o requisito da finalidade terapêutica é de cariz subjetivo, dado que está dependente da intenção do médico que aplicou o tratamento ou realizou a intervenção.

Desta forma, interessa perscrutar a vontade do agente, de forma a indagar se a mesma se dirigiu, em primeira linha, para a terapia ou cura do estado patológico do paciente (ou seja, se teve a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental), ou pelo contrário, se teve como principal propósito o estudo científico ou o progresso do conhecimento científico.

Sendo certo que, não se deve perder de vista que todo o tratamento médico, comporta um coeficiente de experimentação.

No que respeita às intervenções de cariz puramente **cosmético** (tais como as operações plásticas) as mesmas encontram-se, em princípio, excluídas da aplicação do regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, uma vez que aquelas intervenções não visam tratar ou curar qualquer estado patológico do paciente.

Assim, tais intervenções preenchem o tipo das ofensas à integridade física, apesar de a ilicitude poder ser afastada mediante o consentimento sério, livre e esclarecido do visado.

Todavia, a intervenção cosmética que tenha o objetivo de curar ou minorar uma patologia física ou psíquica do paciente, já se enquadra no âmbito do artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal.

Assim, integram o regime das intervenções médico-cirúrgicas, as intervenções cosméticas que constituam correções do foro ortopédico e as intervenções destinadas a eliminar a causa de limitações pessoais a nível da comunicação intersubjetiva, de modo a superar o sofrimento¹³.

A **esterilização** é uma intervenção que pode ser considerada como intervenção médico-cirúrgica, desde que tenha sido realizada por indicação médica. Mas já não integrará o

¹² Neste sentido, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Responsabilidade Médica em Direito Penal, Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, 2007, pp. 45-46.

¹³ Costa Andrade, CCCP, 2012, §23, pp. 467-468.

conceito e o regime das intervenções médico-cirúrgicas, a esterilização realizada por razões económicas, sociais ou criminológicas¹⁴.

Também em relação às operações e tratamentos no caso de **transexualismo**, que visam a correção dos caracteres somáticos-exteriores de pertença a um sexo com o qual o paciente não se identifica ao nível psíquico, tem vindo a entender-se que aqueles atos não integram, em regra, o conceito e o regime das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos.

Neste sentido, argumenta Costa Andrade¹⁵ que tais tratamentos poderiam, de certo ponto de vista, ser considerados terapêuticos, na medida em que visam afastar o sofrimento, mas não devem ser considerados, para efeitos jurídico-penais, como intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, porque quando fossem realizados sem o consentimento do paciente, só seriam puníveis como intervenção médico-cirúrgica arbitrária e não nunca como lesão à integridade física¹⁶.

Apesar da bondade do argumento, temos dificuldade em aceitar que uma intervenção ou tratamento que reúna todos os pressupostos previstos no artigo 150.º, n.º 1, não possa beneficiar do regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos (pois, a entender-se o contrário, estaria o intérprete a distinguir aquilo que o legislador não distinguiu - *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* – e, no limite, a adotar-se uma interpretação de duvidosa conformidade com o princípio da legalidade).

1.4. A indicação médica

Relativamente ao requisito da indicação médica, contrariamente à finalidade terapêutica, o mesmo é de ordem objetiva, na medida em que o tratamento aplicado deve ser objetivamente indicado para a situação concreta do doente.

Segundo Engisch medicamente indicado é o “tratamento médico, reclamado por uma doença, *ex ante* considerado como idóneo, que não pode evitar-se recorrendo a método mais benigno e de idoneidade relativamente equivalente e proporcionado à gravidade da doença”¹⁷.

Deste modo, a indicação médica consiste num juízo científico de adequação curativa e de necessidade de um determinado tratamento em relação a outros possíveis tratamentos ou intervenções disponíveis.

Tal juízo só pode ser determinado tendo por base o estado atual da ciência médica convencional, autorizada e institucionalizada¹⁸.

¹⁴ Costa Andrade, CCCP, 2012, §24, pp. 468.

¹⁵ Costa Andrade, CCCP, 2012, §25, pp. 468-469.

¹⁶ Neste mesmo sentido pronuncia-se também Teresa Quintela de Brito, op. cit., pp. 374-375.

¹⁷ Citado por Costa Andrade, CCCP, 2012, §28, pp. 469-470.

¹⁸ Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., p. 580.

Neste sentido, Costa Andrade¹⁹ afirma que *“a indicação médica afasta os tratamentos e métodos ainda não cientificamente convalidados, bem como os métodos de terapia excêntricos em relação à medicina académica ou institucionalizada”*.

De facto, o legislador ao mencionar, no artigo 150.º, n.º 1, *“o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados”* teve a clara intenção de remeter a indicação médica para a medicina institucionalizada ou académica. O que nos levaria a excluir, assim, as práticas medicinais não convencionais, também denominadas como *“ciências”* alternativas ou complementares, como sejam a acupuntura, homeopatia, fitoterapia, entre outras.

No entanto, a Lei do enquadramento de base das terapêuticas não convencionais (Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto) veio estabelecer no seu artigo 18.º que *“aos profissionais abrangidos por esta lei que lesem a saúde dos utilizadores ou realizem intervenções sem o respectivo consentimento informado é aplicável o disposto nos artigos 150.º, 156.º e 157.º do Código Penal, em igualdade de circunstâncias com os demais profissionais de saúde”*.

Por força deste preceito, deve aplicar-se às terapêuticas não convencionais o regime jurídico-criminal das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.

O que significa que as pertinentes práticas levadas a cabo segundo os deveres de cuidado e as regras da arte profissional, não serão considerados atos típicos para efeito da imputação do crime de ofensas corporais ou de homicídio.

Porém, face ao estágio atual do desenvolvimento técnico-científico destas terapêuticas (e à falta de instituições de reconhecido mérito para definir o sentido e o conteúdo das pertinentes *leges artis*) poderão colocar-se delicados problemas de aplicação do regime previsto nos artigos 150.º, 156.º e 157.º do Código Penal²⁰.

Para que se verifique a indicação médica, é necessário que os conhecimentos e as experiências médicas indiquem um certo tratamento como o melhor meio para curar ou beneficiar a saúde do paciente.

A indicação terapêutica depende de uma ponderação dos previsíveis riscos e vantagens da intervenção ou do tratamento, o que implica um prévio e profundo conhecimento do tratamento (benefícios terapêuticos, efeitos secundários, reações adversas, etc.) e do estado do próprio paciente (debilidade, alergias, doenças crónicas, toma de outros medicamentos etc.).

Assim, não pode considerar-se como medicamento indicado, o medicamento prescrito pelo médico a um paciente que lhe causa uma reação alérgica, porque o doente é alérgico ao princípio ativo desse medicamento, circunstância que seria facilmente cognoscível pelo médico através da consulta da ficha clínica do paciente.

Assim, apesar de o referido medicamento ser o mais adequado e eficaz na maioria das situações para curar a patologia do paciente, a verdade é que, no caso concreto, aquele medicamento deveria ter sido substituído por outro, atendendo aos antecedentes do

¹⁹ Costa Andrade, CCCP, 2012, §15, p. 463.

²⁰ Costa Andrade, CCCP, 2012, §8, p. 460.

paciente e às circunstâncias concretas do caso. Em consequência, a conduta do médico não beneficiaria da exclusão da tipicidade prevista no artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal.

A propósito da indicação terapêutica, escreve Hans Lüttger que “as bases de tal juízo a formular são os conhecimentos científicos e as experiências práticas da medicina.

Com auxílio de tais critérios deverá resultar uma ponderação técnica de todos os aspectos: do curso que será de esperar que siga a enfermidade, da falta de esperança em outros tratamentos, assim como das “chances” e riscos da operação.

O resultado de tal avaliação deve proporcionar um saldo positivo para o paciente, extraído das consequências que decorreriam sem a realização da intervenção médica e as possibilidades que se lhe oferecem mediante a realização da mesma”²¹.

Questiona-se igualmente se a referida “experimentação terapêutica” pode assumir o caráter de intervenção medicamente indicada.

Conforme já referimos supra, a “experimentação terapêutica” está a meio caminho entre a experimentação pura e o tratamento curativo propriamente dito, por reunir características das duas figuras.

Segundo Agustín Jorge Barreiro²², a “experimentação terapêutica” caracteriza-se pelos seguintes traços:

1. É realizada no interesse direto e imediato do paciente, apesar de coexistir com uma finalidade de investigação científica.
2. A sua aplicação depende do emprego de meios ou tratamentos ainda experimentais, o que implica o desconhecimento ou a incerteza dos seus efeitos positivos ou negativos.
3. É dirigida ao doente necessitado de cuidados e destina-se à cura da sua patologia.

Tem vindo a entender-se que se deve aplicar o regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, aos casos em que o método a aplicar, ainda que não tenha sido utilizado em humanos, se revela como a *ultima ratio* para afastar a morte, que se prevê ser iminente. Nestas situações *in extremis*, como é obvio, será melhor aplicar-se o único meio conhecido que oferece alguma esperança ao doente, do que nada fazer²³.

1.5. A observância das *leges artis*

O requisito da conformidade da intervenção ou tratamento médico-cirúrgico com as *leges artis* assume uma grande importância.

²¹ Hans Lüttger, *Medicina y Derecho Penal*, citado por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, na op. cit., p. 47.

²² Agustín Jorge Barreiro, *La Imprudencia Punible en la actividade médico-quirurgica*, citado por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, na op. cit., p. 49.

²³ Costa Andrade, CCCP, 2012, §6, p. 466.

De facto, a *lex artis* (ou *leges artis*) é considerado um dos conceitos nucleares de todo o direito médico.

As *leges artis* são um critério valorativo de avaliação da conformidade de um concreto ato médico com a técnica normal da medicina.

Segundo Álvaro Gomes Rodrigues²⁴, a *lex artis* consiste numa regra de avaliação de conduta, com o objetivo de avaliar a correção, ou não, do resultado daquela conduta ou a sua conformidade com a técnica (ou seja, a aplicação ou exteriorização dos princípios e normas da profissão médica) normal requerida, isto é, se a conduta do médico está em conformidade com a generalidade das atuações profissionais em casos semelhantes.

Ora, o conceito da conformidade com as *leges artis* não se confunde com o requisito da indicação médica nem com o requisito da finalidade terapêutica.

Neste sentido, é expressiva a afirmação de Engisch²⁵, quando refere que a indicação médica “questiona o se da intervenção médico-cirúrgica, enquanto que a “*lex artis*” refere-se à problemática do *como* de tal intervenção”.

Sendo certo que o tratamento médico concretamente indicado, deve seguir as *leges artis*, e nessa medida a própria indicação médica depende da aplicação correta daquelas regras.

Porém, o dever de agir em conformidade com as regras da arte médica não se limita ao momento da escolha do tratamento, impondo-se igualmente na fase da execução do tratamento e na fase de diagnóstico, que antecede a própria indicação médica.

Com efeito, a título de exemplo, refira-se o caso do cirurgião que está obrigado a executar vários exames preliminares antes de realizar a cirurgia, de modo a aferir e avaliar os riscos do concreto ato cirúrgico em determinado paciente.

Ora, o cirurgião deverá observar as *leges artis* não apenas durante a execução da cirurgia, mas igualmente na fase que a antecede.

Segundo Álvaro Gomes Rodrigues “a observância da *leges artis* a que se refere o artigo 150.º do nosso Código Penal deverá estar presente em todas as fases da intervenção médica, desde os actos necessários ao estabelecimento do diagnóstico até à cura, irreversibilidade da doença ou morte do paciente”²⁶.

Costa Andrade²⁷ escreve que a contraposição da indicação médica às *leges artis* é uma distinção de “índole fundamentalmente conceitual, já que tanto os erros cometidos ao nível do diagnóstico e da escolha da terapia (indicação médica) como ao nível da execução (*leges artis*) excluirão o facto da figura e do regime dos tratamentos médico-cirúrgicos”.

Apesar da interdependência entre os conceitos de indicação médica e de observância das *leges artis*, consideramos que os conceitos não são totalmente sobreponíveis, não devendo ser confundidos.

²⁴ Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, op. cit., pp. 53 e seguintes.

²⁵ In *Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation*, p. 1524, citado por Álvaro Gomes Rodrigues, na op. cit., p. 54.

²⁶ Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, op. cit., p. 58.

²⁷ Costa Andrade, CCCP, 2012, §29, p. 470.

Assim, as leis da arte médica são constituídas por um conjunto de regras do *know-how* profissional e princípios de natureza técnico-científica (mas também de ética e deontologia profissional) aceites pela generalidade da ciência médica, para o tratamento médico de casos análogos.

A execução do tratamento médico em conformidade com as *leges artis* exclui o erro médico, pelo menos no que respeita ao chamado “erro de tratamento”, que se define como o tratamento médico realizado de forma desconforme com a técnica curativa adequada ao fim terapêutico, à luz da ciência médica mais atual, considerando as circunstâncias conhecidas do caso concreto.

O “erro de tratamento” abrange ainda a situação em que é omitido o tratamento curativo correto, que se considera objetivamente indicado a atingir o fim terapêutico, considerando a ciência médica e as circunstâncias conhecidas do caso concreto.

No entanto, existem situações em que o erro médico é completamente involuntário e acidental, fruto dos riscos normais da atividade da medicina, sem que tenha existido qualquer violação das *leges artis* ou violação do dever objetivo de cuidado.

De facto, por maior que seja a diligência e prudência empregue pelo profissional médico, existe sempre uma margem de risco, decorrente do normal exercício da atividade médica, que possibilita a ocorrência de um acidente, imprevisível ou inevitável, ainda que o médico tenha observado todas as *leges artis*.

1.6. O crime de violação das *leges artis*

Dispõe o artigo 150.º, n.º 2, do Código Penal que “*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*”.

Este crime autónomo tinha sido eliminado pela reforma do Código Penal de 1995, tendo, no entanto, sido reintroduzido no Código Penal pela Lei n.º 65/98, de 02 de setembro.

O artigo 150.º, n.º 2 corporiza o que normalmente se denomina de negligência médica, mas a verdade é que o tipo exige uma atuação dolosa, não sendo punível a título de negligência, por força do disposto no artigo 13.º do Código Penal.

De facto, escreve Vera Lúcia Raposo que o tipo legal não se preenche nos casos em que o perigo (para a vida ou um perigo de verificação de uma lesão grave da integridade física) é criado por um comportamento descuidado do médico, em que aplica tratamentos de rotina ou quando desconsidera as queixas do paciente por estar demasiado ocupado²⁸.

²⁸ Vera Lúcia Raposo, *Do ato médico ao problema jurídico*, Almedina, 2018, p. 166.

1.6.1. Bem jurídico

Os bens jurídicos protegidos pela presente incriminação são a vida e a integridade física substancial de outra pessoa.

Com efeito, o facto de a incriminação prevista no artigo 150.º, n.º 2, se encontrar inserida no capítulo III dos crimes contra a integridade física, não deixam dúvidas de que se trata de um crime que protege o bem jurídico da integridade física e da vida.

1.6.2. Tipo objetivo

Tal como reconhecem vários Autores, tem sido particularmente difícil determinar o preciso campo de aplicação deste crime, bem como, relacioná-lo com o disposto no número 1 do artigo 150.º do Código Penal e com os restantes crimes contra a integridade física.

Como frisa Costa Andrade²⁹, é irrecusável que o crime previsto artigo 150.º, n.º 2, assume um carácter subsidiário, atenta a parte final do preceito.

Neste sentido, refere Teresa Quintela de Brito, o artigo 150.º, n.º 2, *“não veio introduzir qualquer desvio ao regime geral dos crimes contra a integridade física. Pelo contrário, quis deixá-lo intocado. Limitou-se a incriminar situações não abrangidas pelos demais crimes contra a integridade física”*³⁰.

Porém, o tipo incriminador do artigo 150.º, n.º 2, distingue-se dos demais crimes contra a integridade física, pelo facto de assumir a natureza de **crime de perigo concreto**.

O crime em causa consubstancia um **crime específico próprio**, na medida em que o tipo de ilícito pressupõe a qualidade do agente, pois só poderá ser sujeito ativo aquele que tiver a qualidade de médico.

Ora, a qualidade de médico depende da obtenção de licenciatura em medicina e de autorização, concedida pela Ordem dos Médicos, para o exercício da atividade médica, seja de forma autónoma ou sob tutela.

Repare-se que que o tipo legal do crime de violação das *leges artis* não afasta, mas antes pressupõe, a definição de intervenção e tratamento médico-cirúrgico, delineada pelo n.º 1 do artigo 150.º do Código Penal.

De facto, o tipo legal previsto no n.º 2 do artigo 150.º depende e pressupõe a existência de uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, delineada no n.º 1 do mesmo preceito, para o qual o n.º 2 remete.

Ora, já sabemos que a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico só se verifica se estiverem presentes os quatro elementos, concretamente, a qualificação médica do agente, a indicação médica, a finalidade terapêutica e a sua conformidade com as *leges artis*. Assim,

²⁹ Costa Andrade, CCCP, 2012, §33, p. 471.

³⁰ Teresa Quintela de Brito, op. cit., p. 377.

o tipo legal do crime em causa para ser preenchido pressupõe a verificação de uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, com a particularidade de essa intervenção ou tratamento ter violado as *leges artis*.

Com efeito, conforme já referido, a qualificação de uma conduta como intervenção ou tratamento médico-cirúrgico tem o efeito jurídico de afastar a tipicidade e a ilicitude das lesões contra a integridade física, apesar de a conduta poder ser punida pelo artigo 156.º. Mas se a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico for efetuada em violação das *leges artis* a mesma é ilícita, constituindo o crime de ofensa à integridade física (em regra, por negligência)³¹.

Quando o médico não tenha observado as *leges artis*, deixa de beneficiar do regime protecionista do artigo 150.º, n.º 1 (dada a ausência de um dos seus requisitos), e passa a estar-se tipicamente perante uma ofensa da integridade física, desde que a intervenção tenha causado uma ofensa no corpo ou saúde do paciente. Pois, se do *error artis* não resultar um dano para a vida, saúde ou corpo do paciente, nem sequer perigo de dano, a conduta do médico, não obstante aquele erro, não será punida criminalmente, por não preencher qualquer ilícito típico³².

Se aquele dano (na vida, saúde ou corpo do paciente) se verificar, haverá então que apurar se o mesmo foi provocado com dolo ou com negligência.

Assim, se à violação das *leges artis*, acrescer a criação de perigo para a vida ou de perigo de verificação de uma lesão grave da integridade física do paciente, a intervenção médico-cirúrgica será punida pelo crime previsto no 150.º, n.º 2.

Deste modo, podemos afirmar que o tipo objetivo consiste na intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, medicamente indicado, executado por médico (ou pessoa legalmente habilitada a intervir) com intenção terapêutica, mas em violação das *leges artis*, criando um perigo para a vida ou um perigo de verificação de uma lesão grave da integridade física do paciente.

1.6.3. Tipo subjetivo

No que respeita ao **tipo subjetivo**, exige-se o dolo (em qualquer das suas modalidades) em relação à violação das *leges artis* e o dolo (em qualquer das suas modalidades) quanto à criação de perigo para a vida ou um perigo de verificação de uma lesão grave da integridade física.

Para que se preencha o elemento subjetivo do tipo é indispensável que o dolo se verifique em dois planos, num primeiro, na violação das *leges artis* e subseqüentemente, na criação do referido perigo. Ou seja, o tipo exige que o médico conheça e deseje a violação das *leges*

³¹ Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., p. 581.

³² Vide Vera Lúcia Raposo, op. cit., p. 164.

artis e conheça e deseje a criação de perigo para a vida ou de ofensa grave do corpo ou saúde do paciente.

Pelo facto de se exigir o dolo quanto à violação das *leges artis*, o tipo legal previsto no 150.º, n.º 2 não abrange, naturalmente, as “violações das *leges artis*, *extrínsecas* ou *exógenas* ao processo terapêutico projetado e querido pelo médico: como o gesto descuidado na manipulação do bisturi que atinge um órgão à margem da intervenção; ou o esquecimento de coisas estranhas (compressas, instrumentos, etc.) no corpo suturado do paciente. Estas são normais lesões negligentes a tratar nos termos gerais (artigo 148.º)”³³.

Como ensina o Ilustre Professor Costa Andrade, as violações das *leges artis* tipicamente relevantes, para o crime do artigo 150.º, n.º 2, são aquelas que respeitam ao emprego de métodos, medicamentos, técnicas, instrumentos e procedimentos, “conscientemente assumidos pelo médico como forma de prossecução do propósito terapêutico embora sabendo que eles vão ao arrepio das *guidelines* convalidadas para aquele tipo de casos. O mesmo para a violação dos deveres de cuidado na execução de qualquer gesto ou operação pertinentes ao desenvolvimento do processo terapêutico”³⁴.

Questão relevante prende-se em saber se será plausível que um médico possa agir com intenção terapêutica e, em simultâneo, com dolo em relação à violação das *leges artis* e com dolo de perigo em relação à vida ou à grave lesão da integridade física do paciente.

A esta questão, Teresa Quintela de Brito responde que as violações das *leges artis* tipicamente relevantes, para o efeito do preenchimento do artigo 150.º, n.º 2, serão apenas aquelas que não sejam tão graves ao ponto de excluir a própria finalidade terapêutica e que não impossibilitem a parcial recondução da conduta do médico a uma intervenção médico-cirúrgica, nos termos do artigo 150.º, n.º 1.

Em defesa da sua posição, a Autora assinala o disposto no próprio artigo 150.º, n.º 2, ao consagrar que “a violação das *leges artis* deve ser compatível com a finalidade terapêutica” e que “a gravidade da inobservância das regras da medicina pode inviabilizar qualquer identificação – ainda que só parcial – da atuação do agente com uma intervenção médico-cirúrgica, impondo antes a sua qualificação em bloco como uma lesão típica da integridade física do doente”³⁵.

Assim, se o médico desrespeitar as *leges artis* de uma tal forma grave que se torne impossível afirmar a existência na sua conduta de uma finalidade terapêutica ou de indicação médica, não será legítima a sua qualificação como intervenção médico-cirúrgica, devendo antes tal conduta ser qualificada como ofensa à integridade física.

A este propósito escrevem Miguez Garcia e Castela Rio que “se a violação da *leges artis* é de tal modo grave que deixa de ser compatível com a finalidade de curar e nessa violação se

³³ Costa Andrade, CCCP, 2012, §36, p. 473.

³⁴ Costa Andrade, CCCP, 2012, §36, p. 473.

³⁵ Teresa Quintela de Brito, op. cit., p. 379.

deteta um dolo de dano, o agente será necessariamente responsabilizado por outro crime que não o do artigo 150.º/2”³⁶.

Em sentido próximo, escreve Vera Lúcia Raposo³⁷ que o artigo 150.º, n.º 2, do Código Penal restringe o seu campo de aplicação aos casos de perigo para determinados bens jurídicos. Sendo certo que se da violação da *leges artis* resultar um efetivo dano já será de um homicídio ou de uma ofensa corporal que se trata.

Mas se da violação das *leges artis* não resultar sequer qualquer perigo, não há crime.

Podemos assim concluir que algumas das intervenções realizadas por médicos, violadoras das *leges artis*, deverão ser punidas pelo artigo 150.º, n.º 2, ao passo que outras intervenções deverão ser punidas pelo crime de ofensas à integridade física ou até mesmo por crime de homicídio, desde que se verifique o dano efetivo e o dolo de dano da integridade física ou da vida do paciente.

1.6.4. Relação com o artigo 144.º, al. d)

Não é isenta de dúvidas a relação que se estabelece entre o preceito do artigo 150.º, n.º 2 e a norma do artigo 144.º, al. d).

Numa primeira análise somos levados a pensar que o facto de criar dolosamente um perigo para a vida do paciente, em consequência da violação das *leges artis*, previsto artigo 150.º, n.º 2, já é punido pelo artigo 144.º, al. d). Pelo que o artigo 150.º, n.º 2 só teria um efeito útil apenas na hipótese de o agente criar um perigo de verificação de uma lesão grave da integridade física do paciente.

Com base nesta argumentação, Vera Lúcia Raposo³⁸, Miguez Garcia e Castela Rio³⁹ defendem que o artigo 150.º, n.º 2 está numa relação de concurso aparente, por subsidiariedade expressa, com artigo 144.º, al. d).

A mesma posição foi defendida por Costa Andrade⁴⁰ ao escrever que, referindo-se ao artigo 150.º, n.º 2, “só na parte em que provoca um perigo para o corpo ou para a saúde terá o preceito conteúdo normativo próprio e novo”.

Atualmente, este Autor parece ter abandonado esta posição, uma vez que aquela menção já não se mantém no Comentário Conimbricense do Código Penal (Tomo I) de 2012.

Diversamente, Teresa Quintela de Brito defende que, em regra, à intervenção médico-cirúrgica falta o dolo de ofender o corpo do paciente e a provocação efetiva de uma lesão

³⁶ Miguez Garcia e Castela Rio, op. cit., p. 692.

³⁷ Vera Lúcia Raposo, op. cit., p. 165.

³⁸ Op. cit., p. 165.

³⁹ Op. cit., p. 692.

⁴⁰ Costa Andrade, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, § 28, p. 313.

simples corporal, em que se estribe a criação de perigo para a vida, elementos indispensáveis à verificação do tipo legal previsto no artigo 144.º, al. d).

Falta esse dolo de dano da integridade física, porque o móbil do médico continua a ser a cura do paciente.

E falta a ofensa simples à integridade física, porque o médico, na parte em que respeita as regras da medicina, a sua intervenção não constitui uma lesão típica da integridade física, por força do disposto no artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal⁴¹.

1.7. O crime de recusa de médico

Dispõe o artigo 284.º do Código Penal que:

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

A fonte do presente preceito deriva do artigo 250.º do Código Penal de 1886, o qual consagrava o crime de recusa de facultativo, apesar de não prever o crime de omissão comum de auxílio, atualmente tipificado no artigo 200.º, n.º 1, do Código Penal.

De facto, o crime de omissão comum de auxílio só foi introduzido pelo Código Penal de 1982.

As omissões de auxílio dos médicos poderão constituir uma violação do dever de garante (artigo 10.º, n.º 2), uma violação do dever específico de assistência médica (consagrado no artigo 284.º, após a revisão de 1995, pois na versão original do Código Penal de 1982, estava previsto no artigo 276.º) ou uma violação do dever geral de auxílio (artigo 200.º, n.º 1).

Ou seja, a recusa do médico em prestar cuidados pode ser punida como crime de homicídio ou ofensas à integridade física, por omissão, ou como crime de recusa de médico ou como mero crime de omissão de auxílio⁴².

1.7.1. Bem jurídico

Os bens jurídicos protegidos pela presente incriminação são a vida e a integridade física de outra pessoa.

Escreve o ilustre Professor Taipa de Carvalho⁴³ que o conceito de integridade física deve ser compreendido em sentido amplo, de forma a abranger a saúde psíquica e mental.

No entanto, o mesmo Autor refere que apenas se encontra protegida a integridade física substancial (artigo 144.º) atenta a expressão da lei ao exigir “perigo grave para a integridade física”, o que vai ao encontro da posição maioritariamente defendida nos trabalhos preparatórios da revisão do Código Penal.

⁴¹ Teresa Quintela de Brito, op. cit., pp. 378-379.

⁴² Neste sentido, Taipa de Carvalho, *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, § 3, p. 1017.

⁴³ Taipa de Carvalho, CCCP, 1999, § 3, pp. 1017-1018.

Assim, a expressão “perigo grave” não deverá ser entendida como relativa à intensidade ou gravidade do perigo, mas antes no sentido de que respeita à gravidade da lesão da integridade física.

1.7.2. Tipo objetivo

O tipo objetivo consiste na recusa da prestação de auxílio pelo médico em caso de perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outra pessoa e que não possa ser removido de outra forma.

De acordo com a posição de Paulo Pinto de Albuquerque⁴⁴, o crime de recusa de médico é um **crime de omissão pura** diante de uma situação de perigo concreto não criada pelo agente. Taipa de Carvalho⁴⁵ e Miguez Garcia e Castela Rio⁴⁶ pronunciaram-se no sentido de que se trata de um **crime de perigo concreto**, dado que a recusa pressupõe a existência de perigo concreto para a vida ou para a integridade física (artigo 144.º).

No entanto, Taipa de Carvalho⁴⁷ alterou a sua posição, defendendo atualmente que a recusa de médico deve ser qualificada como **crime de omissão pura** e não como crime de perigo concreto, porque não é a conduta do médico que cria a situação de perigo, mas, pelo contrário, a ilicitude da conduta omissiva do médico depende da existência prévia de uma situação de perigo para a vida ou para a integridade física.

Quanto à consumação do crime de recusa de médico a mesma ocorre no momento em que o médico, consciente da existência da situação de perigo, omite a prestação de cuidados médicos indispensáveis a afastar aquele perigo.

O crime em causa consubstancia um **crime específico próprio**, na medida em que o tipo de ilícito pressupõe a qualidade do agente, pois só poderá ser sujeito ativo aquele que tiver a qualidade de médico. Ora, a qualidade de médico depende da obtenção de licenciatura em medicina e de autorização, concedida pela Ordem dos Médicos, para o exercício da atividade médica, seja de forma autónoma ou sob tutela.

Porém, a qualidade de médico é comunicável aos participantes (instigador e cúmplice) que não a possuam, nos termos do artigo 28.º, n.º 1, do Código Penal, mas não é possível a coautoria de não médicos, por carecerem da necessária capacidade de agir pressuposta no tipo incriminador. Neste sentido, pronuncia-se Paulo Pinto de Albuquerque⁴⁸ e Taipa de Carvalho⁴⁹.

⁴⁴ Op. cit., p. 1012.

⁴⁵ Taipa de Carvalho, *Comentário Conimbricense...*, p.1019.

⁴⁶ Op. cit., p. 1085.

⁴⁷ In *Recusa de médico – comentário atualizado ao artigo 284.º do Código Penal*, Revista do Ministério Público 153, janeiro-março 2018, p. 49.

⁴⁸ Op. cit., p.1013.

⁴⁹ Taipa de Carvalho, CCCP, 1999, § 22, p. 1024.

O elemento típico central consiste na recusa de prestação de cuidados medicamente indicados, adequados a afastar a situação de perigo para a vida ou a integridade física de outra pessoa.

Ao contrário do crime previsto no artigo 200.º, n.º 1, do Código Penal que consagra um dever geral de auxílio, o crime do artigo 284.º impõe um dever de prestação de cuidados médicos⁵⁰.

Um dos problemas que este crime levanta prende-se com a sua delimitação face ao campo de aplicação do crime de omissão de auxílio previsto no artigo 200.º, n.º 1, do Código Penal.

O crime de recusa de médico, previsto no artigo 284.º, consiste numa **especificação** do tipo legal de omissão de auxílio, e por esse motivo, o mesmo agente não pode ser condenado por ambos os tipos. A especificação do tipo legal do artigo 284.º assenta numa maior exigência, quer quanto à conduta devida (o médico terá de fazer mais do que o cidadão comum), quer quanto à pena abstratamente aplicável, mais elevada no tipo da recusa de médico do que na omissão de auxílio⁵¹.

Segundo Taipa de Carvalho⁵², comete o crime do artigo 284.º, o médico que não presta os necessários cuidados médicos imediatos e *in locu*, quando tal auxílio é o único meio (por o chamar uma ambulância já não o conseguirá) para afastar o perigo de lesão da vida ou da integridade física substancial do necessitado.

Mas já comete apenas o crime previsto no artigo 200.º, n.º 1, no caso de o médico não possuir os conhecimentos especializados (ou os instrumentos) necessários para tratar a pessoa, mas ainda assim, não preste aquilo que era exigível a qualquer pessoa, como seja, chamar uma ambulância ou transportar o necessitado.

Um outro problema que se levanta a respeito do crime de recusa de médico, consiste em estabelecer a delimitação do seu campo de aplicação em face dos casos em que, por força da existência de um dever jurídico de garante sobre o médico, seja de aplicar o tipo previsto no artigo 131.º ou no artigo 144.º, por força da equiparação da omissão à ação, imposto pelo artigo 10.º, n.º 1, do Código Penal.

Desde já cumpre referir que não deverá ser punida pelo crime de recusa de médico, previsto no artigo 284.º, a conduta ilícita do médico que omite a prestação dos necessários cuidados médicos ao paciente, se sobre o médico recair um **dever jurídico de garante** da vida e da integridade física do paciente.

Com efeito, quando se verifique este dever de garante e o omitente não preste a necessária assistência médica, o agente deverá ser punido pelo crime de homicídio ou ofensas à

⁵⁰ Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, Responsabilidade médica em Portugal, in Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, (332), janeiro 1984, p. 50.

⁵¹ Neste sentido, Vera Lúcia Raposo op. cit., p. 184.

⁵² Taipa de Carvalho, CCCP, 1999, § 7, p. 1019.

integridade física, por omissão, desde que a morte ou a lesão na integridade física seja consequência daquela omissão.

Será ainda indispensável que o médico, investido na posição de garante, tenha consciência (ou seja, haja com dolo pelo menos eventual) de que a sua recusa em prestar a assistência médica possível e indispensável poderá conduzir à morte ou a lesão grave da integridade física do paciente. Sendo ainda imprescindível a imputação objetiva do resultado à conduta do agente, a qual depende de um juízo objetivo que permita aferir que a intervenção que o médico podia prestar era previsivelmente adequada a impedir o resultado (morte ou lesão da integridade física).

Se se verificarem todos estes pressupostos, sem que ocorra o resultado morte ou a grave lesão da saúde do paciente, o agente poderá ser punido por tentativa de homicídio ou de ofensa corporal grave, por omissão⁵³.

Taipa de Carvalho defende que se se verificarem os elementos do tipo legal da recusa de médico (artigo 284.º) também se verificam os elementos do tipo legal do crime de homicídio ou do crime de ofensas corporais graves dolosas, na forma consumada (se o resultado ocorrer) ou tentada (se não ocorrer o resultado)⁵⁴.

Ficando, assim, o tipo de recusa de médico reservado para aquelas situações em que o médico não tenha uma posição de garante da vida e integridade física do paciente e, apesar de representar a efetiva situação de perigo para a vida ou para a integridade física deste (e de, necessariamente, representar a eventualidade do resultado morte ou lesão grave da saúde do paciente), não lhe preste a indispensável e adequada assistência médica.

Mas se sobre o médico recair qualquer dever jurídico de garante em relação ao paciente, *“nunca poderá a sua não prestação de assistência médica ser qualificada como crime de recusa de médico simples ou agravada, mas sim como crime de homicídio ou de ofensas corporais por omissão dolosa ou negligente”*⁵⁵.

Assim, segundo Taipa de Carvalho se sobre o médico (que omite a assistência necessária) recair dever de garante e o mesmo representar a situação de perigo (logo, dolo em relação à eventualidade do resultado morte ou lesão grave da saúde), o mesmo deverá responder pelo crime comissivo por omissão dolosa (de homicídio ou de ofensas corporais graves), mas se o médico não representar a situação de perigo, não se verifica o crime comissivo por omissão dolosa nem o crime de recusa de médico, mas apenas um crime de homicídio negligente ou de ofensas corporais graves negligentes por omissão⁵⁶.

Posição diversa tem Teresa Quintela de Brito⁵⁷, quando defende que não existe uma distinção fundamental entre o dever de assistência médica, previsto no artigo 284.º e o dever jurídico de garante, baseado no contrato entre o médico e o paciente ou baseado no contrato entre o médico e o hospital.

⁵³ Taipa de Carvalho, CCCP, 1999, p. 1019.

⁵⁴ Taipa de Carvalho, *Recusa de médico...*, p. 36.

⁵⁵ Taipa de Carvalho, *Recusa de médico...*, pp. 36-37.

⁵⁶ Taipa de Carvalho, *Recusa de médico...*, p. 39.

⁵⁷ Teresa Quintela de Brito, op. cit., pp. 390 e seguintes.

Diversamente, Teresa Quintela de Brito entende que o critério delimitador do crime de recusa de médico em relação aos demais (crime de homicídio ou de ofensas corporais graves) deverá basear-se no plano subjetivo.

Afirma esta Autora que *“se o médico recusar o auxílio da sua profissão, numa situação de perigo para a vida ou de grave perigo para a integridade física não removível de outro modo, com dolo de homicídio ou de ofensas graves, não realiza o crime de recusa de médico. Comete um crime doloso de Homicídio ou de lesões graves à integridade física por omissão”*⁵⁸.

Ou seja, esta Autora autonomiza o dolo da situação de perigo para a vida ou saúde, do dolo da eventualidade de ocorrência do resultado morte ou lesão grave da saúde.

Defendendo que quando exista este dolo da eventualidade de concretização do perigo, o crime cometido pelo médico é o crime de homicídio ou de ofensas corporais, por omissão, mesmo que não recaia sobre o médico um dever jurídico de garante preexistente.

Da nossa parte, entendemos que haverá todo o interesse em indagar, em cada caso concreto, se sobre o médico recai um dever de garante. Sendo certo que, atualmente, encontra-se ultrapassada a doutrina que fundava o dever de garante apenas na lei, no contrato e nas situações de ingerência.

Assim, a posição de garante não existirá apenas nos casos de exercício privado da medicina, mas em muitos outros casos, como na situação em que o médico acompanha regularmente o paciente, de tal forma que o paciente confia naquele médico uma parte do seu destino⁵⁹.

Também será de afirmar a existência de dever de garante em relação ao médico que se encontra de serviço no hospital (com base na relação contratual entre o médico e o hospital), relativamente aos doentes que dão entrada nesse mesmo hospital, mormente os médicos que são chamados para tratar tais doentes. Podendo, assim, vir a ser responsabilizado o médico omitente pelos danos que esses doentes venham a sofrer, desde que possam ser imputados à omissão (dolosa ou negligente) do médico, ou seja, quando não tenha praticado a conduta que era previsivelmente adequada a evitar tais danos⁶⁰.

A distinção entre o crime de recusa de médico e o crime de abandono (previsto no artigo 138.º, n.º 1, al. b), do Código Penal) está no facto de aquele crime (do artigo 284.º) exigir a qualidade de médico do agente ao contrário do crime de abandono e no facto de que o crime de recusa de médico pressupõe a prévia existência de uma situação de perigo não criada pelo médico, ao passo que o crime de abandono, por omissão, pressupõe que o perigo tenha sido criado pela conduta omissiva do agente⁶¹.

⁵⁸ Teresa Quintela de Brito, op. cit., p. 391.

⁵⁹ Vera Lúcia Raposo, op. cit., p. 184.

⁶⁰ Neste sentido, Maria da Conceição Ferreira Cunha, *Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão*, Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 823.

⁶¹ Taipa de Carvalho, *Recusa de médico...*, pp. 38-39.

Concordamos com Taipa de Carvalho⁶² quando defende que o termo “recusar” empregue pela lei “*não deve ser tomado no sentido estrito de não aceitação de um pedido expresso, mas no sentido amplo que compreende tanto o negar-se como o protelar, o ficar indiferente. Portanto, recusar significa a não prestação de auxílio médico em tempo útil, uma vez conhecida, directa ou indirectamente, a situação de perigo*”.

De facto, consideramos que a melhor doutrina é aquela que entende que o ato de recusa por parte do médico não depende de qualquer interpelação prévia do necessitado de cuidados ou de outrem, nem deve ser entendido apenas como a negação de um pedido expresso, devendo antes ser entendido num sentido amplo de abranger tanto a negação, como o protelamento ou a mera inércia do agente em prestar auxílio⁶³.

Contudo, não concordamos com Paulo Pinto de Albuquerque⁶⁴, quando refere que incorre na prática do crime do artigo 284.º, o médico que, sendo o único obstetra de serviço no hospital, sabendo que se tratava de parto com apresentação pélvica, numa situação de hipotonia, se limitar a receber informações do estado da parturiente por telefone e a dar instruções médicas pelo mesmo meio e se recusa a comparecer, depois de ter sido solicitado para o efeito pela enfermeira, mesmo depois da dilatação completa, tendo o bebé apresentado ao nascer sinais de anoxia cerebral de que não veio a recuperar.

De igual modo, não concordamos que deva responder pelo crime de recusa de médico, a médica de serviço num hospital que, depois do início do trabalho de parto, não compareceu ao chamamento da enfermeira, limitando-se a dar instruções pelo telefone, apresentando-se no hospital quando o feto já está em dioxia há pelo menos 10 minutos e em sofrimento há cerca de duas horas.

Com efeito, nestes dois casos recaía sobre o médico omitente um dever de garante em relação aos pacientes que dão entrada no serviço onde presta funções, por força da relação contratual estabelecida entre o médico e o respetivo hospital.

Assim, ao invés do crime de recusa de médico, deveria ser apreciada a conduta do omitente no âmbito dos crimes comissivos por omissão (de homicídio ou de ofensas corporais graves).

Atente-se no facto de o tipo legal exigir que o perigo “*não possa ser removido de outra maneira*”, o que implica que o auxílio médico deve ser considerado como o único meio capaz de afastar aquele perigo. Neste sentido, Taipa de Carvalho⁶⁵ defende que o auxílio médico que o médico podia ter prestado tem de ser indispensável e adequado a eliminar o perigo.

Referindo ainda que na prática, tal significará a impossibilidade de ser transportado para o hospital, sem grave risco de deterioração da situação de perigo.

⁶² Taipa de Carvalho, CCCP, 1999, § 9, p. 1019.

⁶³ Neste sentido, Miguez Garcia e Castela Rio, op. cit., p. 1251 e Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., p.1012.

⁶⁴ Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., p.1012.

⁶⁵ Taipa de Carvalho, CCCP, 1999, § 11, p. 1020.

1.7.3. Tipo subjetivo

O crime de recusa de médico é um crime doloso, dado que o tipo subjetivo exige o dolo em qualquer das suas modalidades (bastando o dolo eventual).

O dolo deve abranger todos os elementos do tipo, em especial a situação de perigo.

Assim, o médico tem de conhecer todos os elementos descritos no tipo, concretamente os seguintes:

- a) Situação de perigo para a vida ou de verificação de grave lesão para a integridade física do paciente;
- b) Consciência que a sua intervenção constitui o único meio capaz de eliminar o perigo (caráter indispensável do auxílio);
- c) Consciência que está a recusar o auxílio necessário ao afastamento do perigo (utilidade do auxílio para aquele paciente).

Segundo Vera Lúcia Raposo o médico terá de agir com a representação da situação de perigo e com a consciência da indispensabilidade e utilidade da sua intervenção para o paciente e a conformação (indiferença) perante a situação.

Com efeito, se o médico não atua, apesar de conhecer o perigo em que se encontra o paciente e a imprescindibilidade da sua ação para a remoção desse perigo, tal basta para se sustentar pelo menos o dolo eventual, dado que no mínimo se terá conformado com a ocorrência do perigo.

Para que o tipo seja preenchido, não se exige uma recusa expressa de auxílio médico, bastando a atitude de mera conformação, traduzida em indiferença ou protelamento da intervenção médica⁶⁶.

No que respeita ao plano subjetivo, Taipa de Carvalho defende que se o médico tiver consciência da situação de perigo para a vida ou para a saúde e representar que essa situação de perigo só pode ser afastada com a sua intervenção médica, caso se recuse a prestá-la, o médico estará a atuar pelo menos com dolo eventual quanto ao resultado, porque, *necessariamente*, se conformou com a ocorrência do resultado morte ou grave lesão da saúde do paciente.

O que significa que o médico que recusa a necessária prestação de cuidados, com consciência da situação de perigo, age com dolo eventual em relação ao resultado morte ou lesão grave da saúde. Porquanto, escreve este Ilustre Professor que *“ter consciência da existência de uma situação de perigo para a vida ou para a saúde é ter consciência da eventualidade da ocorrência do resultado morte ou grave lesão da saúde, se não for prestado o auxílio médico”*. E continua *“se alguém representa que uma determinada pessoa está numa situação de perigo de vida ou de lesão grave da saúde, necessariamente que representa a eventualidade de tal perigo acabar por se concretizar no resultado morte ou lesão grave da saúde”*⁶⁷.

⁶⁶ Vera Lúcia Raposo, op. cit., p. 183.

⁶⁷ Taipa de Carvalho, *Recusa de médico...*, pp. 34-35.

Ou seja, se existir dolo em relação à situação de perigo, necessariamente existirá dolo, no mínimo eventual, relativamente à concretização desse perigo no resultado respetivo, caso seja omitido o auxílio médico necessário e adequado a evitar o dano. Razão pela qual, Taipa de Carvalho defende que o tipo legal previsto no artigo 284.º também exige o dolo (eventual) em relação ao resultado morte ou lesão grave da saúde⁶⁸.

Paulo Pinto de Albuquerque⁶⁹ escreve que ao contrário do que acontece com os crimes de perigo comum, o médico tem de conhecer as características individualizadoras da pessoa cuja vida ou integridade física corre perigo, sendo esse o motivo pelo qual o preceito fala de “outra pessoa” ao invés de utilizar o pronome indiferenciado “outrem”.

No entanto, para aqueles autores que considerem que o crime de recusa de médico é um crime de perigo concreto, nesse caso, o tipo subjetivo terá de exigir o dolo de perigo. Contudo, não concordamos com tal qualificação, porque nos crimes de perigo concreto, o perigo é criado pela conduta do agente, o que não sucede com o crime de recusa de médico.

Cumprе referir que o dolo será excluído quando o médico representar, erroneamente, que a outra pessoa não se encontra em situação de perigo para sua vida ou de lesão grave da saúde.

Assim, não comete o crime de recusa de médico, o médico do serviço de urgência que, após ser alertado pelo maqueiro para o estado de um doente que se encontrava embriagado, se limita a responder que por ele lhe dava alta, na sequência do que o maqueiro levou o doente para a sala de espera das urgências, local onde veio a falecer⁷⁰. De facto, nesta situação é notório que o médico, ao responder que por ele dava alta ao doente, não tinha consciência da situação de perigo para a vida em que se encontrava o paciente, faltando assim, o dolo correspondente.

1.7.4. Causas de justificação

Tem vindo a entender-se na doutrina que a recusa de médico não é ilícita se a ação de auxílio implicar **grave risco para a vida ou integridade física do médico**.

Taipa de Carvalho⁷¹ aplica por analogia o disposto no artigo 200.º, n.º 3, do Código Penal, ou seja, a omissão de auxílio médico (tal como está prevista no artigo 284.º) não é ilícita quando se verifique perigo para a sua vida ou integridade física.

⁶⁸ Taipa de Carvalho, *Recusa de médico...*, pp. 35-36.

⁶⁹ Op. cit., p. 1013.

⁷⁰ Exemplo retirado do Acórdão do STJ de 06.03.1991, p. 70/90, no qual o agente foi condenado pelo crime de abandono, previsto no art.º 138.º n.º 1 al. b) do Código Penal. Sendo assim criticável a condenação pelo crime de abandono, já que é um crime doloso, exigindo assim a consciência do dever de vigilância ou assistência e da ausência de defesa da outra pessoa e a vontade de colocá-la em perigo.

⁷¹ Taipa de Carvalho, CCCP, 1999, § 13, p. 1020.

A este propósito escreve Vera Lúcia Raposo⁷² que *“a recusa de médico pode ser justificada quando se demonstre que a atuação esperada colocaria em risco a própria vida do médico, o seu corpo ou a sua saúde”*.

No entanto, esta causa de justificação já não se aplica quando sobre o médico (omitente) recair um dever de garante para com a pessoa carecida de auxílio. Deste modo, o médico de família não pode recusar-se a tratar um seu paciente seropositivo, por recear poder ser infetado com HIV⁷³.

Outra das causas de justificação consiste na **oposição consciente do paciente** à ação de assistência médica, a qual terá de ser atendida, sob pena de o médico incorrer na prática do crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, punido pelo artigo 156.º do Código Penal. Com efeito, apesar de o artigo 284.º impor ao médico um dever de agir (dar assistência médica), caso a pessoa que se encontra na situação de perigo de vida ou de lesão da sua integridade física, se opuser de forma consciente, livre e esclarecida, à prestação de auxílio médico, o médico não deverá agir. Assim, a oposição consciente do paciente, além de justificar a omissão de auxílio ainda proíbe o médico de agir, sob pena de incorrer em responsabilidade penal (artigo 156.º)⁷⁴.

O **conflito de deveres** previsto no artigo 36.º, n.º 1, do Código Penal também poderá justificar a omissão de auxílio do médico.

O conflito de deveres pode resultar de uma colisão entre dois deveres de ação médica que protejam bens jurídicos iguais ou diferentes.

Assim, na hipótese em que os bens jurídicos são iguais, o médico, na impossibilidade de auxiliar ambas as pessoas em perigo, pode cumprir qualquer dos deveres, ficando a omissão justificada.

Sendo os bens jurídicos diferentes, a justificação deve afirmar-se se o médico cumprir o dever superior, ou seja, auxiliando a pessoa em perigo de perder a vida ao invés da pessoa que está em perigo de sofrer uma lesão na sua saúde.

Por outro lado, o conflito de deveres pode ainda resultar de uma colisão entre um dever de garante (cuja violação preencheria o crime de homicídio ou de ofensas à integridade física, por omissão) e um dever de ação médica (cuja violação preencheria o crime de recusa de médico do artigo 284.º), neste caso a omissão do médico será justificada desde que cumpra o dever de garante, salvaguardando o bem jurídico da vida ou saúde (artigo 144º)⁷⁵.

1.7.5. Concurso de crimes

Haverá um concurso efetivo ideal de crimes de recusa de médico, sempre que o médico omita a assistência a duas ou mais pessoas necessitadas, desde que pudesse prestá-la a todas elas.

⁷² Vera Lúcia Raposo, op. cit., p. 184.

⁷³ Exemplo dado por Taipa de Carvalho, CCCP, 1999, § 13, p. 1020.

⁷⁴ Taipa de Carvalho, CCCP, 1999, § 14, pp. 1020-1021.

⁷⁵ Taipa de Carvalho, CCCP, 1999, § 15, p. 1021.

O crime de recusa de médico está em relação de concurso aparente, por subsidiariedade, com os crimes de homicídio doloso ou de ofensa corporal grave dolosa por omissão⁷⁶.

1.7.6. Agravação pelo resultado

Dispõe o artigo 285.º que *“se dos crimes previstos nos artigos 272.º a 274.º, 277.º, 280.º, ou 282.º a 284.º resultar morte ou ofensa à integridade física grave de outra pessoa, o agente é punido com a pena que ao caso caberia, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo”*.

Assim, se em consequência da recusa de auxílio médico, o paciente falecer ou sofrer graves lesões na sua integridade física, o médico deverá ser punido pelo crime de recusa de médico do artigo 284.º, agravado pelo resultado, tal como previsto no artigo 285.º do Código Penal.

A generalidade da doutrina defende que, por força do disposto no artigo 18.º do Código Penal, o resultado agravado previsto no artigo 285.º tem que ser imputado ao médico, pelo menos, a título de negligência.

Segundo Taipa de Carvalho, deverá responder pelo crime de recusa de médico agravado pelo resultado morte ou ofensa à integridade física grave, o médico que, não assumindo posição de garante, não preste a assistência médica de que era capaz, apesar de representar a situação de perigo para a vida ou para a integridade física substancial do paciente (e, consequentemente, representar a eventualidade do resultado morte ou lesão grave da integridade física), se se verificar que aquela assistência era adequada a evitar o resultado, resultado este que se verificou efetivamente.

Assim, ao contrário da maioria da doutrina, entende este autor que o resultado terá de ser imputado à omissão do médico, pelo menos, a título de dolo eventual, e não somente a título de negligência⁷⁷.

1.7.7. Relação com o crime de violação das *leges artis*

Escreve Vera Lúcia Raposo que *“o artigo 284.º do Código Penal é, de certa forma, o reverso da medalha do artigo 150.º/2 do CP, pois que ambas as incriminações se traduzem numa violação das *leges artis* que causa perigo para o paciente (...), simplesmente, o artº 150.º/2 do CP consubstancia-se numa ação e o artigo 284.º do CP numa omissão”*⁷⁸.

Com efeito, como refere esta Autora, existem casos que podem ser subsumidos quer ao tipo legal de recusa de médico quer ao tipo legal de violação das *leges artis*, dependendo do enquadramento que se faça do mesmo.

⁷⁶ Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., p. 1013, e Taipa de Carvalho, *Recusa de médico...*, p. 58.

⁷⁷ Taipa de Carvalho, *Recusa de médico...*, p. 41.

⁷⁸ Vera Lúcia Raposo, op. cit., p. 185.

Dando o exemplo, de um paciente que se encontra em perigo para a sua vida em função da desatenção do médico, o qual contra as regras da boa prática médica, ignora os sintomas do paciente e, em vez de realizar os exames necessários ao correto diagnóstico, se limita a prescrever um analgésico.

Ora, este caso pode ser visto na perspetiva da omissão, dado que o médico omitiu o tratamento devido e necessário para eliminar o perigo para vida do paciente e, nessa medida, ser subsumido ao tipo legal do artigo 284.º do Código Penal.

Mas o mesmo caso pode ser observado da perspetiva da ação, podendo dizer-se que o médico aplicou um tratamento em violação das *leges artis*, já que estas impunham que se aplicasse outro⁷⁹.

Esta hipótese leva-nos a outra questão, a de saber se a mesma conduta médica pode ser punida, em simultâneo, pelo crime de recusa de médico e pelo crime de violação das *leges artis*.

Em sentido positivo, parece ir o Acórdão do STJ, de 07-01-1993⁸⁰ que condenou, em concurso real, o médico arguido pelo crime de violação das *leges artis* e pelo crime de recusa de médico (que na época se denominava por recusa de facultativo, previsto no artigo 276.º, n.º 1, do Código Penal) com base no mesmo comportamento médico.

Em sentido negativo, pronuncia-se Vera Lúcia Raposo⁸¹ defendendo que ambos os tipos legais pressupõem uma violação das *leges artis*, pelo que não seria admissível que o mesmo arguido sofra duas incriminações que partilham o mesmo conteúdo.

Porém, esta Autora admite que haverá casos em que as duas incriminações poderão concorrer simultaneamente. Mas apenas quando estiverem em causa dois episódios distintos e não um só comportamento.

2. Prática e gestão do inquérito

2.1. A investigação do crime

De acordo com o disposto no artigo 262.º do Código do Processo Penal, a investigação criminal visa a descoberta da verdade material, devendo o inquérito ser orientado para a recolha de todas as provas pertinentes à comprovação da notícia do crime e à determinação dos seus agentes e da sua responsabilidade, de modo a fundamentar o despacho final de acusação ou de arquivamento do inquérito.

Por força do imperativo constitucional (do artigo 32.º, n.º 5, da Constituição) que estabelece a estrutura acusatória do processo penal, a direção do inquérito cabe *exclusivamente* ao Ministério Público, devendo este ser assistido por órgãos de polícia criminal (OPC), que

⁷⁹ Vera Lúcia Raposo, op. cit., p. 185.

⁸⁰ Acórdão do STJ, de 07-01-1993, p. 042747.

⁸¹ Op. cit., p. 166 e pp.185-186.

atuam sob a sua direta orientação e na sua dependência funcional, nos termos do disposto no artigo 263.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público pode, no entanto, delegar os poderes nos OPC, nos termos do n.º 1 do artigo 270.º do Código de Processo Penal.

O Ministério Público deve, em todos os momentos, ter a direção efetiva da investigação, atuando sempre em obediência a critérios de estrita legalidade, objetividade e imparcialidade, por força do disposto no artigo 53.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e no artigo 3.º, n.º 2, do Estatuto do Ministério Público.

Deste modo, é ao Ministério Público que compete, em exclusivo, determinar a abertura do inquérito e realizar, de modo direto ou por intermédio dos OPC, os atos de investigação no âmbito do inquérito.

O Ministério Público, enquanto *dominus* do inquérito penal, tem o poder de definir a estratégia que considerar mais adequada para a investigação da notícia de crime, podendo assim, selecionar as diligências a realizar e a sua sequência, sem prejuízo daquelas que sejam impostas pela lei.

A produção da prova no inquérito assenta na ideia de que o processo penal leva a cabo as diligências indispensáveis ao esclarecimento dos factos com o maior proveito possível, o que se traduz, assim, na obrigação de se evitarem atos inúteis e formalidades não essenciais.

Os OPC mantêm a sua autonomia orgânica, técnica e tática, nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 49/2009, de 27 de agosto.

A competência para a investigação de crimes por ato médico será, em regra, da Guarda Nacional Republicana ou da Polícia de Segurança Pública, que no caso seja territorialmente competente, nos termos do artigo 6.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto.

Porém, se estiver em causa a investigação do crime de homicídio doloso ou crime de recusa de médico agravado pelo resultado morte (artigo 285.º do Código Penal), a competência para a investigação será da Polícia Judiciária, por integrar a sua competência reservada nos termos artigo 7.º, n.º 2, al. a), da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto.

Os crimes por ato médico não assumem a qualificação de crimes de prevenção prioritária, nos termos do disposto no artigo 2.º da Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto.

De igual modo, os crimes por ato médico não são considerados crimes de investigação prioritária, por não integrarem o elenco previsto no artigo 3.º do mesmo diploma legal.

Nos termos do artigo 241.º do Código de Processo Penal o Ministério Público adquire notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia.

No que respeita aos crimes cometidos por ato (ou omissão) de médico a notícia do crime, em regra, terá origem na queixa apresentada pelo próprio paciente (ofendido), que foi alvo de

uma lesão na sua integridade física ou na sua liberdade de decisão, ou na queixa apresentada pelos respetivos sucessores, em caso de falecimento do ofendido, sem ter apresentado queixa ou a ela renunciado, nos termos do artigo 113.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal.

No entanto, a notícia de um crime médico poderá também ter origem na denúncia deduzida por um terceiro, como seja, uma entidade de saúde, um enfermeiro ou outro médico que tenha tomado conhecimento da prática do crime.

Recebida a notícia do crime e registado, autuado e distribuído como inquérito, o Ministério Público deve, em primeiro lugar, aferir se tem legitimidade para promover o procedimento criminal, em face da natureza do crime, nos termos dos artigos 48.º e 49.º do Código de Processo Penal.

Com efeito, apesar de o crime de violação das *leges artis* (artigo 150.º, n.º 2) e o crime de recusa de médico (artigo 284.º) terem natureza pública, já o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, previsto no artigo 156.º (portanto, realizados sem o consentimento do paciente), tem natureza semipública.

De igual modo, o crime de ofensa à integridade física simples (artigo 143.º) e o crime de ofensa à integridade física simples por negligência (artigo 148.º) têm natureza semipública.

Assim, se estiver em causa algum dos referidos crimes que assumem natureza semipública, o procedimento criminal depende da apresentação da competente queixa pelo seu titular, a qual constitui uma condição de integração e um pressuposto da legitimidade do Ministério Público para promover a ação penal.

Assim, na falta de apresentação de queixa pelo respetivo titular, em face da natureza semipública do crime em causa, deverá o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito, nos termos dos artigos 48.º e 49.º do Código de Processo Penal.

Após receber a notícia do crime e aferir da existência de legitimidade na promoção da ação penal, o Ministério Público deve dar início à investigação do crime denunciado, determinando a realização de todas as diligências que se afigurem pertinentes a provar os factos juridicamente relevantes, ou seja, os factos que possam integrar qualquer dos elementos típicos (objetivos e subjetivos) do crime investigado.

Nesta fase inicial da investigação de crime por ato (ou omissão) médico, uma das primeiras diligências que deverá ser determinada pelo Ministério Público é o pedido às entidades de saúde (tal como o hospital, centro de saúde, clínicas, médico de família) para procederem ao envio/entrega nos autos do processo clínico do paciente e de toda a documentação clínica que possuam relativa ao doente, tais como exames médicos, registos e informações clínicas, registo da cirurgia, declaração de consentimento, relatórios médicos, etc.

Afigura-se igualmente pertinente que o Ministério Público no despacho inicial determine que se oficie a Ordem dos Médicos para juntar aos autos todos os processos disciplinares que tenham sido instaurados contra o médico denunciado.

Esta diligência permitirá apurar se os factos que originaram a denúncia/queixa crime, deram igualmente origem à instauração de processo disciplinar, e ainda possibilitará saber se o

médico visado possui antecedentes disciplinares, eventualmente, por factos similares aos noticiados.

Quanto à prova testemunhal, no âmbito da responsabilidade criminal médica, consideramos que as testemunhas fundamentais são os próprios pacientes e os profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, auxiliares de ação médica) que tenham conhecimento sobre a intervenção ou tratamento médico realizado e das circunstâncias em que o mesmo ocorreu. A prova testemunhal terá um papel importante, acima de tudo, na prova dos factos circunstanciais de tempo e lugar, de forma a contextualizar o decurso dos acontecimentos. Pois, a confirmação da violação das *leges artis* ou dos deveres de cuidado e o estabelecimento do necessário nexo causal entre essa violação e o resultado ocorrido, ficará, em regra, reservada para a prova pericial.

Assim, no que diz respeito à prova dos crimes em análise, são admissíveis todos os meios de prova constantes do Código de Processo Penal, nomeadamente, as declarações do arguido, a prova pericial, a prova documental, a prova testemunhal, desde que recolhidas nos moldes previstos no referido diploma.

2.2. A Prova Pericial

A prova pericial é um dos meios de prova consagrados no Código de Processo Penal, cujo regime geral está previsto nos artigos 151.º e seguintes.

De acordo com o disposto no artigo 151.º do Código de Processo Penal, a prova pericial tem lugar quando a perceção ou apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos.

Deste modo, a perícia, enquanto meio de prova, só deve ser determinada quando a investigação dos factos ou a apreciação dos mesmos exigirem conhecimentos especializados, nos campos técnicos, científicos e artísticos, que estão para além das possibilidades de constatação ou perceção das autoridades judiciais e dos órgãos de polícia criminal.

Devido à elevada relevância que a perícia assume como meio de prova (cujo juízo científico se presume subtraído à livre apreciação do julgador), o legislador português consagrou na nossa lei o modelo de perícia pública ou oficial, por contraposição ao modelo de perícia contraditória (adotado nos sistemas de *common law*).

Por força do disposto no artigo 154.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, a perícia é ordenada por despacho da autoridade judiciária competente, oficiosamente ou a requerimento de qualquer sujeito processual, competindo ao Ministério Público ordenar a sua realização, durante o inquérito, à exceção do caso previsto no n.º 3 do artigo 154.º (cuja competência é deferida ao juiz de instrução), e ao juiz de instrução ou do julgamento, em cada uma das fases respetivas.

Contudo, as perícias médico-legais e forenses regem-se, essencialmente, pelo regime legal previsto na Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto. Assim, por força do disposto no artigo 2.º, n.º 1, deste diploma, as perícias médico-legais são realizadas, obrigatoriamente, nas delegações e nos gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal.

Só em casos de manifesta impossibilidade dos serviços do INML, é que as perícias médico-legais poderão ser realizadas por entidades terceiras (contratadas ou indicadas para o efeito pelo Instituto), nos termos do artigo 2.º, n.º 2, da mesma lei.

De realçar que as perícias médico-legais são ordenadas por despacho da autoridade judiciária competente, nos termos do Código de Processo Penal, não sendo, todavia, aplicáveis às realizadas nas delegações do INML ou nos gabinetes médico-legais, as disposições previstas nos artigos 154.º e 155.º do Código de Processo Penal, por força do artigo 3.º, n.º 1, Lei n.º 45/2004.

Atendendo a que a perceção e a apreciação dos factos integradores dos crimes cometidos por ato (positivo ou negativo) médico exigem, naturalmente, especiais conhecimentos médicos, consideramos que a prova pericial assume uma relevância incontornável no âmbito da responsabilidade penal médica.

De facto, estando em causa a investigação de um crime cometido (por ação ou omissão) por um médico, em violação das *leges artis* ou contra o que seria medicamente indicado, o Ministério Público deve, necessariamente, logo na fase inicial do inquérito, determinar a realização de perícia médico-legal.

Com efeito, em matéria de responsabilidade criminal médica é indispensável o recurso à perícia médico-legal, porquanto só os peritos médicos poderão apreciar os factos e concluir se a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, realizado pelo médico denunciado, violou alguma das regras da arte médica ou até mesmo apreciar se o tratamento aplicado era (ou não), no caso concreto, medicamente indicado.

Podemos mesmo afirmar que no âmbito da responsabilidade penal médica a prova pericial assume uma relevância fundamental e insubstituível, já que dificilmente, os restantes meios de prova (máxime documental e testemunhal) permitirão descobrir a causa da morte ou da lesão da integridade física do paciente e estabelecer o necessário nexo de causalidade entre a intervenção ou tratamento médico (*error artis*) e o dano ocorrido no doente.

De igual modo, a prova pericial será determinante para aferir se o médico violou os deveres de cuidado, para se poder afirmar a sua responsabilidade a título negligente⁸².

⁸² A este propósito refira-se o Acórdão da Relação de Guimarães, no qual se decidiu que “*vindo imputado um crime de homicídio negligente decorrente da inobservância das *leges artis* da profissão dos arguidos (médicos), a prova pericial – especialmente a contida nos pareceres disponibilizados pelo Conselho Médico-Legal ou pelos Colégios da Especialidade da Ordem dos Médicos – assume uma essencial e determinante importância na aferição da causa do resultado e da violação dos deveres de cuidado, por envolver um “plus” de conhecimentos especializados que estão para além das possibilidades de constatação e/ou perceção, efectivas ou presumidas, do tribunal, sendo, por isso, um elemento probatório vinculadamente avaliável*” (Acórdão da RG de 11-06-2019, p. 629/10.9TAVRL.G2, disponível em www.dgsi.pt).

Assim, no caso de inquérito por crime de homicídio doloso ou homicídio negligente praticado, por ação ou omissão, por médico, no âmbito das funções, ou por crime de recusa de médico, agravado pelo resultado morte, o Ministério Público deverá determinar a realização de autópsia médico-legal.

Diferentemente, se o inquérito correr por crime de ofensas corporais dolosas ou negligentes ou por crime de recusa de médico, agravado pelo resultado de grave lesão corporal, o Ministério Público deverá determinar a realização de perícia de avaliação de dano corporal ao ofendido.

Estas perícias médico-legais terão em vista aferir a causa da morte ou a causa da lesão na saúde do paciente e ainda a descrição e quantificação dos danos causados.

O Ministério Público deverá ainda determinar a emissão de parecer ao Conselho Médico-Legal ou ao Colégio da Especialidade da Ordem dos Médicos, sendo estas entidades, e não a autoridade judiciária, que decidirá quem realizará a perícia.

Enquanto órgão do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, I. P., compete ao Conselho Médico-Legal emitir pareceres sobre questões técnicas e científicas no âmbito da medicina legal e de outras ciências forenses, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, al. b), do DL n.º 166/2012, de 31 de julho.

Repare-se que o parecer emanado pelo Conselho Médico-Legal ou pelo Colégio da Especialidade da Ordem dos Médicos, consubstancia uma verdadeira perícia, devendo ser admitido e valorado como prova pericial⁸³.

O despacho do Ministério Público que ordene a perícia deverá conter, além do mais, a indicação sumária do objeto da perícia (sendo certo que este pedido de exame pericial deve ser acompanhado com cópia da documentação clínica que se encontre junta aos autos, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 45/2004).

Por força da Circular n.º 3/99, da PGR, de 1999-04-27, o Ministério Público, sempre que efetue um pedido de parecer ou de consulta técnico-científica ao Conselho Médico-Legal, deve formular de modo concreto e preciso as questões que sejam objeto do parecer ou da consulta.

Por sua vez, a Circular n.º 3/10, da PGR, de 04-02-2010, veio determinar que os pedidos de pareceres técnicos formulados à Ordem dos Médicos, sobre o exercício da Medicina, devem ser enviados ao Presidente do Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos⁸⁴.

Por fim, cumpre realçar que o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador, nos termos do disposto no artigo 163.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, com a ressalva prevista no seu n.º 2 de que, “sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência”⁸⁵.

⁸³ Neste sentido, pronunciou-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 08-09-2015, p. 758/11.1TAPTM.E1, disponível em www.dgsi.pt.

⁸⁴ Sito na Avenida Almirante Gago Coutinho, n.º 151, 1749-084 Lisboa.

⁸⁵ A este propósito, cumpre referir o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, no qual se afirma que “o que vincula o julgador são as conclusões periciais, devidamente fundamentadas e sempre dentro do

2.3. A constituição e Interrogatório de arguido

Quando se verificarem os pressupostos previstos no artigo 58.º do Código de Processo Penal, o suspeito deverá ser constituído como arguido.

Este ato processual deverá ocorrer, desde logo, quando existam indícios que permitam afirmar que há uma suspeita fundada da prática de crime, nos termos do artigo 58.º, n.º 1, al. a), do Código de Processo Penal.

Por seu turno, o interrogatório do arguido, sobre os factos que lhe são imputados, constitui um ato obrigatório do inquérito, nos termos do artigo 272.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, cuja omissão é qualificada como nulidade nos termos do artigo 120.º, n.º 2, al. d).

Atenta a sensibilidade e a complexidade das questões factuais e jurídicas, consideramos que o interrogatório do médico arguido deverá ser presidido e conduzido pelo Ministério Público, não devendo assim esta diligência ser delegada nos OPC. Podendo, em alternativa, ter lugar o interrogatório judicial do arguido, caso se revele necessária a aplicação de alguma medida de coação (artigo 204.º do Código de Processo Penal), diferente do termo de identidade e residência.

As declarações que o arguido prestar perante o Ministério Público (ou juiz) poderão ser valoradas como meio de prova e reproduzidas ou lidas na audiência de julgamento, desde que o arguido as tenha prestado com assistência de defensor e após ter sido informado nos termos e para os efeitos do disposto na al. b) do artigo 141.º, ao abrigo do artigo 357.º, n.º 1, al. b), do Código de Processo Penal.

O arguido é a pessoa que estará em melhores condições para esclarecer os factos em investigação, pelo que o seu interrogatório poderá assumir especial relevância no esclarecimento dos acontecimentos e na descoberta da verdade material.

Contudo, dado o seu particular interesse pessoal na sua não incriminação, tenderá naturalmente a desculpar os seus atos ou a prevalecer-se da assimetria informativa da arte médica.

2.4. Encerramento do inquérito

Dispõe o artigo 276.º, n.º 1, do Código de Processo Penal que “o Ministério Público encerra o inquérito, arquivando-o ou deduzindo acusação”, estando tal decisão dependente do facto de ter sido, ou não, recolhida prova bastante de se ter verificado crime e de quem foram os seus agentes.

circunstancialismo enunciado. Já a base factual de que parte o perito para formular os seus juízos, essa não é do domínio do perito, é sim do domínio do julgador. A investigação da causa, o apuramento dos factos, pertence ao juiz, cabendo ao perito emitir os juízos que exijam os tais especiais conhecimentos” (Acórdão de 30-04-2014, p. 2317/07.4TAAVR.C1, disponível em www.dgsi.pt).

Assim, o Ministério Público deverá proceder, por despacho, ao arquivamento do inquérito logo que tiver recolhido prova bastante de se não ter verificado o crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de ser legalmente inadmissível o procedimento, nos termos do n.º 1 do artigo 277.º do Código de Processo Penal.

Deverá, igualmente, arquivar o inquérito quando apurar que os indícios recolhidos não são suficientes para acusar o arguido, nos termos do n.º 2 do artigo 277.º do Código de Processo Penal.

Deste modo, o Ministério Público só estará habilitado a deduzir acusação quando tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu autor, o que não se afigurará tarefa fácil no âmbito da responsabilidade médica, atentas as evidentes dificuldades de prova.

Por fim, cumpre referir que se forem recolhidos indícios suficientes da prática do crime pelo arguido, o Ministério Público deverá indagar se se verificam os pressupostos de que depende a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo, prevista no artigo 281.º do Código de Processo Penal. A suspensão provisória do processo constitui um caso de “diversão”, enquanto manifestação do princípio do consenso, traduzindo-se em ganhos de economia e celeridade processual. Assim, sempre que se verifiquem os pressupostos legalmente fixados no artigo 281.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, a aplicação ao processo da suspensão provisória torna-se obrigatória.

Porém, no que concerne especificamente às incriminações por ação ou omissão médica, consideramos que na generalidade dos casos, o cumprimento das injunções não será suficiente para satisfazer as elevadas exigências de prevenção geral que se fazem sentir neste tipo de criminalidade (alínea f) do artigo 281.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

[Ac. do STJ de 07.01.1993, p. 042747](#)

[Ac. da RG de 11.06.2019, p. 629/10.9TAVRL.G2](#)

[Ac. da RE de 08.09.2015, p.758/11.1TAPTM.E1](#)

[Ac. da RC de 30.04.2014, p. 2317/07.4TAAVR.C1](#)

[Circular n.º 3/99 da PGR de 27.04.1999](#)

[Circular n.º 3/10 da PGR de 04.02.2010](#)

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário ao Código Penal, 3.ª ed., Universidade Católica, 2015.
- ANDRADE, Costa, Comentário ao artigo 150.º do Código Penal, in Comentário Conimbricense do Código Penal, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Parte Especial, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

- ANDRADE, Costa, Comentário ao artigo 150.º do Código Penal, in Comentário Conimbricense do Código Penal, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- BRITO, Teresa Quintela de, Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores, in Revista portuguesa de ciência criminal, Coimbra, A.12, n.º 3 (Jul.-Set.), 2002, pp. 371-409.
- CARVALHO, Taipa de, Comentário ao artigo 284.º do Código Penal, in Comentário Conimbricense do Código Penal, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Parte Especial, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- CARVALHO, Taipa de, Recusa de médico – Comentário atualizado ao artigo 284.º do Código Penal, in Revista do Ministério Público n.º 153, janeiro-março 2018.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira, Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão, in Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 809-854.
- DIAS, Figueiredo e MONTEIRO, Sinde, Responsabilidade médica em Portugal, in Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, janeiro 1984, pp. 21-79.
- GARCIA, Miguez e RIO, Castela, Código Penal – Parte geral e especial, com notas e comentários, 3.ª ed., Almedina, 2018.
- MENDES, Paulo de Sousa, Ética, Medicina e Direito Penal, in Anatomia do Crime n.º 0, dirigida por Maria Fernanda Palma, Lisboa, Almedina, 2014, pp. 113-118.
- RAPOSO, Vera Lúcia, Do ato médico ao problema jurídico, Almedina, 2018.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, Responsabilidade Médica em Direito Penal, Estudo dos Pressupostos Sistemáticos, Almedina, 2007.
- SILVA, Fernando, Direito Penal Especial – Os crimes contra as pessoas, 4.ª ed., Quid Juris, 2017.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. Direito penal dos médicos

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Joana Carvalho Fernandes



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. DIREITO PENAL DOS MÉDICOS. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Joana Carvalho Fernandes

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento jurídico
 - 1.1. A actividade médica e o direito penal
 - 1.2. Intervenções e tratamentos médico cirúrgicos
 - 1.2.1. A qualificação do agente
 - 1.2.2. A Intenção terapêutica
 - 1.2.3. A Indicação médica
 - 1.2.4. *As leges artis*
 - 1.3. Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos com violação das *leges artis* (artigo 150.º, n.º 2, do Código Penal)
 - 1.4. A negligência médica
 - 1.4.1. Erro médico e negligência: conceitos coincidentes?
 - 1.4.2. Exercício da medicina em equipa: co-autoria ou autoria paralela?
 - 2. Prática e gestão processual
 - 2.1. A notícia do crime, a abertura do inquérito e a sua direcção
 - 2.2. O planeamento da investigação: a prova e a sua obtenção
 - 2.3. O encerramento do inquérito
 - 2.4. Caso real
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

A pertinência do tema abordado neste estudo prende-se com o aumento do número de queixas apresentadas contra médicos, por actividades directamente relacionadas com o exercício da sua profissão, que têm conduzido, não só à instauração de processos disciplinares pela respectiva Ordem Profissional, mas também à abertura de inquéritos, por parte do Ministério Público, com vista a apurar-se a responsabilidade criminal daqueles profissionais.

A temática da responsabilidade penal dos médicos merece, por isso, nos dias de hoje, uma atenção redobrada, não só por parte dos juristas, mas também dos profissionais de saúde e do público em geral, tornando-se fundamental saber distinguir o acto médico penalmente censurável, daquele que não o é, apesar de comportar em si um resultado infeliz. Quando se pensa em relacionar o direito com a medicina, surge sempre a questão do erro médico e das várias formas de responsabilidade que podem recair sobre aqueles profissionais de saúde.

Por mais que se pretenda evitar, a verdade é que, no decurso de uma intervenção médica, podem ocorrer situações (verdadeiros acidentes ou azares ou os riscos da própria actividade), com consequências terríveis para o doente e seus familiares, mas que não podem responsabilizar ninguém, ainda mais quando pensamos numa responsabilidade com culpa.

Sabemos, como muito sabiamente refere Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues¹, que “o médico não tem o dever jurídico de curar o doente, até porque tal não depende exclusivamente da sua vontade, mas tem o indeclinável dever de empreender o tratamento que, de acordo com as regras da ciência médica e no estado actual dos conhecimentos técnico-científicos, é considerado como adequado à cura ou, pelo menos, a proporcionar ao doente alguma qualidade de vida compatível com a dignidade do ser humano”.

É imperioso, portanto, sermos rigorosos na aferição dos requisitos integrantes da responsabilidade penal médica, sob pena de assistirmos a fenómenos de medicina defensiva, que “em lugar de procurar fazer o que é melhor para o doente, não arrisca para além da esfera de aplicação mecanizada da regra científica”.²

II. Objectivos

O presente estudo visa proporcionar aos Magistrados do Ministério Público, seus principais destinatários, uma breve abordagem teórica e prática centrada nos crimes relacionados com a actividade médica, em particular, os crimes de intervenção e tratamento médico-cirúrgicos com violação das *leges artis* (artigo 150.º, n.º 1, do C.P.³) e os crimes negligentes de homicídio e de ofensas à integridade física.

Não se pretende com este trabalho fazer uma explanação exaustiva do regime legal da responsabilidade penal médica. Não visando apresentar soluções acabadas, pretende-se tão só fazer uma breve alusão às questões com que os Magistrados do Ministério Público podem vir a ser confrontados no decurso das diligências de inquérito e, *a final*, quando chamados a proferir despacho final de encerramento desse inquérito.

III. Resumo

O presente estudo divide-se em duas partes fundamentais: uma de índole mais teórica, que diz respeito ao enquadramento jurídico dos crimes relacionados com a actividade médica, e outra, de índole prática, relacionado com a prática e gestão processual nos inquéritos onde se investiga esse tipo de crimes.

Na primeira parte, após a análise da cláusula de exclusão de tipicidade prevista no n.º 1 do artigo 150.º do C.P., procedemos ao estudo do tipo legal do crime de intervenção e tratamento médico-cirúrgicos com violação das *leges artis* (artigo 150.º, n.º 2, do C.P.).

¹ In “O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal. Uma joia preciosa do direito penal médico”, Revista Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, pág. 12.

² Faria, Maria Paula Leite Ribeiro, “O Erro em Medicina e o Direito Penal”, Lex Medicinæ, ano 7, n.º 14, Coimbra Editora, 2010, pág. 19.

³ Abreviatura C.P., que utilizaremos para nos referirmos ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, com a redacção dada pela Lei n.º 102/2019, de 6 de Setembro.

Neste estudo, centramo-nos na análise da natureza deste ilícito, do bem jurídico que se pretende proteger, dos elementos constitutivos do tipo de crime e, por fim, na sua interacção com os demais crimes contra a integridade física.

Proseguimos com a análise dos crimes de ofensas à integridade física e homicídio, por negligência, fazendo uma sucinta abordagem dos elementos objectivos, seguida de uma análise um pouco mais exhaustiva do conceito de negligência no caso específico da actuação médica. Nesta abordagem, centramos especial enfoque nos conceitos de erro médico e violação do dever de cuidado.

Terminamos esta primeira parte com a problemática em torno do exercício da medicina em equipa, quando confrontados com a necessidade de se determinar a responsabilidade de cada membro dessa equipa, se da sua intervenção resultar uma ofensa à integridade física do paciente ou mesmo a sua morte.

À luz das aproximações teóricas entretanto feitas, procedemos ao estudo sintético das formas de tratamento prático e processual, com incidência na fase de inquérito. Assim, fazemos algumas referências às especificidades do inquérito, nomeadamente à notícia do crime, direcção do inquérito, planeamento da investigação – onde descrevemos as diligências de inquérito a realizar – e encerramento do inquérito.

Por fim, apresentamos um caso real, com a indicação das diligências de inquérito realizadas e teor do despacho final proferido.

1. Enquadramento Jurídico

1.1. A Actividade Médica e o Direito Penal

O Direito Penal só deve intervir quando a tutela conferida pelos outros ramos do ordenamento jurídico não for suficientemente eficaz para acautelar a manutenção dos bens considerados vitais ou fundamentais à existência do próprio Estado de Direito.

Deste modo, só podem ser objecto de protecção penal os direitos constitucionalmente protegidos, pois só eles podem justificar a restrição de direitos que a punição penal implica. Assim, tal como se estatui no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, só deve haver sanção penal quando tal se mostre necessário para salvaguardar bens constitucionalmente consagrados.

A actividade médica é uma das actividades que mais fortemente se encontra relacionada com os bens jurídicos fundamentais, como a vida e a integridade física.

Neste sentido, quando estes direitos fundamentais são violados existe uma forte necessidade de se fazer intervir o direito penal.

Para se poder responsabilizar criminalmente uma pessoa, necessário se torna que essa pessoa tenha praticado uma acção típica, ilícita e culposa.

Esta culpa não se revela, como é sabido, de uma forma unitária, podendo consubstanciar uma culpa dolosa ou uma culpa negligente.

A actuação médica pode dar lugar a responsabilidade criminal por diversas formas e contextos, que podem ir desde as actuações que incidem sobre a vida ou integridade física do paciente (que na grande maioria dos casos consubstanciam uma actuação negligente, sendo raros os casos em que os profissionais de saúde provocam o dano intencionalmente), até à violação do segredo profissional ou mesmo à emissão de atestado falso.

A prática da medicina comporta permanente risco e caracteriza-se por uma grande ambivalência: se por um lado a actuação do médico se exprime numa actuação salvadora, por outro pode resultar numa actuação lesiva da integridade física do paciente, podendo mesmo tirar-lhe a vida.

A lei penal portuguesa nem sempre regulou directamente a actividade médica, pelo que a responsabilidade penal dos médicos foi sendo, ao longos dos tempos, apurada nos termos gerais.

Até à entrada em vigor do Código Penal de 1982 (onde foi consagrado o regime vigente dos tratamentos médico-cirúrgicos), a doutrina e jurisprudência propendiam a qualificar as intervenções médicas como lesões corporais típicas, cuja ilicitude seria dirimida em nome de um “exercício de um direito”.

Na reforma penal de 1998, passou a criminalizar-se a actuação conduzida por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção terapêutica, mas com desrespeito pelas *leges artis*, que crie, desse modo, perigo para a vida ou grave ofensa para o corpo ou para a saúde (cfr. artigo 150.º, n.º 2, do C.P.)

Assim, actualmente, a actuação médica estrutura-se do seguinte modo:

- (i) Intervenção médico-cirúrgica, que for medicamente indicada, realizada por médico ou outra pessoa legalmente autorizada, com *animus curandi* e segundo as *leges artis*, não preenche os crimes de ofensas à integridade física ou homicídio, qualquer que seja o resultado da actuação (artigo 150.º, n.º 1, do C.P.);
- (ii) A intervenção médico-cirúrgica realizada pelas pessoas indicadas no ponto anterior, com as finalidades aí elencadas, mas com violação das *leges artis*, e que criar, desse modo, perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, é incriminada pelo crime previsto no artigo 150.º, n.º 2, do C.P.; e
- (iii) A intervenção médico-cirúrgica realizada pelas pessoas indicadas no ponto i, com as finalidades aí elencadas, mas sem o consentimento livre e esclarecido do paciente, é punida pelo crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (artigo 156.º do C.P.).

Por outro lado, sempre que a actuação médica não seja acompanhada de intuito terapêutico (*animus curandi*) ou quando não preencha algum dos demais requisitos enunciados no artigo 150.º, n.º 1, do C.P., a intervenção ou tratamento pode integrar o tipo do crime de ofensas à integridade física. Este crime, se praticado com dolo, pode ser simples (artigo 143.º C.P.), grave

(artigo 144.º do C.P.), qualificado (artigo 145.º do C.P.), privilegiado (artigo 146.º do C.P.) ou agravado pelo resultado (artigo 147.º do C.P.). Porém, a intervenção ou tratamento pode ser praticado com violação do dever de cuidado, preenchendo o crime de ofensas à integridade física por negligência, previsto e punido no artigo 148.º do C.P..

Para além disso, é importante realçar o disposto no artigo 149.º, n.º 1, do C.P. Dispõe este artigo que *“Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível”*. Porém, o consentimento só é admissível se respeitar a lesões conforme os bons costumes (artigo 38.º, n.º 1, do C.P.).

Para decidir se a ofensa ao corpo e à saúde contraria os bons costumes, o n.º 2 do artigo 149.º do C.P. manda ter em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.

A actuação médica, praticada com violação do dever de cuidado, pode, ainda, preencher o tipo de homicídio negligente (artigo 137.º C.P.), quando da mesma resulte a morte do paciente.

Existem outros crimes que podem ser praticados por médicos no âmbito do exercício da sua actuação, a saber:

- (i) Violação do segredo profissional (artigo 195.º do C.P.),
- (ii) Aproveitamento indevido do segredo (artigo 196.º do C.P.),
- (iii) Atestado falso (artigo 260., do C.P.),
- (iv) Alteração de receituário (artigo 283.º do C.P.),
- (v) Recusa de médico (artigo 284.º do C.P.),
- (vi) Aborto (artigo 140.º do C.P.) e
- (vii) Homicídio a pedido da vítima (artigo 134.º do C.P.).

Não se mostrando possível, neste guia, fazer a análise de todos estes tipos de crime, analisemos, então, com mais detalhe, os crimes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos com violação das *leges artis* e os crimes negligentes de ofensas à integridade física e homicídio.

1.2. Intervenções e tratamentos médico cirúrgicos

Antes de procedermos à análise dos referidos tipos incriminadores, é importante começar por considerar a atipicidade jurídico-penal das intervenções médico-cirúrgicas, na perspectiva das ofensas à integridade física.

Assim, o artigo 150., do C.P., no seu n.º 1 (que constitui uma cláusula de exclusão de tipicidade ou um contra-tipo), exclui do âmbito da tutela penal da integridade física as intervenções médico-cirúrgicas, tanto nos casos em que tais intervenções têm sucesso, como nos casos em que não têm e, apesar das mesmas, o paciente piora ou morre, pois como muito bem nota

Costa Andrade⁴, na senda do entendido por Engisch, “*a valoração da intervenção médica terá que fazer-se ex ante, não podendo ficar dependente da álea dos resultados*”.

Por outro lado, esta atipicidade aplica-se quer para a invasão da integridade física que é materializada pelo acto médico (um corte, p ex.), mas também para as consequências lesivas desencadeadas por aquela intervenção.

Portanto, quaisquer intervenções médico-cirúrgicas, desde que verificados os requisitos enunciados no n.º 1 do referido artigo 150.º – que, de seguida, iremos analisar – não são consideradas crime contra a integridade física do paciente, já que representa, por parte do médico, o cumprimento da sua função, actuando, obviamente, ao abrigo de um risco permitido ou tolerado.

Esta cláusula de exclusão de tipicidade comporta dois elementos objectivos e dois elementos subjectivos, de verificação cumulativa.

Assim, do lado subjectivo exige-se, para além da qualificação do agente (“por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada”), que este actue com “*intenção terapêutica*”. Do lado objectivo, exige-se a “*indicação médica*” e a realização de acordo com as *leges artis*.

A fronteira que separa estes elementos é, porém, muito ténue: a indicação médica condiciona a decisão sobre a escolha do tratamento e a conformidade com as *leges artis* condiciona o modo da sua concretização.

Concentremo-nos, ainda que de uma forma breve, em cada um deles.

1.2.1. A qualificação do agente

Em Portugal, o exercício da medicina é restrito àqueles que estejam inscritos na Ordem dos Médicos (artigo 98.º, n.º 1, do E.O.M.⁵). Por sua vez, só podem inscrever-se na Ordem dos Médicos os que se encontrem habilitados por licenciatura ou mestrado em medicina, oficialmente reconhecidos como tal, nos termos do n.º 2 do artigo 98.º do E.O.M.

Porém, a norma é mais abrangente e aplica-se não apenas aos médicos, mas também a “*outra pessoa legalmente autorizada*”, considerando-se como tal “*o pessoal de enfermagem e outros técnicos de saúde com competência para ministrar substâncias medicamentosas e intervir no organismo humano, mediante exercício autorizado por entidade pública com poderes de tutela*”.⁶

⁴ Andrade, Manuel da Costa, “Comentário Conimbricense do Código Penal”, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Maio 2012, pág. 461.

⁵ Abreviatura E.O.M., que utilizaremos para nos referirmos ao Estatuto da Ordem dos Médicos, com a redacção dada pela Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto.

⁶ Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes, “O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal. Uma jóia preciosa do direito penal médico”, Revista Julgar, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, pág. 12.

Neste sentido, uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico levado a cabo por um leigo, ainda que com intuito curativo, integra um crime de ofensas à integridade física, sem prejuízo da eventual verificação de causas de exclusão de ilicitude, como o consentimento esclarecido do ofendido.

Contudo, se a actuação do leigo não tiver conduzido a uma lesão do corpo ou ao agravamento do estado de saúde do paciente, poderá ter que se concluir pela atipicidade da intervenção, sem prescindir (se verificados os elementos constitutivos), de podermos estar perante um crime de usurpação de funções.

Sendo certo que, como ensina Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues⁷, *“mesmo nos casos de inexistência de agravamento da saúde, antes tendo resultado a sua melhoria, poderá ter ocorrido lesão corporal, um ferimento, uma cauterização, por exemplo, sem olvidar que o conceito das ofensas à integridade física é um conceito normativo (Normativerbegriff), não dependendo da aparência ou da extensão da lesão, pelo que uma injeção ou uma punção traduzem-se numa ofensa, se não ocorrer qualquer causa de exclusão de tipicidade ou da ilicitude”*.

Portanto, urge concluir, na senda do entendido pelo referido Autor, que o alcance do fim pretendido (o tratamento), só por si, não se afigura suficiente para excluir a tipicidade do crime de ofensas à integridade física.

Eventualmente, tratando-se de uma intervenção corriqueira, que pode ser integrada na chamada “medicina caseira”, em que, por exemplo, alguém administra um analgésico a um familiar, para lhe aliviar a dor, sem recorrer a um profissional de saúde, pode considerar-se que se trata de uma situação atípica, com base na adequação social. Porém, tal actuação tem que ter por base o consentimento relevante do assistido.

Para além disso, podem ocorrer também situações onde se verifica a inexistência do desvalor da acção.

Porém, é importante realçar que tudo depende da avaliação do caso concreto.

1.2.2. A Intenção terapêutica

Compreender o conceito de “intenção terapêutica” irá permitir-nos estabelecer a fronteira entre as intervenções médicas que se subsumem ao tipo legal e as que se afastam do mesmo.

Este conceito encontra-se definido na lei e integra a *“intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”*.

⁷ Obra citada, pág. 25.

Tratando-se de um conceito amplo que abrange as mais diversas situações, fundamental é que a intenção curativa seja prevalecente e preponderante, embora possa não ser única.⁸

Fundamental é, ainda, para excluirmos as intervenções médicas da tipicidade penal, que o paciente sobre o qual é feita a intervenção ou tratamento seja o seu beneficiário directo. Daí a experimentação pura se encontrar excluída das intervenções médico-cirúrgicas⁹.

Por outro lado, também se encontram excluídas as intervenções puramente cosméticas, que integram uma ofensa típica à integridade física, cuja ilicitude pode ser excluída pelo consentimento do ofendido.

Apenas as intervenções cosméticas que se destinam a remover uma patologia existente, quer seja física ou psíquica, se encontram ao abrigo do artigo 150.º, n.º 1, do C.P..

A esterilização e a castração integram o conceito de intervenção e tratamento médico-cirúrgico quando realizadas por indicação médica ou médico-social. Porém, a castração destinada a remover o perigo de comissão de crimes de natureza sexual (castração criminológica), bem como a esterilização para evitar a gravidez, constituem lesões típicas da integridade física, justificadas por consentimento do ofendido.

Do mesmo modo, a intervenção cirúrgica e o tratamento hormonal realizado no transexualismo não seguem o regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.

1.2.3. A Indicação médica

Segundo Engisch¹⁰, tratamento medicamente indicado é o *“tratamento médico, reclamado por uma doença, ex ante considerado como idóneo, que não pode evitar-se recorrendo a método mais benigno e de idoneidade relativamente equivalente, e proporcionado à gravidade da doença”*.

Trata-se, portanto, da intervenção ou tratamento que, segundo os conhecimentos da medicina académica ou institucional, se mostram adequados ao caso concreto, excluindo-se, por isso, os métodos não cientificamente convalidados, os métodos de terapia alternativos (métodos naturalistas, homeopáticos, etc.) e as situações de experimentação pura.

Neste sentido, compete ao médico ponderar os riscos e as vantagens de determinada intervenção ou tratamento, face àquele paciente em concreto.

⁸ Neste sentido, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, obra citada, pág. 22, que esclarece que *“pode concorrer com a finalidade terapêutica também uma finalidade experimental e científica (investigação curativa). Ponto é que a finalidade curativa seja prevalecente (...)”* e, também, Costa Andrade, obra citada, pág. 309, que refere que *“A concorrência de uma finalidade científica não prejudica a qualificação de uma intervenção como médico-cirúrgica desde que: por um lado, se trate de tratamento objectivamente indicado; e por outro lado, se assegure o primado da finalidade terapêutica. Para além disso, é igualmente consensual a recondução às intervenções médico-cirúrgicas da chamada experimentação terapêutica”*.

⁹ Neste sentido, Costa Andrade, obra citada, pág. 465.

¹⁰ *Apud* Costa Andrade, obra citada, págs. 469-470.

Porém, se o médico optar por experimentar num paciente um método terapêutico que não integre os protocolos de tratamento médico e, portanto, ainda não convalidado, pode vir a ser acusado e condenado por ofensas à integridade física, se não se verificaram causas de exclusão da ilicitude ou da culpa, mormente o consentimento expresso ou presumido, o direito de necessidade ou o estado de necessidade desculpante.

Conforme refere Paula Ribeiro de Faria¹¹ *“Na medida em que um determinado tratamento não constitua um procedimento medicamente consolidado, isto é, enquanto não se integre no quadro dos conhecimentos da medicina tradicional, esse tratamento não pode ser objectivamente indicado, não podendo por conseguinte constituir tratamento médico curativo à face da nossa lei. E por mais louvável que seja a intenção curativa, por maior que seja a preocupação com o benefício individual do paciente para quem a intervenção constitui a última esperança”*.

Mas será em qualquer situação ou circunstância? Será razoável acusar e condenar um médico que numa situação de perigo iminente para a vida resolve tentar uma terapêutica não suficientemente comprovada, numa derradeira tentativa para salvar uma vida?

Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues entende que não.

Para este autor¹² *“a imposição de um grau demasiado elevado de consolidação, devidamente comprovado, do meio terapêutico, traduz-se numa insuportável exigência da Ordem Jurídica à vida, em nome da certeza”*, considerando, por isso, que *“as exigências de interpretação não devem ser levadas a ponto de se considerar como crime de ofensa à integridade física aquele método terapêutico num doente sem esperança, embora ainda não “suficientemente” comprovado”*¹³.

Também Costa Andrade¹⁴ refere que *“Nem sempre a remissão para os conhecimentos e a experiência da medicina permitirá referenciar um sistema estabilizado de processos e métodos de tratamento e claramente demarcado face aos sistemas-ambiente. Tal só valerá, com efeito, para os casos extremados que se situam para além da “fronteira da superstição crassa” (Jung, ZStW 1985 50) ou para os chamados métodos naturalistas”*.

1.2.4. As *leges artis*

Dispõe o artigo 4.º, n.º 1, do Código Deontológico dos Médicos¹⁵ que *“O médico deve exercer a sua profissão de acordo com as *leges artis* com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade”*.

Por sua vez, no artigo 8.º refere-se que *“O médico deve exercer a sua profissão em condições que não prejudiquem a qualidade dos seus serviços e a especificidade da sua acção, não*

¹¹ Apud Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, obra citada, pág. 15.

¹² Obra citada, pág. 15.

¹³ Obra citada, pág. 15.

¹⁴ Obra citada, pág. 470.

¹⁵ Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho.

*aceitando situações de interferência externa que lhe cerceiem a liberdade de fazer juízos clínicos e éticos e de actuar em conformidade com as *leges artis**".

Como escreve Paulo Pinto de Albuquerque¹⁶, *"...a concordância com as *leges artis* consiste na observância das regras teóricas e práticas de profilaxia, diagnóstico e tratamento aplicáveis no caso concreto, em função das características do doente e dos recursos disponíveis pelo médico..."*. Assim, como ensina Costa Andrade¹⁷, as *leges artis* abrangem por um lado as *"regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica"* e, por outro, os *"demais e gerais deveres de cuidado do tráfego médico"*.

Não obstante a contraposição conceitual entre *"indicação médica"* e *"leges artis"*, que parece significar que o legislador terá *"querido associar estas últimas prevalentemente à fase de execução do tratamento"*¹⁸, o certo é que tanto os erros cometidos ao nível do diagnóstico e da escolha do tratamento, como os cometidos na sua execução, excluem a actuação médica do regime do artigo 150.º, n.º 1, do C.P..

A concretização do que são as *leges artis* depende, obviamente, do caso concreto.

É importante, no entanto, realçar que a observância das *leges artis* não tem que coincidir com a doutrina de determinada escola médica, sob pena, por um lado, de se contrariar o princípio da liberdade de escolha do método terapêutico consagrado no artigo 7.º, n.º 2, do Código Deontológico dos Médicos e, por outro, de se bloquear toda e qualquer evolução, ficando preso a um *standard* de conhecimentos já adquiridos.

1.3. Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos com violação das *leges artis* (artigo 150.º, n.º 2, do Código Penal)

Este ilícito penal foi introduzido com a Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro e veio criminalizar a criação de um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, como consequência da violação das *leges artis*, alargando os meios punitivos de ilícitos imputáveis aos médicos.

Porém, como afirma Costa Andrade¹⁹ *"não é fácil interpretar e demarcar o âmbito de aplicação do preceito"*.

Assim, dispõe o n.º 2 do artigo 150.º do C.P. que *"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"*.

¹⁶ in "Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem", 3.ª edição, Universidade Católica Editora, 2015, pág. 581.

¹⁷ Obra citada, pág. 470.

¹⁸ Andrade, Manuel da Costa, obra citada, pág. 470.

¹⁹ Obra citada, pág. 471.

Os bens jurídicos protegidos pela incriminação são a vida e a integridade física.

Trata-se de um crime de perigo concreto para a vida ou de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, correspondendo, por isso, a um crime contra a integridade física (inserido no C.P. no capítulo dos crimes contra a integridade física), distinguindo-se dos demais pela sua natureza de puro crime de perigo.

Trata-se, também, de um crime específico próprio, porquanto a qualidade de médico (ou da “outra pessoa legalmente autorizada”) é que fundamenta a ilicitude.

Este preceito tem carácter subsidiário, expresso na parte que refere “*se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal*”.

Neste sentido, como ensina Teresa Quintela de Brito²⁰, este preceito “*não veio introduzir qualquer desvio ao regime geral dos crimes contra a integridade física. Pelo contrário, quis deixá-lo intacto. Limitou-se a incriminar situações não abrangidas pelos demais crimes contra a integridade física*”.

Assim, procedendo à análise do tipo legal, importa referir, antes de mais, que este n.º 2 do artigo 150.º deve ser interpretado a partir dos conceitos previstos no n.º 1 do mesmo artigo.

Destarte, o tipo objectivo consiste na intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, realizado por médico ou outra pessoa legalmente autorizada, com indicação médica, finalidade terapêutica, mas em violação das *leges artis* – todos conceitos já esmiuçados quando analisamos o n.º 1 do artigo 150.º –, pondo em perigo a vida ou criando um perigo de ofensa à integridade física grave do paciente.

Portanto, o preceito em análise reporta-se a uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico (intervenção empreendida por um médico, com *animus curandi*, projectada e realizada de forma medicamente indicada), divergindo apenas na circunstância de na sua execução ter ocorrido uma violação das *leges artis*, criando, desse modo, perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou saúde do paciente. O crime consuma-se, por isso, com a criação de um desses perigos.

Não cabe, por isso, no preceito as violações das *leges artis* extrínsecas ou exógenas ao processo terapêutico projectado e querido pelo médico, como por exemplo o esquecimento de uma coisa estranha dentro do corpo suturado do paciente.²¹ Neste caso, estamos perante condutas negligentes a tratar nos termos gerais que, de seguida, iremos analisar.

Mas sendo assim, terá querido o legislador submeter a violação das *leges artis* a um regime menos gravoso do que o da violação dos demais requisitos constantes do n.º 1 do artigo 150.º? Parece-nos que não. Vejamos.

²⁰ In “Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 3, Coimbra Editora, Julho-Setembro de 2012, pág. 377.

²¹ Neste sentido, Costa Andrade, obra citada, pág. 473.

Conforme já referimos, a actuação médica, quando não preenche algum dos requisitos constantes no n.º 1 do artigo 150.º, poderá preencher algum dos tipos de ofensas à integridade física. Porém, o desvio das *leges artis* consagrado neste tipo legal não determina, em princípio, a reposição da tipicidade do acto como ofensas corporais. E diz-se em princípio porque, só não será assim quando a violação das *leges artis* é de tal forma grave que exclui a própria finalidade terapêutica, impossibilitando, desse modo, a recondução da conduta a uma intervenção médico-cirúrgica, nos termos em que é consagrado no n.º 1 do artigo 150.º.

Conforme ensina Teresa Quintela de Brito²² *“a gravidade e inobservância das regras da medicina pode inviabilizar qualquer identificação – ainda que parcial – da actuação do agente como uma intervenção médico-cirúrgica, impondo antes a sua qualificação em bloco como uma lesão típica da integridade física do agente”*.

Por outro lado, parece que o nosso legislador quis que a intervenção ou tratamento médico, com violação das *leges artis*, integre um crime de ofensa à integridade física, desde que daí resulte uma ofensa no corpo ou na saúde do paciente, ou um crime de homicídio, desde que daí resulte a sua morte.

Assim sendo, existem casos de actuações médicas violadoras das *leges artis* que se subsumem a crime de ofensas corporais ou homicídio, desde que verificados os elementos constitutivos dos ilícitos – havendo que distinguir se cometido com dolo ou negligência – e a efectiva ocorrência desse dano.

Portanto, como resume Costa Andrade²³, *“Na medida em que se projectam em lesões da integridade física ou da vida, determinam a responsabilização por ofensas corporais ou homicídio; mas, em princípio não arrastam a qualificação da invasão (originária) como ofensa corporal típica. Na medida em que se projectam em “perigo para a vida” ou “perigo de grave ofensa para o corpo” integram o crime previsto no n.º 2 do artigo 150.º do C.P.”*.

Diga-se, porém, que qualquer alteração anatómica-morfológica pode ser considerada lesão se afectar, de algum modo, o bem jurídico saúde ou se afectar, mesmo que seja de modo reversível, o organismo.

É com base neste entendimento que se distingue o ilícito penal previsto no n.º 2 do artigo 150.º C.P. do previsto no artigo 144.º, al. d), do C.P. (onde se pune a ofensa à integridade física que provoque perigo para a vida).

Por norma, e na senda do entendido por Teresa Quintela de Brito, à intervenção médico-cirúrgica violadora das *leges artis* falta o dolo de ofender o corpo ou a saúde do paciente – uma vez que este artigo exige que o agente forme a sua vontade (de violar as *leges artis*) a partir de um móbil terapêutico –, ao contrário do que se verifica na alínea c) do artigo 144.º, em que esse dolo tem que existir e estar presente na conduta do agente.

E falta também a provocação efectiva de uma lesão simples da integridade física daquele, na base da criação dolosa de um perigo para a vida do paciente, uma vez que, na parte que

²² Obra citada, pág. 379.

²³ Obra citada, pág. 473.

respeita as regras da medicina, a intervenção não integra uma ofensa à integridade física (artigo 150.º, n.º 1, C.P.).

Contudo, por norma, não é fácil distinguir a parcela da intervenção médica que respeitou as *leges artis* daquela que as desrespeitou.

Não obstante a verificação dos elementos constitutivos do tipo legal de ofensas à integridade física ou homicídio, pode sempre verificar-se, como é consabido, uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa.

No tipo subjectivo apenas é punível o dolo, em qualquer uma das modalidades (directo, necessário ou eventual), dolo este que tem que abarcar, para além da intervenção com violação da *leges artis*, o perigo (perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde), em consequência dessa violação.

Interessa, ainda, referir que o n.º 1 do artigo 150.º não inclui o consentimento do paciente como elemento de exclusão das intervenções médico-cirúrgicas do âmbito da tutela penal da integridade física.

Por esse motivo, a realização de uma intervenção médico-cirúrgica sem o consentimento do paciente não constitui um crime contra a integridade física, mas sim um crime contra a liberdade e autodeterminação, mais concretamente, o crime de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário, previsto no artigo 156.º do C.P.

Contudo, apesar do elevado interesse deste tipo legal, não iremos, neste estudo, debruçar-nos sobre essa temática.

1.4. A negligência médica

Como já referimos, a actuação médica que incida sobre a integridade física ou mesmo sobre a vida do paciente poderá preencher os tipos legais de ofensa à integridade física ou de homicídio, sendo que, na grande maioria dos casos, preenche um tipo de crime negligente.

Não nos queremos alargar muito sobre os elementos objectivos deste tipo de crimes, uma vez que são tipos sobejamente estudados, pelo que iremos fazer apenas uma breve referência.

Assim, e muito sucintamente, o crime de homicídio por negligência está previsto no artigo 137.º, do C.P., enquanto que o crime de ofensas à integridade física por negligência está previsto no artigo 148.º do C.P.. Ambos são crimes de dano e de resultado.

O bem jurídico protegido pelo crime de homicídio é, obviamente, a vida humana, consumando-se este crime com a morte da vítima.

Por sua vez, o bem jurídico protegido pela incriminação prevista no artigo 148.º do C.P. é a integridade física e psíquica.

O elemento objectivo deste crime consiste no ataque ao corpo ou à saúde de uma pessoa viva.

Não sendo condição da relevância típica a provocação de dor ou mal-estar corporal, incapacidade da vítima para o trabalho ou marca física, é condição para essa relevância que o ataque assuma um grau mínimo de gravidade, segundo um critério de adequação social.

Trata-se, em ambos os casos, de tipos de ilícito negligente.

É no conceito de negligência, em geral, e no conceito de negligência médica, em particular, que nos vamos alongar um pouco mais.

Assim, dispõe o artigo 15.º do Código Penal que 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 actuar sem se conformar com essa realização (negligência consciente) ou não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto (negligência inconsciente).

A par da distinção entre negligência consciente e inconsciente temos a negligência grosseira que constitui um *“grau essencialmente aumentado ou expandido de negligência”*, *“não só ao nível da culpa, mas também ao nível do tipo de ilícito. A este último nível, torna-se indispensável que se esteja perante uma acção particularmente perigosa e de um resultado de verificação altamente provável à luz da conduta adoptada (...). Mas daqui não pode deduzir-se sem mais que também o tipo de culpa resulta logo dali inevitavelmente aumentado, antes se tem de alcançar a prova autónoma de que o agente (...) revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade ou descuido (...).”*²⁴

No caso de crimes negligentes, a imputação objectiva da conduta ao agente supõe a violação de um dever objectivo de cuidado. Para além disso, para se proceder a essa imputação é necessário recorrer a um princípio de adequação, como seja o da *“previsibilidade objectiva”*, sendo, assim, de *“imputar ao agente a lesão do bem jurídico sempre que esta surgir como uma consequência previsível e normal da violação do dever de cuidado”*.²⁵

O tipo de culpa negligente consiste na atitude de descuido ou leviandade consubstanciada na violação do dever de cuidado a que, segundo os seus conhecimentos e capacidades, o agente está obrigado.

São, assim, quatro os elementos essencialmente constitutivos de um tipo de ilícito negligente:

- (i) A actuação que não observa o cuidado objectivamente requerido, geral ou especialmente imposto por lei,
- (ii) A produção do resultado típico,
- (iii) A imputação objectiva do resultado à acção, isto é, a existência de um nexo de causalidade entre aquela acção (ou omissão) e o resultado e, por último,
- (iv) A imputação subjectiva ou previsibilidade e evitabilidade do resultado.

²⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, *“Comentário Conimbricense do Código Penal”*, Tomo I, Coimbra Editora, 2009, pág. 113.

²⁵ Faria, Paula Ribeiro de, *“Comentário Conimbricense do Código Penal”*, Tomo I, Coimbra Editora, 2009, pág. 263.

O artigo 13.º do C.P. dispõe que os factos praticados com negligência só são puníveis nos casos especialmente previstos na lei (como acontece nos crimes de ofensas à integridade física por negligência e de homicídio por negligência).

Importa termos uma especial atenção na análise do conceito de violação do dever objectivo de cuidado, no âmbito da actuação médica.

Assim, existirá uma violação objectiva do dever de cuidado quando o agente não actua de acordo com o cuidado esperado do profissional médio da especialidade, colocado perante as circunstâncias do caso concreto.

Não obstante a lei não definir a medida do cuidado exigível ao agente, seguro é afirmar-se que esta coincide com o necessário para evitar a ocorrência do resultado típico.

Este dever de cuidado deverá aferir-se casuisticamente, conjugando-se nessa determinação as normas jurídicas que impõem aos seus destinatários específicos deveres e regras de conduta no âmbito da actividade que se encontram a desenvolver.

Porém, a violação destas normas mais não é do que um indício da efectiva lesão desse dever jurídico de cuidado, mas não pode só por si fundamentá-lo, assumindo um papel fundamental a análise do caso concreto.²⁶

O que significa que o preenchimento do tipo de ilícito não dispensa a concreta verificação de umnexo causal entre a conduta, infractora do dever de cuidado, e o resultado danoso.

No caso específico da actuação médica, essencial para se aferir do dever objectivo de cuidado são as *leges artis*, por se tratarem de normas corporativas concretas, que contêm métodos e procedimentos já suficientemente comprovados pela ciência e que devem ser seguidas pelos médicos na execução da sua actividade.

Note-se, no entanto, que o tribunal não está obviamente dispensado de comprovar a adequação das *leges artis* ao caso concreto, face ao estado da medicina naquele momento.

Portanto, apenas podemos considerar verificado o preenchimento do tipo objectivo do crime de ofensas à integridade física ou homicídio por negligência se estiver suficientemente indiciada a violação de um dever objectivo de cuidado – decorrente da violação das *leges artis* a cuja observância os agentes, na sua qualidade de médicos, estavam adstritos –, causalmente conexionado com a produção do resultado típico.²⁷

Mas será que todo o erro médico integra o conceito de negligência?

²⁶ Como ensina Figueiredo Dias, *apud* Paula Ribeiro de Faria, (“O erro em medicina (...)”, pág. 22), “a violação das normas de cuidado constituirá indício por excelência de uma contrariedade ao dever de cuidado tipicamente relevante, mas não pode em caso algum fundamentá-la definitivamente, provenha ele de uma norma jurídica, de uma norma escrita não jurídica ou da aplicação do critério da aplicação da figura padrão”.

²⁷ A este propósito, temos, entre outros, o [Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22/1/2020, Processo n.º 9416/13.1TDPRT.P1](#). Também com interesse, temos o [Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26/3/2014, Processo n.º 201/08.3TASJM.P1](#)

1.4.1. Erro médico e negligência: conceitos coincidentes?

A evolução da medicina tem permitido curar um elevado número de pessoas. No entanto, muitas são as que perdem a vida ou vêem a sua integridade física afectada, devido a complicações decorrentes da actuação médica.

Não se exige ao médico que seja infalível, mas exige-se que actue com o cuidado, perícia e padrões de conhecimento compatíveis com um qualquer médico sensato, razoável e competente. Não se exige do médico a cura, mas exige-se que se mantenha razoavelmente actualizado, não podendo manter métodos obsoletos, se a evolução da medicina tiver demonstrado que os mesmos não são já os adequados.

Como já referimos, nem todo o erro é penalmente relevante. Apenas o é aquele que comporta em si uma violação censurável do dever de cuidado²⁸. Assim, como nos ensina Paula Ribeiro de Faria²⁹, há que saber distinguir entre o acidente ou o azar normal da vida, a concretização do risco próprio da actividade (risco permitido ou tolerado), o erro médico que pode equiparar-se a um risco próprio da actividade (mas que não tem associado qualquer violação do dever de cuidado) e o erro médico associado à violação do dever de cuidado (negligência).

Os azares são ocorrências de verificação imprevisível, sem qualquer intervenção humana, que podem, obviamente, acontecer na actividade médica, mas que são irrelevantes do ponto de vista do direito.

O risco, por sua vez, assenta num jogo de probabilidades, que supõe a ponderação entre as vantagens e as desvantagens que se espera retirar do acto. Este risco, porém, apesar de estar presente em qualquer intervenção médica, só pode responsabilizar o médico se, para além do erro, integrar uma violação do dever de cuidado.

Portanto, podemos ter um erro-risco tolerado, inerente à própria actividade, e um erro associado a uma violação de cuidado (negligência) por parte do profissional.

Não raras vezes verificamos que os conceitos de erro médico e negligência médica se confundem. Porém, eles não são totalmente coincidentes. Senão vejamos.

O erro verifica-se quando o profissional se afasta de um padrão médio de comportamento, normalmente estipulado pelas regras de arte médica ou *leges artis*³⁰.

²⁸ Neste sentido, ver [Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4/3/2015, Processo n.º 44/14.STOPRT.P1](#)

²⁹ “O erro em medicina (...)”, pág. 5.

³⁰ Paula Ribeiro de Faria (“O erro em medicina (...)”, pág. 18), equaciona, porém, a hipótese de erro e violação das *leges artis* não serem, também, conceitos totalmente coincidentes, tendo este último um alcance mais amplo do que o primeiro, por incluir a valoração das circunstâncias da conduta do médico, não chegando, porém, a ser tão complexo e, portanto, também não totalmente coincidente, com o conceito de violação do dever de cuidado. No mesmo sentido, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, “Responsabilidade Médica em Direito Penal”, Almedina, Março de 2007, pág. 245, onde ensina que “Somos levados a concluir que a área da violação das *leges artis* não é inteiramente coincidente com a do erro médico, pois pode haver violação das *leges artis* sem que, necessariamente, ocorra um *Kunstfleher* (erro médico) e nem todo o erro médico há-de ser consequência necessária de uma violação

O erro corresponde, portanto, a uma falha humana e pode ocorrer em qualquer fase da actividade do médico (desde o planeamento à execução). Pode consistir num lapso ou falha (distracção momentânea ou concentração excessiva) ou num engano (erros que supõem uma falha de decisão, que pode decorrer da má aplicação de regras, da má utilização de conhecimentos ou de má deliberação).

Quando falamos em responsabilidade negligente do médico, a primeira coisa a aferir é, sem dúvida, a existência de erro.

Como já referimos supra, o dever de cuidado corresponde à actuação que teria adoptado o bom profissional médico da especialidade face ao caso concreto. Portanto, a violação desse dever corresponde a um critério de razoabilidade objectiva, tendo em conta o caso concreto, fazendo-se a apreciação do que se espera de uma pessoa medianamente razoável face a uma situação em que é objectivamente previsível que determinados acontecimentos conduzam a determinado resultado.

Tal implica a necessidade do chamamento, em todos os processos, de peritos a atestar a violação das *leges artis*, uma vez que estão em causa concretos conhecimentos técnico-científicos, normalmente desconhecidos e alheios ao Magistrado, pelo que o seu preenchimento sempre terá de ser feito com um recurso a uma opinião técnica e especializada (sobre isto, falaremos mais adiante, quando estudarmos a prova neste tipo de processos).

Porém, uma coisa é o juízo científico sobre a conformidade ou não do diagnóstico ou da intervenção, outra, distinta, é a obrigação, que o Magistrado tem, de analisar outros factores que possam ter interferido no caso concreto.³¹

Portanto, tal como ensina Paula Ribeiro de Faria³², *“intercede entre o erro e a violação das leges artis, enquanto desarticulação a um parâmetro técnico e científico, e a violação do dever de cuidado, enquanto expressão de um critério jurídico, uma diferença de natureza que faz toda a importância, e que permitirá que, sem desrespeito ou imprecisão, se possam apartar ou contrapor”*.

A análise das circunstâncias concretas do caso tem, como já se viu, um papel preponderante na análise da violação do dever de cuidado, enquanto requisito da conduta negligente.

O dever de cuidado varia consoante as condições físicas, psíquicas, sociais e culturais do paciente, mas também em função das qualificações e preparação técnica do médico e das condições que o mesmo tem ao seu dispor.

Assim, por exemplo, deve considerar-se que a falta de meios e de recursos disponíveis pode impedir a afirmação da violação de cuidado, sempre que o médico tenha actuado de acordo

das leges artis. Por outras palavras, a violação das leges artis é um conceito mais amplo e, portanto, não inteiramente sobreponível ao do erro médico”.

³¹ A este propósito, ver [Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30/1/2019, Proc. n.º 15849/13.6TDPRT.P1](#)

³² “O erro em medicina (...)”, pág. 22.

com as condições que estavam disponíveis naquela unidade hospitalar. Outro exemplo, prende-se com as capacidades superiores de um determinado médico que, ao não as usar, quando exigível, pode significar o não uso do cuidado adequado.

Por fim, quando estamos perante um caso em que a actuação humana (erro) é apenas um factor, a crescer a outros, causador do mesmo resultado, a solução pode não passar pela responsabilização penal do médico, mas pela adopção de mecanismos de gestão do risco adequados.

1.4.2. Exercício da medicina em equipa: co-autoria ou autoria paralela?

O exercício da medicina nem sempre foi levado a cabo nos termos que o conhecemos actualmente. Não é preciso recuar muito no tempo para nos depararmos com uma realidade em que as pessoas procuravam um só médico para curar as suas enfermidades.

Mas ao longo do tempo a Medicina sofreu grandes alterações e avanços técnicos e científicos que conduziram a mais e melhores conhecimentos médicos, transformando-se em algo mais complexo, que se ramifica em inúmeras especialidades, onde cada “médico especialista” detém conhecimentos mais precisos sobre determinada área de actuação médica. A tendência é, portanto, no sentido de uma divisão de competências, tendência que também se alargou à própria enfermagem, que se fragmentou e passou a ter áreas de cuidados especializados.

Por este motivo, coloca-se a questão de saber de que modo devemos determinar a responsabilidade de cada membro da equipa médica, se da sua intervenção resultar uma ofensa à integridade física do paciente ou mesmo a sua morte. Esta determinação deve ser feita a partir da delimitação dos deveres de cuidado de cada um e esta delimitação tem por base os princípios da divisão de trabalho e da confiança. Vejamos o que significam estes princípios.

Como escreve Sónia Fidalgo³³, citando Figueiredo Dias “o princípio da confiança é visto hoje como um princípio de delimitação do tipo de ilícito negligente”. Segundo este princípio, na “interacção com os outros, cada sujeito deve poder confiar que os demais se comportam de acordo com a norma de cuidado, salvo se tiver razão concretamente fundada para pensar ou dever pensar de outro modo”. Este princípio tem por base o princípio da auto-responsabilidade, ou seja, o direito autoriza que se confie que os outros cumprirão os deveres de cuidado a que estão obrigados.

Contudo, há situações em que a confiança não pode ser invocada (são as designadas razões “concretamente fundadas”): quando o agente se aperceber, ou pelo menos, quando se devia aperceber, que o outro não está a cumprir, ou não vai cumprir, o dever de cuidado a que está obrigado.

³³ In “Responsabilidade Penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho”, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume II, Coimbra Editora, 2009, pág. 420.

No princípio da divisão de trabalho, é importante distinguir-se dois tipos de relações entre prestadores de cuidados de saúde:

- (i) A relação horizontal, que se verifica entre profissionais que, atendendo à sua formação e competência, se encontram em situação de igualdade, e
- (ii) A relação vertical, que se verifica quando há uma relação de hierarquia, em que uma pessoa recebe instruções de outra que se encontra num nível superior.

No primeiro grupo, podemos ter médicos da mesma ou de diferentes especialidades, desde que nenhum assuma posição de chefia, e pode verificar-se quer no caso de uma actuação simultânea, quer no caso de uma actuação sucessiva (p. ex: relação cirurgião/anestesiologista).

Neste caso, em que não existe qualquer hierarquia na relação, o princípio da confiança actua na sua plenitude. Quer isto dizer que cada especialista pode e deve confiar na correcta execução das funções por parte do seu colega, não sendo qualquer um deles responsável pela actuação do outro. Por isso, nenhum deles controla a actividade do outro especialista e cada um deles é apenas responsável por controlar os perigos que a sua própria actuação pode ter para o paciente. Obviamente e tal como já foi referido, dentro dos limites que o próprio princípio da confiança comporta³⁴.

No segundo grupo, podemos ter também médicos da mesma especialidade, desde que exista entre eles uma relação hierárquica. Porém, o exemplo tradicionalmente indicado para estas situações é a relação entre cirurgião e enfermeiros.

Tradicionalmente, entendia-se que o chefe de equipa devia ser responsabilizado por qualquer erro que ocorresse na cirurgia que se encontrava a chefiar, independentemente do autor desse erro.

Contudo, esta posição foi, ao longo dos tempos, alvo de muitas críticas, tendo vindo a doutrina maioritária a entender que, também nas relações verticais tem aplicação o princípio da confiança, embora de modo mais limitado.

Assim, do mesmo modo, *“também no âmbito das relações verticais só terá sentido afirmar o princípio da divisão de trabalho se cada um dos participantes puder confiar numa actuação dos demais de acordo com as regras”*.³⁵

Porém, impende sobre o superior hierárquico o dever de organização e coordenação da equipa. Destarte, também aqui vigora o princípio da confiança: o chefe de equipa não viola o seu dever de cuidado se confiar na preparação e na capacidade dos seus colaboradores, não existindo qualquer razão para delas duvidar.

³⁴ Como escreveu Sónia Fidalgo, obra citada, págs. 425-426 *“Não podemos atender apenas à delimitação formal das competências – há que atender também à delimitação material (...). Pode acontecer que no caso concreto um dos colaboradores avoque uma competência alheia, assumindo fáctica e voluntariamente (...) funções que são próprias de um colega. Neste caso, (...) não poderá invocar os princípios da divisão de trabalho e da confiança para afastar a sua responsabilidade”*.

³⁵ Sónia Fidalgo, obra citada, pág. 428.

Por tudo isto, o chefe de equipa organiza as tarefas e dá ordens, competindo aos seus subordinados o dever de as cumprir, não obstante não poder ser uma confiança cega, pois se o subordinado considerar que do cumprimento de uma ordem superior pode advir uma lesão para o paciente, cessa a sua obrigação de a cumprir.

Aqui chegados, importa referir que o princípio da confiança conjugado com o princípio da divisão do trabalho mostra-se imprescindível para delimitar o dever objetivo de cuidado e, conseqüentemente, para definir o âmbito da responsabilidade na actuação médica realizada em equipa. Não obstante, a aplicação do princípio da confiança não é possível em todas as situações.

Veja-se o caso em que mais do que um membro da equipa médica actua violando, sucessiva ou simultaneamente, os deveres de cuidado a que estão obrigados, conduzindo à ocorrência do mesmo resultado prejudicial.

Para se averiguar quem é o responsável e em que termos torna-se crucial apurar-se como e de que modo foi violado o dever de cuidado em causa.

Surge, portanto, a dúvida: estamos perante uma situação de co-autoria negligente ou de autoria paralela?

Em relação aos crimes negligentes, como já referenciamos, podem intervir vários agentes, sendo por isso possível falar-se em comparticipação.

Não se pretendendo fazer uma explanação teórica sobre os conceitos de autoria e cumplicidade, diga-se que o artigo 27.º do C. P. exclui a cumplicidade dos crimes negligentes.

Portanto, no âmbito do exercício da medicina em equipa, existindo violação do dever de cuidado por mais que um sujeito, é imperativo saber qual deles deve ser responsabilizado.

O princípio da auto-responsabilidade não nos ajuda a responder a essa questão, servindo apenas para delimitar o âmbito da responsabilidade de cada um.

Discute-se se a solução passa por uma responsabilização conjunta, considerando-se a hipótese de uma co-autoria nos crimes negligentes³⁶, ou por uma autoria paralela.

Figueiredo Dias defende que *“a figura do comportamento negligente conjunto permitiria punir pela actuação conjunta causadora do dano em todos os casos em que, não se tornando possível identificar com exactidão o autor do dano, foi a conjugação das várias violações de deveres de cuidado que elevou o risco de realização típica para além do permitido”*³⁷.

Porém, outros autores defendem que no caso de co-actuação por negligência apenas poderá falar-se apenas em autoria paralela. Neste sentido, Sónia Fidalgo³⁸ que defende esta posição,

³⁶ Os pressupostos de uma co-autoria negligente são ainda discutidos na doutrina. Defendendo essa possibilidade temos, a título de exemplo, Paulo Pinto de Albuquerque, obra citada, pág. 157.

³⁷ *Apud*, Maria Paula Leite Ribeiro de Faria, “O erro em medicina (...)”, pág. 12.

³⁸ *Apud*, Maria Paula Leite Ribeiro de Faria, “O erro em medicina (...)”, pág. 12.

dada a insegurança de que se reveste a definição dos pressupostos do comportamento negligente conjunto.

Nas situações de autoria paralela cada um dos intervenientes é responsável apenas pela sua própria contribuição para o facto. No âmbito das acções negligentes, cada um dos intervenientes será considerado autor (em autoria paralela), na medida em que possa considerar que, com a sua conduta, por violação do dever de cuidado, o agente criou ou aumentou um risco não permitido que se concretizou no resultado.

2. Prática e Gestão Processual

2.1. A notícia do crime, a abertura do inquérito e a sua direcção

Nos termos do disposto no artigo 241.º do C.P.P.³⁹, o Ministério Público adquire a notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia.

Relativamente aos crimes relacionados com a actividade médica, a notícia do crime adquire-se, por regra, pela denúncia apresentada pelo ofendido ou pelos seus familiares mais próximos, transmitida directamente ao Ministério Público ou através dos órgãos de polícia criminal.

Mas pode também advir da comunicação de terceiros, nomeadamente da própria instituição de saúde, de um lar de idosos, etc..

Alguns dos crimes relacionados com a actividade médica têm natureza pública – entre outros, o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos com violação das *leges artis* e o crime de homicídio por negligência –, pelo que o Ministério Público deve promover imediatamente o processo, assim que adquira a notícia do crime, independentemente de ter ou não queixa do ofendido.

Outros crimes existem, porém, que devido à sua natureza semi-pública, necessitam do impulso do ofendido para que o Ministério Público dê início ao inquérito.

Nos termos do disposto no artigo 262.º, n.º 1, do C.P.P., *“o inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”*.

O inquérito é constituído por diligências de investigação que devem ser dirigidas, como ensina Maia Costa⁴⁰, *“para a descoberta da verdade material, qualquer que ela seja, devendo assim ser orientada para a recolha de todas as provas pertinentes, quer à comprovação da notícia do crime e da responsabilidade do eventual denunciado, quer à demonstração da sua inocência”*.

³⁹ Abreviatura C.P.P., que utilizaremos para nos referirmos ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, com a redacção dada pela Lei n.º 102/2019, de 6 de Setembro.

⁴⁰ In *“Código de Processo Penal Comentado”*, 2.ª Edição Revista, Coimbra, Edições Almedina, Junho de 2016, pág. 906.

A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal (artigo 263.º, n.º 1, do C.P.P. e artigo 2.º, n.º 1, da Lei de Organização da Investigação Criminal). Esta atribuição investe o Ministério Público do poder/dever de definir a estratégia que considera mais adequada para a investigação referente à notícia do crime.

O Ministério Público deve, por isso, definir as diligências que considera adequadas ao caso, para além daquelas que são impostas por lei, devendo esgotar todos os meios de prova disponíveis para alcançar a verdade material, agindo sempre segundo “critérios de legalidade e objectividade” (artigo 3.º, n.º 2, do Estatuto do Ministério Público).

Os crimes atinentes à actuação médica não são crimes cuja investigação caiba na competência reservada da Polícia Judiciária (cfr. artigo 7.º, n.º 2, *a contrario*, da Lei de Organização da Investigação Criminal [L.O.I.C.], aprovada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto).

Assim sendo, a prática judiciária, neste tipo de criminalidade, vai no sentido de o inquérito ser realizado nos serviços do Ministério Público, sendo, no mais das vezes, as diligências presididas pela autoridade judiciária.

Por fim importa referir que nem a Lei – Quadro de Política Criminal (Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio) –, que define os objectivos, prioridades e orientações em matéria de prevenção da criminalidade, investigação criminal, acção penal e execução de penas e medidas de segurança –, nem a Lei de Política Criminal – Biénio de 2017-2019 (Lei n.º 96/2017, de 23 de Agosto), comportam qualquer referência em termos de prevenção ou investigação prioritária aos crimes aqui em estudo, pelo que não lhes é reconhecida prioridade na investigação e na tramitação/promoção processual.

2.2. O planeamento da investigação: a prova e a sua obtenção

Nos termos do disposto no artigo 125.º do C.P.P., “*São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*”. Como escreveu Santos Cabral⁴¹, este preceito “*(...) tem um duplo significado. (...) Se por um lado, se determina a utilização dos meios de prova que não sejam proibidos por lei, igualmente se admite a utilização de todos os outros que não sejam abrangidos pela restrição o que nos reconduz à aceitação de meios de prova não previstos no presente diploma*”.

Tendo em conta que as finalidades do processo penal têm como limites a dignidade humana e os princípios fundamentais do Estado de direito democrático, não podem ser considerados válidos actos que ofendam direitos fundamentais.

Neste sentido, dispõe o artigo 126.º do C.P.P. que são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas (estas últimas concretizadas no n.º 2 do referido artigo), assim como as obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular (n.º 3).

⁴¹ In “Código de Processo Penal Comentado”, 2.ª Edição Revista, Coimbra, Edições Almedina, Junho de 2016, pág. 384.

À luz deste quadro legal, desenha-se a admissibilidade, na investigação de crimes relacionados com a actividade médica, de todos os meios de prova previstos no C.P.P..

Contudo, atentos os elementos objectivos dos crimes em apreço, alguns destes meios de prova têm maior aplicabilidade nos processos de inquérito relativos aos crimes praticados por médicos, do que outros.

Regra geral, os meios de prova mais comumente utilizados são a prova testemunhal (artigos 128.º a 139.º do C.P.P.), a prova por declarações do assistente, arguido e partis civis (artigos 140.º a 145.º do C.P.P.), a prova pericial (artigos 151.º a 163.º do C.P.P.) e a prova documental (artigos 164.º a 170.º do C.P.P.).

No que diz respeito aos meios de obtenção de prova, todos são legalmente admissíveis, com excepção das escutas telefónicas que, tendo requisitos mais apertados, não tem aplicabilidade a todos os crimes relacionados com a actuação médica.

É óbvio que cada caso é um caso e cada inquérito tem as suas especificidades, não se colocando de lado nenhuma possibilidade de obtenção de prova, desde que não se obtenha prova proibida. Assim, por exemplo, não sendo as buscas um meio de obtenção de prova comumente usado num crime onde se investiga uma violação das *leges artis*, o certo é que tal pode demonstrar-se necessário, no caso de a instituição de saúde não entregar voluntariamente os registos clínicos do paciente ofendido.

A prova, em processo penal, e com excepção da prova pericial, é apreciada pelo Tribunal à luz do princípio da livre apreciação, previsto no artigo 127.º do C.P.P..

Essa apreciação livre da prova não pode ser confundida com a apreciação arbitrária da prova, nem com a mera dúvida gerada no espírito do julgador.

Deve sim ter como valorativos a obediência a critérios da experiência comum e da lógica do homem médio, devendo o julgador decidir com base no bom senso e na experiência da vida, conjugados com a capacidade crítica de distanciamento e ponderação.

Como em qualquer tipo de criminalidade é fundamental o planeamento da investigação desde que é adquirida a notícia do crime, não só para o cumprimento dos prazos máximos de duração do inquérito ⁴², mas também para que se garanta a conservação da prova.

No caso concreto dos crimes que nos encontramos a estudar, como estamos perante uma matéria que, para além de ser muito sensível, é bastante específica, o que requer um cuidado especial, deve o Magistrado titular do inquérito, sempre que possível, presidir às diligências que se realizem nos serviços do Ministério Público.

A Diretiva n.º 1/2014, de 15 de Janeiro, da Procuradoria-Geral da República, determinou que *“Sempre que seja registado um inquérito com suspeito identificado e cujo objeto da investigação integre crime a que seja aplicável a suspensão provisória do processo, deverá ser apurado, de imediato, através da consulta do Registo Criminal e da Base de Dados da*

⁴² Dispõe o n.º 1 do artigo 276.º do C.P.P. que *“O Ministério Público encerra o inquérito, arquivando-o ou deduzindo acusação, nos prazos máximos de seis meses, se houver arguidos presos ou sob obrigação de permanência na habitação, ou de oito meses, se os não houver”*, acrescentando os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo os casos em que estes prazos são elevados.

Suspensão Provisória do Processo, se aquele tem condenação anterior ou se lhe foi aplicada suspensão provisória por crime da mesma natureza” (ponto 1 do Capítulo II da Seção I).

Assim, uma das primeiras diligências a levar a cabo no inquérito, caso exista suspeito identificado, é a requisição de certificado de registo criminal e a consulta da Base de Dados da Suspensão Provisória⁴³.

A **prova testemunhal** é um dos meios de prova mais utilizados na investigação desta criminalidade.

O objecto da prova testemunhal são os factos juridicamente relevantes de que a testemunha tenha conhecimento directo.

Testemunha é, portanto, a pessoa que, não tendo um papel processual diverso, vai ao processo dar a conhecer o que sabe sobre os factos.

Porém, este conhecimento tem que ser relevante para se apurar a existência de crime, a punibilidade do agente e o seu grau de culpa.

Contudo, o testemunho não constitui uma declaração de verdade.

Se assim não fosse, o testemunho teria que ser isento de erro, o que, como é sabido, não acontece.

Uma testemunha não é totalmente objectiva e neutral, pois a percepção que tem dos factos é condicionada pelo contexto envolvente e outras circunstâncias pessoais, o que a leva a ver as coisas pelo seu prisma.

Daí a prova testemunhal ser uma das que mais dificuldade oferece em termos de valoração, sendo apreciada pelo Tribunal à luz do princípio da livre apreciação da prova.

A prova testemunhal pode ter um papel fundamental nos inquéritos onde se investiga a eventual violação das *leges artis* e/ou do dever geral de cuidado por parte de um médico, na medida em que poderá permitir apurar-se as circunstâncias que envolveram a actuação médica.

Nestes inquéritos, a testemunha que, por regra, é inquirida primeiramente é o próprio ofendido (se assim for possível).

São também testemunhas, regra geral, os profissionais de saúde que, de alguma forma e por algum motivo, contactaram com a situação – nomeadamente outros médicos e enfermeiros (que não os suspeitos e desde que não se encontrem na posição de peritos) –, auxiliares de acção médica ou administrativos.

Destarte, e com frequência, são também inquiridas como testemunhas pessoas indicadas pelo ofendido (ou seus familiares, no caso da morte daquele) ou pelo arguido.

Não sendo possível ao Magistrado presidir a alguma das diligências, deve listar, no despacho em que ordena a inquirição, as perguntas que pretende ver respondidas.

⁴³ Pesquisa realizada no Sistema de Informação do Ministério Público (SIMP).

As testemunhas que forem médicos ou enfermeiros podem ser questionadas acerca da sua opinião enquanto especialistas.

Não obstante, tal depoimento apenas tem valor como prova testemunhal – sujeita à livre apreciação da prova – e não pericial, que, como é sabido, tem um valor acrescido.

Sucedo que, o ofendido – ou, se este for menor de 16 anos, os seus legais representantes e, bem assim, os seus familiares indicados no artigo 68.º, n.º 1, al. c), do C.P.P., caso aquele tenha falecido sem renunciar à queixa – pode constituir-se Assistente nos autos (artigo 68.º, n.º 1, do C.P.P.).

Neste sentido, passa a existir no processo **prova por declarações de Assistente** (artigo 145.º do C.P.P.).

As declarações de Assistente convergem com o regime da prova testemunhal, com as exceções determinadas pela sua própria especificidade (artigo 145.º, n.º 3, do C.P.P.).

Estas declarações poderão ter lugar a requerimento do próprio, do arguido ou sempre que a autoridade judiciária o entender por conveniente (artigo 145.º, n.º 1, do C.P.P.).

Obviamente, a inquirição do Assistente é fundamental na tramitação de qualquer inquérito, independentemente do crime que se esteja a investigar, de modo a esclarecer-se, *ab initio*, alguns pontos que podem não estar tão claros na denúncia, nomeadamente circunstâncias de tempo, modo e lugar, identificação de eventuais suspeitos e a indicação de meios de prova.

O Assistente, como colaborador do Ministério Público (artigo 69.º, n.º 1, do C.P.P.), compete-lhe, além do demais consagrado no n.º 2 do referido artigo 69.º, intervir no inquérito, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurem necessárias.

Por este motivo, tal como referimos supra e nos permitimos repetir, esta diligência – seja a inquirição do ofendido, seja a tomada de declarações ao Assistente – deve ser uma das primeiras, senão a primeira, a ser realizada pelo Magistrado titular do inquérito.

De fulcral importância nestes processos é também a **prova documental** (artigos 164.º e seguintes do C.P.P.).

A prova documental, cuja admissibilidade se encontra prevista no n.º 1 do artigo 164.º do C.P.P., deve preferencialmente ser junta ao processo na fase de inquérito ou de instrução (artigo 165.º, n.º 1, do C.P.P.).

Nesse sentido, em fase de inquérito, o Magistrado do Ministério Público determina, nos termos do disposto nos artigos 262.º e seguintes do C.P.P., a junção aos autos de documentos que se revelem importantes para a descoberta da verdade material.

Assim, recebida a notícia do crime, o Magistrado titular do inquérito deve, oficiosamente, notificar a instituição de saúde a solicitar todas as informações que considera relevantes.

Entre elas, a definir, obviamente, de acordo com o caso concreto, encontra-se, em regra, o pedido de informação sobre a identidade dos profissionais de saúde que tiveram intervenção ou contactaram, de alguma forma, com o caso em apreço – esta informação será crucial para

se formar o rol de testemunhas a inquirir ou mesmo para se apurar a identidade do futuro arguido –, mas também a remessa de todos os elementos que se considere relevantes referentes ao processo clínico do ofendido e, ainda, se existir, da reclamação apresentada pelo ofendido à instituição de saúde.

Estes elementos do processo clínico (registos clínicos, fichas de urgência, exames complementares, etc.) vão ser essenciais não só, como prova documental dos autos, na medida que dos mesmos se pode retirar elementos fundamentais para se aferir das circunstâncias da actuação médica (não só espaço-temporais, mas também relativas às patologias do paciente, tratamentos realizados, medicamentos administrados, identificação dos profissionais, etc.), mas também para servirem de base às perícias que vierem a ser efectuadas.

Do artigo 40.º, n.º 1, do Código Deontológico dos Médicos resulta a obrigação do médico registar, de forma clara e detalhada, os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo, conservando-os ao abrigo de qualquer indiscrição, de acordo com as normas do segredo médico.

Este elemento vai ser importante para se conhecer a sequência temporal de todos os actos médicos praticados e o seu conteúdo.

No n.º 2 do mesmo artigo prevê-se o direito de o doente conhecer a informação registada no seu processo clínico.

A junção da prova documental pode ser feita oficiosamente, como já referimos, mas também a requerimento dos intervenientes processuais (artigo 164.º, n.º 2, do C.P.P.).

Neste sentido, pode o ofendido/assistente, as partes civis e o arguido requerer a junção aos autos de documentos que tenham em seu poder ou requerer que o Magistrado diligencie pela obtenção de documentos que estejam em poder de terceiros, desde que sejam relevantes para a descoberta da verdade.

Destarte, a não ser que se trate de documento inadequado, supérfluo, despropositado ou totalmente irrelevante, o Magistrado deve deferir a sua junção aos autos ou diligenciar, pelos modos previstos na lei, pela sua obtenção.

Tal como acontece na prova testemunhal, o problema do valor do documento prende-se com a realidade da experiência que é representado nele.

Tal como o testemunho, também o documento pode representar o que não é verdade, quer seja por lapso ou equívoco, quer seja por uma atitude deliberada do seu autor.

Apesar de o risco de inexactidão ou falsidade ser menor na prova documental, uma vez que a sua representação é imediata em relação à experiência, o certo é que o documentador actua longe do juiz, impedindo-o de exercer sobre ele uma vigilância análoga à que exerce sobre a testemunha.

Por tudo isto, a lei distingue o valor do documento em função da pessoa do documentador, considerando como provados os factos materiais descritos nos documentos autênticos ou autenticados – pelo menos enquanto a autenticidade ou a veracidade do documento não

forem fundamentamente postas em causa (artigo 169.º do C.P.P.) –, enquanto que os documentos particulares estão sujeitos à livre apreciação da prova.

Os elementos clínicos – por regra, a mais importante prova documental nos processos onde se investiga a responsabilidade penal dos médicos –, apesar de não serem documentos autênticos ou autenticados, merecem, por parte da autoridade judiciária, uma valoração acrescida.

Tem também interesse, para a descoberta da verdade, diligenciar pela junção ao processo de elementos do inquérito instaurado pela Inspeção-Geral da Saúde, se existir, ou, não existindo, pode o titular do inquérito solicitar que se aprecie da conveniência de se dar início ao mesmo.

Nestes processos, porém, a prova “rainha” é a **prova pericial**.

Há lugar à prova pericial quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos (artigo 151.º do C.P.P.).

Assim, quando essa percepção ou apreciação suscitar dificuldades não removíveis pela análise comum, justifica-se o recurso a pessoas com conhecimentos especializados sobre a matéria em análise.

A perícia é, pois, um meio de prova que visa a avaliação dos vestígios da prática do crime com base nestes especiais conhecimentos.

O conceito de *leges artis* fundamenta-se em concretos conhecimentos técnico-científicos, normalmente desconhecidos e alheios a quem não tem formação na área, pelo que o seu preenchimento sempre terá de ser feito com um recurso a uma opinião técnica e especializada.

O legislador português optou pelo modelo de perícia pública.

Assim, conforme determina o n.º 1 do artigo 152.º do C.P.P., a perícia é realizada em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial, e só assim não será em caso de impossibilidade ou inconveniência.

No que diz respeito, em concreto, às perícias médico-legais e forenses, a lei determina, no artigo 159.º do C.P.P., que elas são realizadas pelo Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, I.P. (doravante INMLCF).

As perícias médico-legais e forenses regem-se pelo disposto na Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, em conjugação com as normas referentes à prova pericial constantes do C.P.P., com excepção daquelas que são afastadas por aplicação do artigo 3.º, n.º 1, da referida Lei.⁴⁴

Quando falamos especificamente em inquéritos onde se investiga a eventual violação *das leges artis*, o Magistrado do Ministério Público deverá solicitar a realização de parecer⁴⁵ ao

⁴⁴ O artigo 3.º, n.º 1, da Lei 45/2004, de 19 de Agosto exclui a aplicação dos artigos 154.º e 155.º do C.P.P. às perícias médico-legais e forenses que sejam efectuadas nas delegações do Instituto ou nos gabinetes médico-legais.

Conselho Médico-Legal (um dos órgãos do INMLCF, conforme dispõe o artigo 4.º, al. b), do Decreto-Lei n.º 166/2012, de 31 de Julho), a quem compete exercer funções de consultadoria técnico-científica e emitir pareceres sobre questões técnicas e científicas no âmbito da medicina legal e de outras ciências forenses (artigo 7.º, n.º 1, al. a) e b) e n.º 2, do Decreto-Lei n.º 166/2012, de 31 de Julho).

No despacho que ordena a realização deste parecer/perícia, o Magistrado do Ministério Público deve determinar o objecto da perícia, bem como colocar concretas questões que pretenda ver respondidas.

Esta perícia tem como objecto aferir se a actuação dos profissionais médicos violou as boas práticas da medicina, cujo cumprimento se impunha no caso concreto e, ainda, da existência do nexo de causalidade entre essa actuação médica e o seu desfecho.

Os Magistrados titulares do inquérito devem observar as orientações veiculadas pela Circular n.º 3/99, de 27 de Abril, da Procuradoria-Geral da República.⁴⁶

O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre convicção do julgador (artigo 163.º, n.º 1, do C.P.P.), ou seja, encontra-se subtraído ao princípio da livre apreciação da prova.

Portanto, a lei impõe ao julgador o parecer ou juízo técnico, científico ou artístico, salvo quando o mesmo seja susceptível de crítica da mesma natureza, isto é, o julgador pode afastar o valor da prova pericial, mas para o fazer tem que fundamentar a sua divergência com base em diferente juízo técnico, científico ou artístico.

Significa isto que qualquer divergência não se basta com uma apreciação genérica e pouco consistente, sob pena de ser considerada não fundamentada.

Porém, já referimos, que uma coisa é o juízo científico sobre a correcção da intervenção ou sobre o acerto do diagnóstico – este subtraído ao princípio da livre apreciação da prova – outra, distinta, será a apreciação da violação do dever de cuidado – este um conceito normativo –, a apreciar tendo em conta o caso concreto.

Importa ainda referir que, quando estamos perante situações em que, da actuação médica, resultaram, para o paciente, lesões físicas ou a morte, o Magistrado do Ministério Público deve, ainda, ordenar a realização de Perícia de Avaliação de Dano Corporal ou de Autópsia Médico-Legal.

⁴⁵ No sentido de que o parecer do Conselho Médico-Legal é prova pericial temos, entre outros, o [Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24/4/2012, Processo n.º 191/07.0TAACB.C1](#) e o [Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24/2/2016, Processo n.º 564/13.9TALRA-C1](#)

⁴⁶ A Circular 3/99 de 27 de Abril da Procuradoria Geral da República dispõe o seguinte: “*Recomendo aos Senhores Magistrados e Agentes do Ministério Público, nos termos do artigo 12.º, n.º 2, alínea b), do Estatuto do Ministério Público, se dignem: 1. Formular de modo concreto e preciso as questões que sejam objecto de consultas técnico-científicas; 2. Observar o preceituado no artigo 12.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 11/98, de 24 de Janeiro, encaminhando os pedidos através da Procuradoria-Geral da República*”. Também com interesse, temos a Circular n.º 3/10, de 4 de Fevereiro, da Procuradoria-Geral da República.

Com a perícia de avaliação de dano corporal pretende-se apurar o tipo de lesões sofridas pelo ofendido, a dimensão das mesmas e o grau de incapacidade que as mesmas determinaram.

Com a autópsia médico-legal pretende-se apurar a causa de morte.

Os peritos subscritores dos pareceres/relatório periciais podem ser convocados para prestar esclarecimentos complementares (artigo 158.º, n.º 1, al. a), do C.P.P.).

É importante, também, referir que, por norma, se encontra a correr na Ordem dos Médicos um processo contra o profissional suspeito no inquérito criminal.

Por esse motivo, o Magistrado titular do inquérito deve solicitar ao órgão disciplinar da Ordem dos Médicos os elementos constantes desse processo, nomeadamente o parecer proferido pelo Colégio da Especialidade em causa (se existir) e a decisão proferida.

Assim que o Magistrado do Ministério Público conclua que há fundada suspeita da prática do crime – e for esse o momento oportuno, tendo a conta a estratégia da investigação – deverá convocar os suspeitos para os constituir arguidos e interrogá-los nessa qualidade.

Este interrogatório⁴⁷ deve ser presidido pela autoridade judiciária, não só pelos motivos já sobejamente referidos, mas também porque o Magistrado não pode perder de vista o horizonte para o qual converge: o julgamento, momento em que em deverá ser produzida toda a prova.

Assim, sendo o interrogatório de arguido realizado perante autoridade judiciária, com assistência de defensor, as declarações que prestou podem ser lidas no julgamento – mesmo que o julgamento se realize na ausência do arguido ou que o mesmo não preste declarações –, desde que o arguido tenha sido devidamente advertido desse facto no acto de interrogatório. É o que dispõe o artigo 357.º, n.º 1, al. b), do C.P.P..

As **declarações de arguido**, porém, não valem como confissão, estando sujeitas à livre apreciação da prova.

Nos inquéritos onde se investiga o crime de intervenções médico-cirúrgicas com violação das *leges artis*, o arguido será um médico (ou vários), mas também poderá ser o que a lei designa por “outra pessoa legalmente autorizada”, sem prescindir da comunicabilidade da qualidade aos participantes em que essa qualidade não se verifica, nos termos do disposto no artigo 28.º, do C.P..

Também nos inquéritos onde se investiga uma eventual negligência médica, serão estes profissionais de saúde os futuros arguidos.

⁴⁷ “A falta de interrogatório como arguido, no inquérito, de pessoas determinadas contra quem o mesmo corre, sendo possível a notificação, constitui a nulidade no artigo 120.º, n.º 2, al. d), do Código de Processo Penal.” (Acórdão de fixação de jurisprudência 1/2006, de 2 de Janeiro).

2.3. O encerramento do inquérito

Findo o inquérito, se tiverem sido recolhidos indícios suficientes da prática de crime e de quem foram os seus agentes, deverá ser deduzida acusação, nos termos do disposto no artigo 283.º, n.º 1, do C.P.P..

Os indícios serão suficientes, em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 283.º, *“sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou medida de segurança”*.

Ou seja, o Ministério Público só deve entender que existem indícios suficientes da prática dos factos, e por isso acusar, quando, realizando um juízo de prognose, e tendo em conta a prova recolhida em sede de inquérito, entender que é mais provável que, em sede de julgamento, o arguido seja por eles condenado do que absolvido.

Pelo contrário, e nos termos do artigo 277.º, n.º 2, do C.P.P., haverá lugar a arquivamento do processo se de acordo com aquele mesmo juízo *“(...) não tiver sido possível ao Ministério Público obter indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os seus agentes”*.

Haverá também arquivamento quando tiver sido recolhida prova bastante de se não ter verificado crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de ser legalmente inadmissível o procedimento (artigo 277.º, n.º 1, do C.P.P.)

Concluindo pela existência de indícios suficientes, nos termos da Diretiva n.º 1/2014, de 15 de Janeiro, *«Os Magistrados do Ministério Público devem optar, no tratamento da pequena e média criminalidade, pelas soluções de consenso previstas na lei, entre as quais assume particular relevo a suspensão provisória do processo»*.

Assim, seguindo as orientações veiculadas através da referida Diretiva, sempre que estejam verificados os pressupostos previstos no artigo 281.º, n.º 1, do C.P.P., deve ser determinada a suspensão provisória do processo, impondo ao arguido o cumprimento de injunções adequadas ao caso.

Esta possibilidade, em abstracto, existe para a grande maioria dos crimes relacionados com a actividade médica – nomeadamente para aqueles que analisamos neste estudo –, uma vez que os mesmos são puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos ou com pena diferente da prisão.

Porém, é necessário apurar se, no caso concreto, estão verificados os demais requisitos previstos no n.º 1 do artigo 281.º do C.P.P.

Dois desses requisitos merecem, a nosso ver, uma especial ponderação, tendo em conta o tipo de crimes que estamos a estudar. Um deles é a “ausência de um grau de culpa elevado” e o outro é “ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir”.

Na análise destes requisitos é sempre importante o Magistrado do Ministério Público aferir o grau de violação das leis da medicina e, se estivermos no campo da negligência, se estamos perante uma negligência grosseira.

Tal circunstância pode levar a que se afaste a aplicação da suspensão provisória do processo, por se considerar que estamos perante uma culpa elevada.

Mas, para além disso, é também importante verificar, tendo em conta as circunstâncias do caso, se a aplicação de injunções ou regras de conduta é suficiente para acautelar exigências de prevenção, nomeadamente de prevenção geral.

Efectivamente, em muitos destes casos, as exigências de prevenção geral são elevadas. A criminalidade relacionada com a actuação médica, pela frequência inquietante que tem vindo a assumir na actualidade, gera na comunidade um sentimento que demanda uma mais solene punição do agente a fim de ser recuperada a confiança na vigência e validade da norma violada.

Portanto, em certos casos, as expectativas da comunidade, em ver reafirmado o valor da norma jurídica violada, podem ser postas em causa se for aplicado o instituto da suspensão provisória do processo, pois apesar deste instituto não corresponder a uma absolvição, o certo é que a aplicação de injunções e normas de conduta podem não restabelecer a desejada paz geral.

Evidentemente que a prevenção especial, o grau do dano e todas as demais circunstâncias do caso devem ser consideradas. A apreciação é, portanto, e como sempre, casuística.

Concluindo-se que não é possível o recurso ao instituto da suspensão provisória do processo – por não se verificar alguns dos requisitos –, deverá recorrer-se ao requerimento para aplicação de pena em processo sumaríssimo, nos termos do disposto no artigo 392.º do C.P.P.

É o que prevê a Directiva 1/2016, de 15 de Fevereiro, no seu ponto 1 do Capítulo I, quando dispõe que os Magistrados do Ministério Público devem optar pelo uso do processo sumaríssimo quando não se mostre possível a aplicação da suspensão provisória do processo. Também aqui tem um especial peso a análise cuidada das exigências de prevenção geral e especial.

Se estivermos perante factos susceptíveis de integrar um crime de ofensas à integridade física por negligência, previsto e punível pelo artigo 148.º, n.º 1, do C.P., existe ainda a possibilidade de se dispensar o arguido de pena quando o mesmo for médico no exercício da sua profissão e do acto médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias ou da ofensa não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 3 dias (n.º 2).

A dispensa de pena funda-se em particulares razões de política criminal. Visa-se, portanto, beneficiar actos médicos realizados no exercício da profissão que tenham tido consequências pouco graves. Para se aferir que os dias de doença ou de incapacidade do ofendido não ultrapassaram os 8 dias (nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 148.º do C.P.), é importante determinar-se a perícia de avaliação de dano corporal, a que nos referimos supra.

Porém, a dispensa de pena depende da verificação, *in casu*, dos requisitos gerais previstos no artigo 74.º do C.P..

A acusação em processo comum deve, por isso, ficar reservada para os casos em que as outras formas de encerramento de inquérito se mostraram inviáveis.

A acusação deve conter, sob pena de nulidade, os elementos referidos no n.º 3 do artigo 283.º do C.P.P..

É a acusação que vai definir o objecto do processo, o que obriga a que a mesma contenha uma precisa narração dos factos.

Esta narração abrange necessariamente os elementos do tipo de crime (objectivos e subjectivos), os factos que possam revelar como circunstâncias agravantes ou atenuantes para a determinação da medida da pena e, se for caso disso, os pressupostos da reincidência.

Em relação aos crimes que nos propusemos aqui estudar é importante referenciar dois aspectos relativamente ao elemento subjectivo.

Por um lado, no caso do crime previsto no n.º 2 do artigo 150.º do C.P. é impreterível ter redobrada atenção aos factos integrantes do dolo, porquanto o mesmo abrange não só a intervenção com violação das *leges artis*, mas também o perigo para a vida ou de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, em consequência dessa violação.

Relativamente aos crimes negligentes, a acusação deve conter não só os factos que sustentam a violação do dever objectivo de cuidado, mas também os factos que permitam imputar ao agente uma atitude de descuido ou indiferença perante o bem jurídico protegido.

2.4. Caso real

O inquérito n.º 2520/18.1T9MTS, que correu termos na 1.ª secção do D.I.A.P. de Matosinhos, teve início com a queixa apresentada, em 17-05-2018, por S., na sequência da intervenção médica a que foi sujeita na madrugada do dia 21-06-2017, no Hospital Pedro Hispano, da qual nasceu a sua filha V..

Em síntese, expôs que no dia 20 de Janeiro de 2017 deslocou-se ao referido hospital, onde foi consultada pela Dr.ª T., que deu início aos procedimentos para indução do parto.

Por volta das 16h00 desse mesmo dia, começou a sentir dores insuportáveis no baixo-ventre e nos rins.

Apesar disso, pelas 17h30, a Dr.ª T. disse-lhe que o parto seria realizado por cesariana, na manhã seguinte, pelo médico que se encontrasse de turno. Continuou com dores insuportáveis, motivo pelo qual, por volta das 21h00, a Dr.ª T. administrou-lhe a epidural.

Porém, por volta das 00h20, começou a sentir dores insuportáveis, tendo sentido que algo, no interior do seu corpo, rebentou e a sua barriga de grávida desapareceu.

Foi levada, com urgência, para o interior do bloco operatório, onde lhe foi administrada anestesia geral e, subsequentemente, realizado o parto por cesariana.

Veio, posteriormente, a saber que teve uma ruptura uterina e que devido à mesma, a sua filha foi encontrada na sua zona abdominal, perto do fígado, costelas e intestino e já não no útero.

A bebé V. esteve em coma induzido após o parto, e ficou com paralisia cerebral, o que lhe determinou uma incapacidade de 80%.

No decurso do inquérito foram realizadas as seguintes diligências de prova:

- (i) Procedeu-se à inquirição da ofendida e mais seis testemunhas, todas profissionais de saúde;
- (ii) Determinou-se a junção aos autos do processo clínico da ofendida, dos registos clínicos referentes ao seu internamento e ao internamento no serviço de Neonatologia da V., bem como os relatórios médicos, juntos por S., referentes à V.;
- (iii) Foi ordenada a realização de perícia (Parecer Técnico-Jurídico), pelo Conselho Médico-Legal do INMLCF, com o objectivo de aferir se a actuação dos profissionais médicos violou as boas práticas da medicina, cujo cumprimento se impunha no caso concreto e, ainda, da existência do nexo de causalidade entre essa actuação médica e a ruptura uterina sofrida por S., bem como o nexo de causalidade entre essa ruptura uterina e o estado de saúde da filha de S..

Foi proferido despacho de arquivamento, por se considerar que não foram recolhidos indícios da prática do crime previsto no artigo 150.º, n.º 2, C.P. (não foi feita a apreciação de indícios em relação ao crime de ofensas à integridade física por negligência, por a queixa ser extemporânea).

O arquivamento por falta de indícios baseou-se, essencialmente, no teor do Parecer do Conselho Médico-Legal que concluiu que não se pode afirmar que tenha havido violação das *leges artis* na situação clínica em apreço.

Nesta perícia concluiu-se que, apesar da ruptura uterina (e subsequente deslocação do feto para a zona abdominal da mãe) ser causa provável da privação de oxigénio a que foi sujeita a bebé V. e, conseqüentemente, da sua paralisia cerebral, não foi possível estabelecer uma relação entre o retardamento da cesariana e a ruptura uterina.

Mais concluiu que a situação da S. (anterior cesariana e obesidade) não impunha que se tivesse realizado a cesariana mais cedo, pelo que foram verificados todos os protocolos e aplicadas todas as boas práticas da medicina.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

Jurisprudência dispersa citada disponível *on line* em [D.G.S.L.](#), bastando clicar na hiperligação para que seja redireccionada para a página em questão. Todas consultadas em 30/04/2020.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4.ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, Abril 2011.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 3ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, Novembro de 2015.
- ANDRADE, Manuel da Costa, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio de 2012, págs. 457 a 475.

- BRITO, Teresa Quintela, “Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 12, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, Julho - Setembro de 2002, págs. 371 a 409.
- CABRAL, José António Henriques dos Santos, “Código de Processo Penal Comentado”, 2.ª edição revista, Coimbra, Edições Almedina, Julho de 2016, págs. 373 a 795.
- COSTA, Eduardo Maia, “Código de Processo Penal Comentado”, 2.ª edição revista, Coimbra, Edições Almedina, Julho de 2016, págs. 905 a 957.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro de 1999, págs. 106 a 115.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde, “Responsabilidade Médica em Portugal”, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 332, Janeiro de 1984, págs. 49 a 79.
- FARIA, Paula Ribeiro, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro de 1999, págs. 259 a 275.
- FARIA, Paula Ribeiro, “O erro em medicina e o direito penal”, Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7, n.º 14, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, págs. 5 a 31.
- FIDALGO, Sónia, “Responsabilidade Penal no Exercício da Medicina em Equipa: O Princípio da Confiança e o Princípio da Divisão do Trabalho”, Estudos de Homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, págs. 417 a 435.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal. Uma jóia preciosa no direito penal médico”, Revista Julgar, n.º 21, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, págs. 11 a 26.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Responsabilidade Médica em Direito Penal”, Coimbra, Edições Almedina, Março de 2007, págs. 229 a 256.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “A negligência médica à luz do direito Penal”, Revista do CEJ, Número 2, 2.º Semestre de 2016, págs. 77 a 95.

4. Responsabilidade penal do Médico

Maria Raquel Neves



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO

Maria Raquel Neves

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento jurídico
 - 1.1. As diferentes faces da responsabilidade do médico
 - 1.1.1. Responsabilidade disciplinar
 - 1.1.2. Responsabilidade civil
 - 1.1.3. Responsabilidade penal
 - 1.2. Responsabilidade penal do médico
 - 1.2.1. Estrutura dogmática
 - 1.2.2. A qualificação jurídico-penal do acto médico
 - 1.3. Análise dos principais tipos incriminadores
 - 1.3.1. Criação de perigo por violação das *leges artis*
 - 1.3.2. Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários
 - 1.4. Erro e negligência
 - 1.4.1. O Erro em Medicina
 - 1.4.2. A Negligência
 - 1.4.2.1. O dever objectivo de cuidado de médico
 - 1.4.2.2. A negligência na assunção
 - 1.4.2.3. A negligência no exercício da medicina em equipa
 - 2. Prática e gestão processual
 - 2.1. A notícia do crime e a abertura de inquérito
 - 2.2. A prova e a sua obtenção
 - 2.3. A prova pericial, em especial
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

«Antes, a medicina era simples, ineficaz e razoavelmente inócua; agora, é complexa, eficaz e potencialmente perigosa».

João Lobo Antunes

Nunca na História dependemos tanto da medicina e nunca a ciência médica teve tanto para nos oferecer.

Mas, se é certo que contamos com mais conhecimento científico e dispomos de mais ferramentas tecnológicas, também não é menos verdade que a medicina está longe de ser uma ciência exacta e que os médicos, enquanto seres humanos, cometem erros.

A medicina, ciência que tem como finalidade primordial a salvaguarda da integridade física, da saúde e da vida é, simultaneamente, uma actividade de risco, potenciadora de danos e agressões a esses mesmos bens jurídicos.

Com o presente estudo pretendemos, no limitado número de páginas de que dispomos, traçar o quadro geral da responsabilidade do médico no campo do direito penal, desenvolvendo, em primeiro lugar, uma abordagem teórica e reflectindo, a final, sobre as suas implicações práticas, em contexto de inquérito-crime.

II. Objectivos

O presente estudo é direccionado aos colegas Auditores de Justiça e a todos aqueles que procurem uma primeira abordagem ao direito penal médico, contendo também informação sobre obras, artigos jurídicos e teses de mestrado onde a informação pode ser complementada e aprofundada.

III. Resumo

O leitor ficará a conhecer, num primeiro momento, os diferentes tipos de responsabilidade do médico, o enquadramento legal do direito penal médico, os conceitos-chave nesta matéria, os principais tipos incriminadores previstos no Código Penal e os contornos do ilícito negligente praticado por médico.

Num segundo momento, utilizaremos elementos de um caso real para percorrer as principais fases de uma investigação-crime por alegada negligência médica, e identificar as dificuldades com as quais este tipo de investigação, frequentemente, se depara.

1. Enquadramento Jurídico

1.1. As diferentes faces da responsabilidade do médico

1.1.1. Responsabilidade disciplinar

A profissão de médico, tal como várias outras, encontra-se regulada por regras de natureza jurídico-disciplinar, que norteiam o seu exercício. A inobservância dessas regras pode determinar, além do mais, a responsabilidade disciplinar do médico.

Dada a especificidade e carácter técnico de algumas áreas de actuação, como é o caso da medicina, o Estado delega em certas entidades – as ordens profissionais – este poder de regulação.

No caso dos médicos portugueses, é a Ordem dos Médicos quem possui competência para tramitar os processos disciplinares que a eles dizem respeito, e aplicar as respectivas sanções. Estas dividem-se em leves, graves e muito graves e vão desde a advertência até à expulsão^{1, 2}.

¹ Vide Regulamento Disciplinar da Ordem dos Médicos, disponível em http://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Regulamento_631_2016_Disciplinar.pdf

No site da Ordem dos Médicos é igualmente possível encontrar o Estatuto e Código Deontológico respectivos.

² Os médicos são ainda sujeitos abrangidos por normas de direito laboral, assumindo importância, no caso dos profissionais que trabalham em funções públicas, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho).

1.1.2. Responsabilidade civil

No âmbito daquilo a que podemos chamar direito médico, a responsabilidade civil assume um papel de relevo. Com efeito, e ainda que o legislador português não tenha incluído no Código Civil qualquer norma visando a responsabilidade médica em especial, esta levanta questões complexas, cuja abordagem não compete ao presente estudo, não permitindo o seu escopo mais do que umas breves palavras a este respeito.

Escusamo-nos de enumerar os requisitos da responsabilidade civil, sobejamente conhecidos, chamando apenas a atenção para o facto de que, em muitos casos, o médico poderá vir a responder quer por via da responsabilidade civil extracontratual, quer por via da responsabilidade civil contratual.

Se a primeira visa responsabilizar o lesante por danos decorrentes da violação de direitos absolutos, a segunda imputa-lhe o dano decorrente da falta de cumprimento de um contrato.

Ora, o dano causado pela conduta médica pode ser consequência de qualquer uma das duas vias: se, por um lado, envolve a violação de um direito subjectivo absoluto do doente (a integridade física, a saúde e a própria vida), por outro, também, frequentemente, o médico actua no contexto de uma relação contratual existente entre as partes (contrato de prestação de serviços médicos)³.

Como sabemos, a opção por uma ou por outra, que competirá ao lesado, acarreta importantíssimas diferenças de regime, no que diz respeito ao ónus da prova, prazo de prescrição e responsabilidade por facto de terceiro.

Do confronto das normas que estabelecem os dois regimes, resulta que aquele que mais beneficia o credor é a responsabilidade contratual.

Importará ter presente que a obrigação do médico perante o doente constitui uma obrigação de meios, e não de resultados.

Uma vez que nos iremos dedicar à responsabilidade do médico face ao direito penal, permitimo-nos dizer ainda que, existindo processo-crime, o pedido de indemnização cível terá que ser deduzido neste, por via do chamado princípio da adesão, que consta do artigo 71.º do Código Penal.

Nesse contexto, a pretensão ressarcitória terá, forçosamente, que se basear na responsabilidade delitual (pela prática do crime), ficando afastada a responsabilidade contratual.

Este facto, que, como dissemos, pode resultar desvantajoso, é um dos motivos que contribui para uma prevalência do recurso ao foro cível em casos de responsabilidade médica.

³ A questão nem sempre obedece a este esquema simples. Basta pensar nos casos em que o paciente recorre, não ao médico, mas a uma clínica de saúde, assumindo esta o papel de parte no contrato estabelecido, ou até a uma entidade do Serviço Nacional de Saúde.

1.1.3. Responsabilidade penal

A responsabilidade penal do médico será tratada nos capítulos seguintes, de acordo com a divisão de temas proposta.

1.2. Responsabilidade Penal do Médico

1.2.1. Estrutura dogmática

Como afirma Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, o direito penal médico, pese embora vasto, não «rompeu o cordão umbilical com o direito penal clássico, o que implica que o traçado dogmático e o enquadramento sistemático das suas figuras e institutos não prescindam do precioso contributo da doutrina geral do crime ou teoria da infracção criminal e, de um modo geral, dos subsídios de toda a ciência global do direito penal, de onde recebe a seiva vivificante⁴».

Concordando com esta observação, faremos a análise dos tipos incriminadores mais relevantes para o direito penal médico, recorrendo, quando necessário, a noções da teoria geral do crime.

Antes de prosseguirmos, importa esclarecer que a maioria dos crimes cometidos por médicos, no exercício da sua actividade, prefiguram ilícitos negligentes. Tendo em conta os bens jurídicos mais susceptíveis de serem lesados pela actuação médica – a integridade física, a saúde e a vida – os ilícitos negligentes mais frequentemente imputados aos profissionais de saúde são a ofensa à integridade física e o homicídio.

Pela importância que assume, o fenómeno da negligência médica será discutido em capítulo próprio.

Começaremos por deter a nossa atenção em três disposições normativas, sem as quais a abordagem ao direito penal médico não estaria completa:

- O artigo 150.º, n.º 1,
- O artigo 150.º, n.º 2 e
- O artigo 156.º, com referência ao 157.º, todos do Código Penal.

Costa Andrade⁵ refere que o teor destes artigos constitui o núcleo essencial do direito penal médico (sem prejuízo de outras normas de direito penal especial). São artigos que estão numa relação de integração sistemática e de complementaridade normativa, e serão interpretados tendo em conta esta premissa.

⁴ *In Responsabilidade Médica em Direito Penal, Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, 2007, p. 11.

⁵ Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 302.

1.2.2. A qualificação jurídico-penal do acto médico

O Regulamento n.º 698/2019, da Ordem dos Médicos, publicado em Diário da República, n.º 170/2019, Série II, de 2019-09-05, no seu artigo 6.º, n.º 1, define acto médico da seguinte forma:

«O ato médico consiste na atividade diagnóstica, prognóstica, de vigilância, de investigação, de perícias médico-legais, de codificação clínica, de auditoria clínica, de prescrição e execução de medidas terapêuticas farmacológicas e não farmacológicas, de técnicas médicas, cirúrgicas e de reabilitação, de promoção da saúde e prevenção da doença em todas as suas dimensões, designadamente física, mental e social das pessoas, grupos populacionais ou comunidades, no respeito pelos valores deontológicos da profissão médica».

Já Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, procurando elucidar sobre o significado de «intervenção médico-cirúrgica», expressão adoptada pelo legislador penal, cita, entre outros, o autor italiano Crespi⁶, cuja definição é a seguinte: intervenção médico-cirúrgica é a *«actividade destinada a eliminar, atenuar ou a tornar possível a eliminação ou atenuação de um estado anormal do corpo ou da mente de uma pessoa, ou o melhoramento do aspecto exterior da mesma, através de procedimentos praticados por cirurgião, de acordo com os conhecimentos e com o exercício da ciência e da prática médica, que sejam aptos a influenciar de modo relevante – ainda que não necessariamente duradouro – a integridade do organismo humano ou o curso do seu processo biológico».*

Em abstracto, no quadro do direito penal, o "acto médico" ou "intervenção médico-cirúrgica" pode ser concebido segundo uma de duas perspectivas possíveis:

1) Como uma acção típica, que se reconduz ao tipo «ofensa contra a integridade física». A ilicitude da conduta do médico seria afastada, nesta perspectiva, pelo recurso à cláusula de exclusão da ilicitude, que é o consentimento (diz o artigo 149.º, n.º 1, do Código Penal que *"para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível"*).

ou

2) Não como uma acção típica. Logo à cabeça a legislação deve prever que o acto médico, em condições normais, não perfaz o tipo de ilícito-crime ofensa à integridade física.

O legislador português, ao adoptar a redacção do artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal que supra transcrevemos, optou pela segunda via:⁷

*«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*

⁶ Ob. cit., p. 44.

⁷ Solução idêntica adopta o direito penal austríaco, embora não se encontre no respectivo Código Penal uma norma com teor equivalente ao do nosso artigo 150.º, n.º 1. Apesar de tal solução ter sido preconizada por autores alemães, não foi adoptada nesse país. Duvidando da bondade da opção portuguesa, Helena Moniz, "Risco e negligência na prática clínica", in Revista do Ministério Público, n.º 130, Abril-Junho de 2012, pp. 81-100.

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».

Do teor desta norma, «*jóia preciosa do direito penal médico*⁸», resulta, indirectamente, o conceito jurídico-penal de acto médico ou intervenção médico-cirúrgica, que reveste as seguintes características:

- a) Subjectivas:
 - i. qualificação profissional;
 - ii. actuação com intenção curativa.
- b) Objectivas:
 - iii. existência de indicação médica, objectiva, justificadora da intervenção;
 - iv. execução da intervenção segundo as *leges artis*.

i. A qualidade de médico ou equiparado

O artigo em questão refere «*médico ou pessoa legalmente autorizada.*» Como é natural, apenas a pessoa qualificada para tal pode praticar actos médicos.

Nos termos do artigo 3.º do Regulamento 698/2019, de 05 de Setembro, da Ordem dos Médicos, que define os actos próprios dos médicos:

«1 – O médico é o profissional legalmente habilitado ao exercício da medicina, capacitado para o diagnóstico, tratamento, prevenção ou recuperação de doenças e outros problemas de saúde, e apto a prestar cuidados e a intervir sobre indivíduos, conjuntos de indivíduos ou grupos populacionais, doentes ou saudáveis, tendo em vista a protecção, melhoria ou manutenção do seu estado e nível de saúde.

2 – Os médicos possuidores de inscrição em vigor na Ordem dos Médicos são os únicos profissionais que podem praticar os atos próprios dos médicos, nos termos do Estatuto da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Decreto-lei n.º 282/77, de 5 de julho, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 117/2015, de 31 de agosto e do presente regulamento».

É médico aquele que completou, com sucesso, a respectiva formação, e é como tal reconhecido pela Ordem dos Médicos, nos termos do disposto no artigo 8.º do respectivo Estatuto.

Pessoa legalmente equiparada é o profissional de saúde não médico que intervém em actos médicos, no âmbito das funções que está qualificado a desempenhar (enquadram-se aqui, entre outros, os enfermeiros).

⁸ Título de um artigo da autoria de Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, publicado na Revista Julgar, n.º 21, 2013, pp. 11 e seguintes.

Podemos questionar se a acção de toda a pessoa não qualificada deve ser *sempre* considerada ilícita.

Alguns autores pronunciam-se a favor da exclusão da tipicidade da conduta daquele que, com intuito curativo, leve a cabo intervenção médica para a qual não se encontra legalmente habilitado, *desde que bem-sucedido*.⁹

Difere neste entendimento de Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues¹⁰, que configura tal actuação como crime contra a integridade física, admitindo, todavia, a hipótese de exclusão da ilicitude, por recurso ao direito de necessidade ou consentimento.

ii. A intenção curativa

O objectivo primeiro da intervenção médica é promover a saúde, física e mental, do paciente, quer visando a melhoria da sua condição, quer pretendendo, apenas, o alívio do sofrimento (caso dos cuidados paliativos).

Ora, o teor do artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal está, justamente, pensado para intervenções de índole curativa, não abrangendo outras, como as intervenções estéticas ou, ainda, as experimentais.

Não se afigura linear qual o melhor enquadramento jurídico-penal a dar às intervenções médicas cuja finalidade não seja curativa ou paliativa, sendo que a letra da lei afasta do seu âmbito procedimentos médicos com diferente finalidade.

Se, em relação aos procedimentos experimentais, ainda podemos argumentar no sentido da existência de uma intenção curativa última – ainda que, nalguns casos, visando beneficiar apenas pacientes futuros – já o mesmo não pode ser dito em relação ao campo da cirurgia estética, a cujos procedimentos se recorre hoje em larga escala e cujas consequências lesivas podem assumir a máxima gravidade.¹¹

Sobre esta questão se pronuncia Costa Andrade, no Comentário Conimbricense do Código Penal¹², identificando algumas «áreas de fronteira», para e a necessidade de aproximação as essas áreas, com o objectivo de «referenciar as constelações fácticas que a lei quer deixar de fora do específico regime jurídico-penal reservado àquela categoria».

⁹ Rui Pereira é citado por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues in *O artigo 150.º, N.º 1, do Código Penal, Uma Jóia Preciosa do Direito Penal Médico*, [...], pp. 24 e seguintes.

¹⁰ idem, ibidem.

¹¹ Trata-se de uma realidade que julgamos merecer estudo autónomo, especialmente na perspectiva de um especial dever de esclarecimento. A dimensão do presente estudo não nos permite aprofundar o sub-tema da responsabilidade penal do cirurgião plástico, cuja abordagem se depara problemas específicos, no entanto, recomendamos a elucidativa obra de Fernanda Gonçalves Galhego Martins, *A responsabilidade penal do cirurgião plástico e a conduta do paciente*, publicada pelo Centro de Direito Biomédico da FDUC, Coimbra Editora, Jan. de 2011.

¹² Coimbra Editora, 1999, p. 308.

Ao excluir as intervenções sem finalidade terapêutica do contra-tipo ínsito no n.º 1 do artigo 150.º do Código Penal, o legislador optou por reconduzi-las ao tipo legal «ofensa à integridade física». Assim, o médico, para ver excluída a ilicitude da conduta, necessita do consentimento do paciente.

Já no campo das intervenções médico-cirúrgicas abrangidas pelo n.º 1 do artigo 150.º do Código Penal, o consentimento não é elencado como requisito da exclusão do tipo.

Como não poderia deixar de ser, deste facto não decorre que o médico que actua de acordo com o preceituado naquela norma, mas sem o consentimento do doente actua licitamente, como melhor veremos quando abordarmos o artigo 156.º do Código Penal.

Devemos apenas concluir que, que reunidos todos os pressupostos referidos no n.º 1 do artigo 150.º daquele diploma legal, o agente nunca responderá pelos crimes de ofensa à integridade física ou homicídio, na forma negligente, mesmo que da sua intervenção resulte dano ao corpo ou à saúde, ou a própria morte do doente – e esta afirmação é válida independentemente da conduta ter sido consentida.

iii. A existência de indicação médica

Além e independentemente da intenção do médico, a intervenção deve ter indicação médica, isto é, ser adequada para tratar ou minorar a condição patológica de que sofre o paciente.

A este propósito, Paula Ribeiro de Faria observa o seguinte: «*Na medida em que um determinado tratamento não constitua um procedimento medicamente consolidado, isto é, enquanto não se integre no quadro dos conhecimentos da medicina tradicional, esse tratamento não pode ser objectivamente indicado, não podendo, por conseguinte, constituir tratamento médico curativo à face da nossa lei, e isto por mais louvável que seja a intenção curativa, por maior que seja a preocupação com o benefício individual do paciente para quem a intervenção constitui a última esperança*¹³».

Paralelamente, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues entende que esta indicação terapêutica, aferida «*segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, é um requisito objectivo que não deve confundir-se com a indicação subjectiva que é a da intenção terapêutica (intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal ou perturbação mental)*»¹⁴.

Haverá que ponderar os riscos e os benefícios da concreta intervenção, para formulação da decisão de avançar ou não com a mesma. Este juízo, do qual deve tomar parte o próprio paciente, na medida do possível e aconselhável, é frequentemente complexo (além das vantagens e desvantagens que determinado tratamento pode trazer, há ainda que equacionar os efeitos que se poderão produzir naquele paciente em concreto – por exemplo, a capacidade

¹³ Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria, *in Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, 1995, Universidade Católica Portuguesa, p. 68.

¹⁴ *In O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal, Uma Jóia Preciosa do Direito Penal Médico*, Julgar, n.º 21, 2013, Coimbra, p. 14.

do paciente para gerir a carga psicológica e emotiva associada, a existência de retaguarda familiar, possíveis danos colaterais, despistar alergias ou interações medicamentosas, etc.).

Consoante as expectativas e características psicológicas de cada paciente, um mesmo resultado pode ser encarado, por pacientes diferentes, como um sucesso ou um fracasso. Vale a pena enfatizar a importância absolutamente fulcral que assume a comunicação entre o médico e o paciente, devendo aquele fazer todos os esforços para compreender o paciente que tem perante si, as suas expectativas e capacidade de entendimento, adequando a comunicação para que esta seja real e eficaz.

iv. As *leges artis*

O conceito de *leges artis* traduz-se como "regras da arte", e é um conceito médico e jurídico fundamental, que funciona como critério valorativo da correcção de um acto médico. Neste sentido, falamos na "*lex artis ad hoc*".

Já quando se quer fazer referência à "arte médica" como um todo, ao acervo, escrito e não escrito, de regras médicas, e não a uma situação individual, concreta, é utilizada a expressão "*leges artis medicinae*".

Trata-se de um acervo que se refere ao conjunto de regras e boas práticas que devem ser observadas no exercício da medicina, que dizem respeito ao "know-how" que se exige a todo o médico, e que inclui, além de regras de carácter técnico e científico, outras de índole ética e deontológica. Encontra-se em permanente actualização.

O Estatuto da Ordem dos Médicos diz, no seu artigo 135.º, «*princípios gerais de conduta*» que «*o médico deve exercer a sua profissão de acordo com a *leges artis* com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade*».

Também do texto do artigo 4.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina¹⁵ resulta que «*qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efectuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto*».

Concluindo, podemos afirmar que a verificação cumulativa dos quatro pressupostos que vimos de concretizar exclui a responsabilidade criminal do médico pelo resultado, ainda que lesivo, ficando excluída a prática negligente.

Quer-se com isto dizer que, ainda que da intervenção ou tratamento médico resulte uma ofensa ao corpo ou à saúde do paciente, ou mesmo a sua morte, o médico não comete os crimes de ofensa à integridade física ou homicídio negligentes.

¹⁵ Convenção do Conselho da Europa Para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina, de Oviedo, 1997, publicada em DR I-A, n.º 2, de 03/01/2001.

Assim sucede porque se considera que a sua actuação, ao seguir estes requisitos, não ultrapassou o risco permitido.

O risco permitido é o risco inerente às condutas humanas que, apesar de poderem, objectivamente, criar ou potenciar perigo para bens penalmente tutelados, são permitidas pela ordem jurídica.

Apesar dos inegáveis avanços científicos e tecnológicos, e o surgimento de expectativas de cura cada vez maiores, a actividade médica continua a ser uma actividade de risco, cujos resultados são, mesmo nos procedimentos mais comuns e testados, incertos, e a sociedade e o direito toleram esse risco, porque, mesmo que imperfeita, a medicina é cada vez mais indispensável à vida.

1.3. Análise dos principais tipos incriminadores ¹⁶

1.3.1 Criação de perigo por violação das *leges artis*

O crime previsto pelo n.º 2 do artigo 150.º foi introduzido em 1998, com o propósito de criminalizar a conduta do médico ou profissional equiparado que, actuando de acordo com o preceituado no n.º 1 deste mesmo artigo, mas com violação das *leges artis*, criasse uma situação de perigo para os bens jurídicos tutelados:

*«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».*

Numa redacção que julgamos feliz, diz Teresa Quintela de Brito¹⁷ que «o artigo 150.º, n.º 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 recondução da conduta do agente a uma intervenção médico-cirúrgica, nos termos do artigo 150.º, n.º 1.»

Como a sua inserção sistemática o sugere, configura um crime contra a integridade física e, simultaneamente, um crime específico próprio¹⁸ e de perigo concreto.

¹⁶ Como o título deste capítulo sugere, não iremos abordar todos os tipos incriminadores relacionados com a actividade médica, tendo-se optado pela não inclusão de crimes como o de recusa de médico, previsto no artigo 284.º do Código Penal, violação de segredo (artigo 195.º do Código Penal), ou atestado falso (artigo 260.º do Código Penal).

¹⁷ Vide *Responsabilidade Penal dos Médicos*, Teresa Quintela de Brito, Revista de Ciência Criminal, Julho-Setembro de 2002, ano 12, n.º 3, Coimbra Ed., pp. 377 e seguintes.

¹⁸ Partilhamos a opinião de Costa Andrade quando, em anotação ao artigo 150.º, n.º 2, no Comentário Conimbricense, o classifica como crime próprio, afastando-nos assim do entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque que, em anotação ao mesmo artigo, no seu Comentário ao Código Penal, entende que estamos perante um crime específico impróprio. A qualidade específica do agente (médico ou equiparado) não se limita a agravar o crime, ela é pressuposto da existência do próprio crime.

Como resulta da regra do artigo 13.º do Código Penal, o tipo subjectivo limita-se às acções dolosas, aqui com duplo alcance: tanto a violação das *leges artis*, como a criação de perigo para a integridade física, saúde ou vida, têm de ser dolosas. Esta circunstância diminui significativamente o número de vezes que este crime, de facto, se verifica.

Este crime aproxima-se do crime previsto no artigo 144.º, al. d), do Código Penal (ofensa à integridade física grave com criação de perigo para a vida), face ao qual é norma subsidiária.

Enquanto a ofensa à integridade física grave pressupõe um resultado – o perigo para a vida tem de resultar de uma lesão à integridade física, já o ilícito do artigo 150.º, n.º 2 se configura como crime de perigo puro.

Neste mesmo sentido, e ainda que tal opinião não reúna consenso entre penalistas, Teresa Quintela de Brito escreve o seguinte: «*repare-se que o artigo 144.º, alínea d) explicitamente exige que o perigo para a vida advinha de uma lesão para o corpo ou da saúde de outrem. Logo, pressupõe que um dano (ofensa à integridade física) preceda o resultado típico de perigo*¹⁹».

A conduta descrita no artigo 150.º, n.º 2, do Código Penal não se encontra, portanto, totalmente consumida pelo artigo 144.º, al. d), na medida em neste há dolo de ofensa à integridade física, que se concretiza, e daí resulta a criação de perigo para a vida, e naquele há dolo de violação das *leges artis*, e dolo (provavelmente eventual), de criação de perigo para a vida, ou para a integridade física ou saúde, verifique-se ou não o resultado lesivo.

1.3.2. Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários

O artigo 156.º do Código Penal²⁰ tipifica este crime do seguinte modo:

«1 - As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 - O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

¹⁹ Idem, ibidem nota de rodapé n.º 17.

²⁰ De forma semelhante ao que sucede com o artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal, também este normativo encontra o seu equivalente no Código Penal Austríaco, e consubstancia um tipo incriminador inexistente à luz do direito penal alemão. Neste país, onde muitos autores defendem a introdução de preceitos semelhantes aos dos artigos, vendo-se os tribunais obrigados a alargar o âmbito das condutas abrangidas pelas "ofensas à integridade física".

e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

4 - O procedimento criminal depende de queixa».

A conduta típica subsume-se assim à intervenção ou tratamento médico-cirúrgico realizada sem o consentimento necessário.

Uma vez que só pode ser cometida por médico ou profissional equiparado, a conduta configura um crime específico próprio.

O tipo objectivo remete-nos, assim, para uma multiplicidade de conceitos, ínsitos nos artigos 150.º, n.º 1, e 157.º, ambos do Código Penal – intervenção médico-cirúrgica e *leges artis*, já discutidos, e consentimento, conceito que concretizaremos de seguida.

No que diz respeito ao tipo subjectivo, a conduta é punível a título de dolo e, nos termos do seu n.º 3, por negligência (o legislador faz referência a um tipo qualificado de negligência, a negligência grosseira).

De notar que, ao contrário do que acontece com o crime de criação de perigo por violação das *leges artis*, o artigo 156.º está inserido no capítulo IV, "dos crimes contra a liberdade pessoal". Este configura, com efeito, já não um crime contra a integridade física do doente, mas contra a sua liberdade e, mais concretamente, contra a sua autodeterminação (não por acaso se encontra inserido entre a previsão dos crimes de coacção e de sequestro).

Persiste, por vezes, um certo "paternalismo" médico – estes profissionais, mais conhecedores da ciência da medicina do que o doente, o qual, na maioria dos casos, se apresenta como um leigo na matéria, podem sentir-se tentados a desvalorizar a sua opinião, sobretudo em casos em que o paciente se manifesta contra uma terapêutica que se apresenta como simples e eficaz. Mas a verdade é que o doente tem direito a ver a sua vontade respeitada, relevando tanto uma vertente positiva de liberdade como uma vertente negativa (a recusa de tratamento).

Da mesma forma que o paciente pode consentir, ele também pode recusar o tratamento, aí residindo a sua liberdade e autonomia. O médico que ignorar o dissentimento do doente, e realizar qualquer intervenção ou tratamento contra a sua vontade, comete o crime de intervenção médico-cirúrgica arbitrária, mesmo que a sua acção tenha sido adequada a debelar a enfermidade.

Atevemo-nos, por isso, a dizer, que com o artigo em análise, o legislador protegeu a autodeterminação até mesmo quando esta se sobreponha à vida.²¹

²¹ Opinião partilhada Vera Lúcia Raposo em «Entre a Vida e a Morte: Responsabilidade Médica nas Decisões em Fim de Vida», *Lex Medicinæ*, ano 9, n.º 18, 2012, p. 116. A págs. 125 esta A. aponta que nem mesmo a melhoria do estado de saúde do paciente ou, no limite, o facto de o médico, com a sua

A este propósito refere também Costa Andrade que o acordo, «*manifestação de vontade que dá expressão e realização ao bem jurídico tipicamente protegido*», «*se identifica com uma específica dimensão da liberdade pessoal*» e Figueiredo Dias identifica a «*liberdade de dispor do corpo ou da própria vida*».²²

Pressuposto da licitude do acto médico é, pois, o consentimento.

Para que o consentimento seja válido ele tem de ser expresso, e o doente tem de ter capacidade de entendimento e a sua vontade ser livre e esclarecida.²³

Se na doutrina civilista o termo commumente utilizado é "consentimento informado", neste âmbito preferimos a designação "consentimento esclarecido".

Mas em que consiste o dever de esclarecimento?

Sobre este dever se debruça o artigo 157.º do Código Penal: «*para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica*».

A expressão "dever de esclarecimento" é preferível à de "dever de informação", porque aquela evidencia que o alcance deste dever não se satisfaz com a mera comunicação da informação, o doente deve ficar verdadeiramente *esclarecido*.

Costa Andrade adopta a expressão «*esclarecimento bastante*»²⁴ «*(extensivo à causa, direcção, natureza, consequências e riscos, etc.)*» e questiona «*até onde deve ir a informação sobre tratamentos alternativos ou sobre os riscos da intervenção? Em que medida pode ocultar-se a verdade do diagnóstico?*»

A resposta será sempre marcada pela circunstancialidade, só pode ser dada casuisticamente: «*Quanto maiores são os perigos e quanto menor a necessidade da operação e quanto menos relevantes forem os interesses da integridade física a prosseguir, maiores terão de ser as exigências de esclarecimento*».

intervenção, ter impedido a sua morte, não colmata a ausência de consentimento. Em sentido contrário, Costa Andrade *in* «Comentário Conimbricense [...]», p. 391 e Teresa Quintela de Brito, «A Responsabilidade Penal do Médico», p. 403.

²² Costa Andrade, Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra Ed., 2004, p. 400 seguintes.

²³ A propósito do consentimento dos doentes menores de idade, vide Geraldo Rocha Ribeiro, *Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, Lex Medicinæ, ano 7, n.º 14 e Sónia Moreira, *A capacidade dos menores para consentir actos médicos na ordem jurídica portuguesa*, disponível em https://repositorio.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/49556/1/21-Menores%20Actos%20m%C3%A9dicosANUARIO_n_0_2017.pdf

²⁴ Idem, *ibidem*.

Ainda assim, Dias Pereira aponta o conteúdo genérico do dever de esclarecimento: o diagnóstico, o estado de saúde, meios e fins do tratamento, prognóstico, natureza do tratamento proposto e suas consequências necessárias, riscos e benefícios do tratamento, em especial riscos frequentes e riscos graves.²⁵

Naturalmente, necessidade e limites do esclarecimento dependem das características do doente (entre outras, a sua capacidade de entendimento, nível de educação) e das circunstâncias clínicas (cabrerá ao médico ajuizar se a revelação de um diagnóstico pode ser demasiado devastadora, a ponto de comprometer a própria saúde do doente).

É neste contexto que se falar em privilégio terapêutico, a possibilidade/dever de o médico omitir ao doente informação que «*a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica*» – artigo 157.º do Código Penal, *in fine*.

Também a vontade da pessoa em não ser informada deve ser respeitada, e constitui o direito a não saber.

Um último conceito que importa considerar neste contexto é o de consentimento presumido. Conforme transcrito supra (n.º 2 do artigo 156.º do Código Penal), o acto médico realizado sem consentimento não é punível quando não puder ser obtido sem adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde, ou ainda quando tiver sido dado para intervenção ou tratamento diferente do que vem a revelar-se necessário como meio para evitar um perigo para aqueles mesmos bens jurídicos, *desde que não se verifiquem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*.

Trata-se, portanto, de situações nas quais não é viável a obtenção de consentimento, em tempo útil (sob pena de causar mais dano).²⁶

1.4. Erro e negligência

1.4.1. O Erro em Medicina

Persiste, entre nós, uma certa confusão entre os conceitos de "erro médico", "negligência" e outras realidades próximas destas. Para tal contribuem, sem dúvida, os meios de comunicação social, que frequentemente apregoam casos de "negligência médica", mesmo quando os seus pressupostos jurídicos não se verificam.

²⁵ André Gonçalo Dias Pereira, *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado, Ónus da Prova e Nexo de Causalidade*, p. 490, Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo IV, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2010.

²⁶ Há situações excepcionais nas quais é possível agir contra a vontade do paciente. Tal ocorre no tratamento compulsivo de reclusos, em casos de doença contagiosa ou epidemia, ou ainda no tratamento de menores, quando os progenitores recusam consentir, e desde que se entenda que esta decisão é contrária ao superior interesse da criança ou jovem (o caso mais conhecido é o da recusa de transfusões de sangue pelas Testemunhas de Jeová).

Antes de mais, como sabemos, em Portugal não há um tipo legal de "negligência médica". Os crimes que podem estar em causa em situações com tais contornos são, como ficou dito, os de ofensa à integridade física e homicídio, na forma negligente.

Afigura-se-nos necessário afirmar, ainda, que o erro, em medicina, é, em certa medida, inevitável. Quer porque esta não é uma ciência exacta, quer porque os doentes não são todos iguais, quer ainda porque os médicos são seres humanos e, como diz o brocado latino, *errare humanum est*.

Nesta medida, o erro faz ainda parte do risco permitido, inerente à prática clínica – já todo o médico cometeu erros.

A prevalência do erro médico – independentemente do juízo de culpa que sobre o seu agente recaia – é uma evidência estatística.

Não dispomos de dados relativos à realidade portuguesa, mas nos E.U.A. estima-se que o erro médico seja a terceira causa de morte mais comum, à frente dos acidentes de viação e do cancro de mama. Por outro lado, «segundo um estudo espanhol, de 1998, sobre relatórios de autópsias, em 26% dos casos havia discrepâncias entre o relatório e o diagnóstico clínico e em 44% dos casos o diagnóstico estava incompleto, porque omitia patologias graves que se registavam no momento da autópsia».²⁷

O erro médico pode consubstanciar uma distorção da realidade (desconformidade entre a realidade e o que é percepcionado) – o designado erro cognitivo, intelectual ou de percepção – ou uma deficiente execução do tratamento – erro de execução.

Paralelamente, consoante a fase em que ocorre, o erro pode ser de diagnóstico²⁸, na escolha do tratamento ou na execução do mesmo. Há ainda quem mencione o erro na prevenção (*follow-up*²⁹) e outros erros, entre os quais gostaríamos de destacar as falhas na comunicação entre o médico e o doente.

O erro médico pode ser definido como «*uma falha, não intencional, de realização de uma sequência de actividades 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*³⁰».

Gostaríamos de esclarecer a diferença entre o erro e os seguintes conceitos:

- Acidente imprevisível: só pode ser censurado o contributo para a produção de um resultado objectivamente previsível;

²⁷ José Fragata/Luís Martins, «O Erro em Medicina, perspectiva do indivíduo, da organização e da sociedade», Coimbra, Almedina, 2004, p. 29.

²⁸ Sobre os actos de devem ser praticados, em clínica geral, para alcançar o diagnóstico, cfr. o esquema de Surós, *in Responsabilidade Médica em Direito Penal [...]*, de Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, p. 33.

²⁹ Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues aponta as falhas em providenciar tratamento profilático ou monitorização adequada *in Alguns Aspectos do Erro Médico na Perspectiva do Direito, Acção Médica* – Porto, Associação de Médicos Católicos Portugueses, Ano LXXX, n.º 2, 2016, pp. 9-32.

³⁰ *Idem*, pp. 312 e 313.

- Resultado incontrolável: os resultados, em medicina, dependem de múltiplos factores, alguns dos quais escapam ao controlo do médico;
- Evento adverso: na definição de Vera Raposo, é «*toda a ocorrência negativa sobrevinda para além da vontade do médico, que surja como consequência do acto médico e não do estado clínico que lhe deu origem, e que acabe por causar algum tipo de dano ao paciente*³¹»
- Risco clínico: risco próprio de uma intervenção ou tratamento. Por mais segura ou experimentada que seja a técnica ou o medicamento, o risco de ocorrência de um resultado indesejado nunca é nulo;
- Dano iatrogénico: dano decorrente da acção médica, que pode ocorrer independentemente da violação de um dever de cuidado.

Então, quando é que o erro médico importa para o direito penal? Apenas quando preenche a factualidade típica de um ilícito penal.

1.4.2. A Negligência

Já tivemos oportunidade de dizer que, ao contrário do que se passa em outros ordenamentos jurídicos próximos do nosso, em Portugal, a actuação do médico que obedeça aos requisitos do artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal, nunca configura uma conduta típica de ofensa à integridade física ou homicídio negligentes.

Pelo facto de serem cometidos por médicos, no exercício da profissão, estes tipos de ilícitos penais não comportam especificidades em relação ao que ensina a teoria geral do crime. No entanto, vale a pena recordar em que consiste a negligência.

Impõe-se, desde logo, saber quando é que uma actuação deve ser considerada negligente.

De acordo com o preceituado no artigo 15.º do Código Penal, «*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 actuar sem se conformar com essa realização [negligência consciente]; ou b) não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto. [negligência inconsciente]*».

Também, segundo o disposto no artigo 13.º do Código Penal, a punibilidade da negligência, para ser admitida, tem de estar expressamente prevista.

Há muito que o mestre do direito penal, Figueiredo Dias, explica que o facto negligente não é um *minus* em relação ao facto doloso, mas sim um *aliud*, uma outra coisa. A negligência não deve ser vista, portanto, como uma forma atenuada de responsabilidade. A construção do dolo e da negligência não se faz só ao nível da culpa – antes apresentam ambos um tipo de ilícito e um tipo de culpa diferentes.

³¹ Vera Raposo citada por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues in «*Algumas Perspectivas do Erro Médico na Perspectiva do Direito*», p. 13.

Nas palavras de Helena Moniz³², «*O comportamento negligente é, pois, um comportamento que se distingue do doloso, quer ao nível do tipo de ilícito, quer ao nível do tipo de culpa (teoria do duplo escalão). [...] Antes mesmo de olharmos para o agente concreto e para a concreta situação, começamos por analisar o comportamento sob o ponto de vista objetivo (de acordo com o padrão do homem médio e prudente) para concluirmos (ou não) pelo seu carácter ilícito [...] Só depois de analisada a conduta de forma objetiva iremos verificar se o concreto agente, com as suas especificidades, atuou ou não culposamente*».

São elementos da conduta negligente:

- A violação de um dever de cuidado;
- Ao qual o agente está jurídico-penalmente obrigado;
- Cujas observâncias, pelo agente, era possível e exigível;
- Naquelas concretas circunstâncias;
- Preenchimento de uma conduta ou resultado típico³³
- Imputação do resultado à conduta do agente e, em especial, à violação do dever de cuidado.

Em termos de estrutura dogmática, diríamos então que o tipo de ilícito negligente se preenche com a violação do dever de cuidado imposto e que o tipo de culpa se relaciona com a capacidade e exigibilidade da sua previsão e cumprimento pelo agente concreto, naquelas circunstâncias.

Há ainda uma outra distinção a fazer, entre "mera" negligência e negligência grosseira.

Ao contrário do que se possa, eventualmente, pensar, à primeira vista, estes conceitos não correspondem, necessariamente, à negligência inconsciente e inconsciente, respectivamente. Do facto de o agente não chegar, sequer, a representar o preenchimento do crime como possível, não diminui, necessária e automaticamente, o seu grau de culpa.

A negligência grosseira é uma espécie qualificada de negligência, traduz uma actuação especialmente leviana ou descuidada, que reveste acrescida censurabilidade³⁴. Consiste no desrespeito flagrante do mais elementar dever de cuidado, e está prevista nalguns preceitos do Código Penal (cfr. artigos 137.º, n.º 2, e 156.º, n.º 3).

³² Risco e negligência na prática clínica, Revista do Ministério Público, n.º 130, Abr-Jun de 2012.

³³ Embora a questão não tenha relevância nos crimes negligentes aqui abordados – ofensa à integridade física e homicídio – por constituírem ambos crimes de resultado, a distinção faz-se para incluir os crimes de mera actividade.

³⁴ Explica Figueiredo Dias, na senda de Roxin, que a especial intensificação se verifica, não só ao nível da culpa, mas também ao nível do ilícito. «*A 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 adoptada. Mas daqui também não pode concluir-se, sem mais, que também o tipo de culpa resulta, nestes casos, inevitavelmente aumentado, antes tem de alcançar-se a prova autónoma de que o agente revelou no facto uma atitude particularmente censurável de levandade ou descuido perante o comando jurídico-penal [...]*», op. citada, p. 903.

1.4.2.1. O dever objectivo de cuidado de médico

Se, até aqui, o tratamento da negligência médica não traz nada de novo, face ao que é estudado em sede de teoria geral do crime, importa determinar em que consiste, em especial, o dever de cuidado que impende sobre o médico, quais as suas fontes e como se afere a sua violação.

*«Quando se fala da violação do cuidado devido como elemento do tipo de ilícito negligente quer-se designar, dito com maior exactidão, a violação de exigências de comportamento em geral obrigatórias cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respectiva, para evitar realizações não dolosas de um tipo objectivo de ilícito».*³⁵

Constituem fontes do dever de cuidado médico:

- As *leges artis*: a demonstração de que o médico actuou segundo as *leges artis* afasta a relevância penal da conduta, porque se presume, *ope legis*, que não houve violação de um dever de cuidado;
- O Código Deontológico, em especial, os seus artigos 9.º e 35.º;
- As normas de orientação clínica (emanadas pela Ordem dos Médicos, Direcção-Geral da Saúde, entre muitas outras entidades, nacionais e internacionais).

Para que não viole o dever de cuidado, o médico deve ponderar a necessidade da actuação, a adequação dos meios a empregar e sopesar os riscos e benefícios da mesma.

Mas o critério definidor do ilícito negligente deve ter em conta as capacidades do "homem médio", ou as concretas capacidades do agente?

A resposta não é isenta de dúvidas.

Grande parte da doutrina defende, ao nível da ilicitude, o critério do "homem médio", neste caso, do médico médio e prudente, remetendo as considerações sobre as capacidades concretas do agente para o âmbito da culpa.

Já Figueiredo Dias sustenta posição diferente.

Defende este penalista que, quando o agente possua capacidades inferiores à média, tal não releva ao nível do ilícito (caso contrário, corríamos o risco de excluir a tipicidade e punibilidade da conduta), mas apenas na aferição do grau de culpa.

Já as capacidades do agente que se situam acima da média (um cirurgião com invulgar domínio de uma determinada técnica ou procedimento cirúrgico, por exemplo), relevam ao nível do próprio ilícito.³⁶

Assim, nesta matéria, deve valer um critério generalizador e objectivo para os agentes dotados de capacidades médias ou inferiores à média, e um critério individualizador relativamente aqueles cujas capacidades, conhecimentos ou técnica são superiores à média ou especiais.

³⁵ Idem, p. 870.

³⁶ Idem, p. 873.

Naturalmente, o juízo que recai sobre o médico especialista, em relação a actos médicos da sua área de especialidade, é necessariamente mais exigente do aquele que recai sobre o clínico geral.

1.4.2.2. A negligência na assunção

A responsabilidade por negligência pode também advir da aceitação de tarefas para as quais o médico não está preparado, ou porque não possui capacidade ou perícia para as realizar, ou porque não reúne os conhecimentos ou a experiência necessários.

Esta forma de responsabilidade negligente assume especial relevo no contexto médico, por se tratar de uma área altamente especializada e técnica.

Pensemos, por exemplo, no caso do médico generalista que aceita realizar uma cirurgia para a qual são necessários conhecimentos de uma determinada especialidade médica, ou do médico inexperiente que se propõe realizar uma operação particularmente complexa, sem auxílio.

Para que tal comportamento releve jurídica e penalmente, devemos poder afirmar que o agente sabia ou devia saber que não possuía os pressupostos necessários ao desempenho do acto, ou seja, a assunção da tarefa tem de constituir, em si mesma, uma violação do dever de cuidado.

1.4.2.3. A negligência no exercício da medicina em equipa

«Não basta que o médico faça por sua vez quanto deve fazer, se por outro lado não coincidem ao mesmo objeto, os assistentes e as circunstâncias exteriores restantes.»

Hipócrates

Como vem sucedendo com outras profissões, a medicina é cada vez menos uma prática isolada. Longe vai o tempo do médico de província, que permanecia vigilante junto à cabeceira do "seu" doente. Nos dias de hoje, assistimos a uma medicina cada vez mais especializada e exercida em equipa.

Estas novas modalidades de trabalho criam complexas relações de interdependência que, por sua vez, intensificam os desafios colocados ao nível do direito penal.

Especialmente em contexto hospitalar e operatório, pode ser difícil determinar quem foi responsável pelo resultado lesivo, porque, tipicamente, múltiplos profissionais de saúde, médicos e não médicos, participam nos cuidados prestados ao doente.

Neste âmbito de delimitação da responsabilidade pelo ilícito negligente, há dois grandes princípios a ter em conta: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho.

O princípio da confiança dita que cada indivíduo deve poder confiar que os demais se comportarão de acordo com os deveres de cuidado, *excepto* se tiverem motivos concretamente fundados para dever pensar diferentemente.

A delimitação da responsabilidade através do princípio da confiança existe porque, num trabalho em equipa ou no qual intervêm diversos agentes (em simultâneo ou de modo sucessivo) os deveres de cuidado que impendem sobre cada um não responsabilizam os outros agentes. Para Figueiredo Dias e Sónia Fidalgo, o fundamento para tal é a auto-responsabilidade de terceiros.

Intimamente relacionado com esta ideia está o princípio da divisão do trabalho.

A forma como devemos interpretar o princípio da confiança não é a mesma caso o âmbito de relações entre os profissionais seja horizontal (os intervenientes estão em situação equiparada, não hierárquica – caso paradigmático é o de dois médicos especialistas, por exemplo, o cirurgião e o anestesiológista) ou vertical (entre os intervenientes existe uma relação de hierarquia, como acontecerá no caso do médico-chefe e do médico-assistente). Para Sónia Fidalgo, é no âmbito das relações horizontais que o princípio da confiança actua na sua plenitude³⁷.

Já no contexto das relações verticais, há duas posições possíveis³⁸: uma primeira, considera que o chefe de equipa é responsável pela actuação dos demais; uma segunda, considera que esta responsabilidade tem de ser limitada, sob pena de confundirmos a responsabilidade penal com a responsabilidade civil objectiva.

A respeito das relações verticais, a doutrina propendeu, no passado, para uma espécie de "princípio da não confiança", designado, nos países anglo-saxónicos, por "captain of the ship's doctrine".

De acordo com esta doutrina, aquele que está hierarquicamente acima dos demais é responsável pela actuação de todos os membros da equipa.

O exemplo clássico apresentado é o da responsabilidade do cirurgião pelo que ocorresse durante uma cirurgia, ainda que o acto que configurasse o ilícito típico não tivesse sido praticado por si nem fosse tarefa que lhe competia.

Tal doutrina parte da ideia de que o "chefe de equipa" tem um dever de coordenação, controlo e vigilância da actuação dos demais.

Na nossa opinião, estes deveres existem, mas devem ser encarados com razoabilidade.

³⁷ Sónia Fidalgo, Responsabilidade Penal no Exercício da Medicina em Equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. II, 2009, Coimbra Editora.

³⁸ Paula Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 12, nota de rodapé n.º 17, identifica, na doutrina italiana, três posições: a primeira estabelece a responsabilidade de grupo, a segunda, a responsabilidade do chefe de equipa, que comporta, também aqui, excepções, e a terceira, que parte do princípio da confiança, dita que cada elemento da equipa é responsável pela sua actuação.

Mais do que um princípio da não confiança, deverá defender-se um princípio da confiança mitigado.

Exigir ao chefe de equipa que se responsabilize por todo e qualquer acto de qualquer membro da equipa pode ser impraticável e até conduzir a uma situação em que aquele não se possa concentrar na tarefa principal a seu cargo.

O chefe de equipa deverá coordenar, orientar e controlar a equipa, atendendo à medida das competências e experiência de cada um – este dever surge como uma espécie de "dever de cuidado secundário"³⁹.

Co-autoria paralela ou comportamento negligente conjunto?

Outra questão de grande importância que se coloca a propósito da actuação negligente de uma pluralidade de agentes é saber se faz sentido falar em co-autoria ou cumplicidade.

Para Figueiredo Dias, o critério do domínio do facto não tem aplicação no campo da actuação negligente.

Em consequência, a doutrina maioritária apenas reconhece uma concepção unitária de autoria, não se podendo falar em co-autoria ou cumplicidade negligentes, mas sim em autoria paralela, situação na qual os vários agentes actuam de forma independente da dos outros, sem qualquer tipo de acordo prévio, e sem serem conhecedores da conduta levada a cabo pelos demais.

Já Figueiredo Dias designa esta realidade de criação ou potenciação conjunta de um risco não permitido, próxima a uma co-autoria negligente, como comportamento negligente conjunto⁴⁰.

2. Prática e Gestão Processual

2.1. A notícia do crime e a abertura de inquérito

Nos casos de suspeita de negligência médica, a notícia do crime é, frequentemente, transmitida ao Ministério Público ou ao órgão de polícia criminal através de denúncia do próprio ofendido ou dos seus familiares.

Noutros casos, é a própria entidade prestadora de cuidados de saúde que comunica directamente com o Ministério Público.

No caso de morte hospitalar, há que observar o disposto no artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 11/98, de 24 de Janeiro: o hospital tem de comunicar a ocorrência de óbitos cuja causa é desconhecida.

³⁹ Sónia Fidalgo, op. cit., p. 431.

⁴⁰ Figueiredo Dias, op. cit., pp. 893-895.

No caso real de um homem de 69 anos, A., o inquérito teve início com a comunicação da morte hospitalar. O médico de turno que verificou o decesso do doente, internado no próprio dia para realização de exames complementares de diagnóstico, não foi capaz de asseverar a causa da mesma, escrevendo no certificado de óbito: "causa provável: hepatite aguda?"

Concomitantemente, a filha do ofendido apresentou queixa-crime contra os médicos que haviam observado o pai, alegando ter existido "negligência médica".

Em abstracto, poderia estar em causa a prática de um crime de homicídio negligente, previsto e punidos nos termos do artigo 137.º do Código Penal, e foi aberto inquérito para apurar da ocorrência de crime.

2.2. A prova e a sua obtenção

Todos os meios de prova não considerados proibidos podem ser equacionados (artigo 126.º do Código Penal).

Os meios de prova mais significativos e pertinentes nestes casos são:

- Prova testemunhal (artigos 128.º e seguintes do Código de Processo Penal);
- Prova documental (artigos 164.º e seguintes do Código de Processo Penal);
- Prova pericial (artigos 151.º e seguintes do Código de Processo Penal).

Deverão ser inquiridos o ofendido e todas as testemunhas que possam contribuir para a descoberta da verdade, designadamente, familiares e pessoal de saúde que não esteja na posição de arguido.

É ainda obrigatória a audição do arguido, sob pena de nulidade (cfr. artigo 120.º, n.º 2, al. d), do Código de Processo Penal e acórdão fixador de jurisprudência n.º 1/2006, de 02 de Janeiro). Pode acontecer que haja um único denunciado, ou uma pluralidade de denunciados.

Em algumas situações, o próprio denunciante não sabe identificar todo o pessoal médico e não médico que interveio no caso.

A entidade de saúde ou hospitalar deve ser oficiada de modo a serem remetidos aos autos:

- O processo clínico do ofendido (deve incluir toda a informação, tais como análises e exames efectuados, observações médicas e notas de enfermagem);
- A identificação completa dos profissionais de saúde com intervenção no caso;
- Outra informação concretamente relevante (por exemplo, queixa apresentada pelo ofendido junto da própria entidade ou cadeia hierárquica que vigora na entidade de saúde).

A obtenção da prova documental referida nem sempre é fácil.

As entidades visadas por vezes tardam ou dificultam o envio da informação, causando atrasos no inquérito.

Sempre que, por atraso na obtenção da prova, o inquérito se prolongue além dos prazos mencionados nos n.ºs 1 a 3 do artigo 276.º do Código de Processo Penal, o seu titular deve comunicá-lo ao superior hierárquico, nos termos do n.º 6 do mesmo artigo.

No inquérito ao possível homicídio negligente de A., foi solicitada toda a documentação elencada, bem como o processo clínico do ofendido, à médica de família. Esta médica tinha acompanhado as queixas do paciente na semana anterior à sua morte, e considerara o caso grave. Perante tal, escrevera uma carta ao médico do hospital, dando conta de que o paciente sofria de hepatite e necessitava de internamento, tendo instruído o paciente de que se deveria dirigir ao serviço de urgência o mais brevemente possível.

A. dirigiu-se três vezes àquele serviço, no espaço de uma única semana, onde foi visto por vários médicos, consoante os turnos. Nas duas primeiras idas, o internamento foi considerado desnecessário, uma vez que os exames complementares de diagnósticos podiam ser realizados em ambulatório, e o paciente recebeu alta hospitalar.

Na sua terceira deslocação, a sintomatologia de A. tinha agravado consideravelmente, e o paciente teve de ser internado. Veio a falecer nessa mesma noite.

O processo clínico é altamente técnico, e não cabe ao Ministério Público interpretá-lo, mas sim ao perito.

No entanto, o titular do inquérito deve proceder a uma leitura cuidada, atentando nas notas de alta, assinaturas, observações quanto à (des)necessidade de exames complementares de diagnóstico, dúvidas suscitadas quanto ao diagnóstico, etc.

2.3. A prova pericial, em especial

No contexto de investigação da prática médica, a prova pericial afigura-se indispensável.

No que toca à sua valoração, ao abrigo do artigo 163.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, o juízo decorrente da prova pericial presume-se subtraído à livre convicção do julgador.

Conforme a conduta se subsuma ao crime de ofensa à integridade física ou ao de homicídio, deverá ser solicitada a realização de perícia de avaliação de dano corporal ou autópsia médico-legal.

Enquanto a perícia de avaliação do dano corporal deve determinar o tipo de lesões, existência de sequelas e grau de incapacidade, a autópsia tem como objectivo apurar a causa da morte.

De acordo com o disposto no artigo 18.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, «a autópsia médico-legal tem lugar em situações de morte violenta ou de causa ignorada, salvo se existirem informações clínicas suficientes que associadas aos demais elementos permitam concluir, com segurança, pela inexistência da suspeita de crime [...]» .

O Ministério Público pode ainda solicitar parecer:

- À Ordem dos Médicos (Conselho Nacional do Exercício Técnico da Medicina) – cfr. Circular da P.G.R. n.º 3/2010, de 4 de Fevereiro;
- Ao Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses – I.N.M.L.C.F., I.P. (Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais

- e forenses) o qual, por sua vez, se entender que o caso é complexo ou extravasa as suas competências o remete ao presidente, que também preside ao Conselho Médico-Legal⁴¹, órgão consultivo emite parecer colegial, especialmente vocacionado para o juízo técnico-científico sobre alegadas violações das *leges artis*;
- Directamente ao Conselho Médico-Legal, através da Procuradoria-Geral da República (cfr. artigo 12.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 11/98, de 24 de Janeiro e Circular da P.G.R. n.º 3/99, de 27 de Abril).⁴²

O requerimento da perícia deve ser instruído com cópias de toda a informação médica recolhida. Do despacho têm de constar, ainda, os quesitos aos quais se pretende obter resposta. Os quesitos devem ser formulados de forma tão directa, clara e objectiva quanto possível.

Alguns exemplos possíveis, partindo do caso de A.:

- Face ao quadro clínico apresentado, deveria o doente ter sido internado, de imediato?
- Em caso afirmativo, a decisão de alta hospitalar consubstanciou violação das *leges artis*?
- Em caso afirmativo, qual dos médicos deveria ter determinado tal acto?
- Em caso afirmativo, a decisão de não tratar o doente, de imediato, foi causa do agravamento do seu estado de saúde? E da sua morte?
- Em caso afirmativo, se tivesse sido realizada a acção omitida, ter-se-ia evitado a produção do resultado?
- Atento o estado dos conhecimentos da medicina, era possível prever a omissão da conduta devida era susceptível de causar a morte?

Podem ser requeridos esclarecimentos ao parecer, que serão respondidos em parecer complementar. Tal pode ocorrer não só em sede de inquérito como de instrução e de julgamento, quando e nos termos em que for admitido pelo Tribunal – no entanto, pode acarretar custos e atrasos acrescidos.

Também pode ser necessário ouvir os próprios peritos subscritores das perícias.

⁴¹ O Conselho Médico-Legal é constituído por médicos e por juristas e os seus pareceres são irrecorríveis, excepto quando surjam factos novos.

⁴² Acerca da prova pericial sobre "má prática" médica e a solicitação de parecer técnico, sugere-se a visualização da palestra do Prof. Dr. Jorge Costa Santos, proferida no âmbito de acção de formação integrada do Curso complementar de Direito da Saúde, organizado pelo CEJ, em 2012, cujo conteúdo, publicado em 2013, pode ser consultado aqui:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoSaude/Curso_Complementar_Direito_Saude.pdf

Do parecer sobre o caso de A. consta que as sucessivas decisões de não internamento, perante o quadro clínico que aquele apresentava, foram contrárias às *leges artis*. No entanto, não se logrou concluir qual dos médicos tinha sido responsável pela decisão que desencadeou o resultado fatal, nem era possível afirmar que, caso os médicos tivessem seguido as *leges artis*, o resultado teria, com probabilidade, sido evitado. Contudo, em nossa opinião, houve violação do dever de cuidado por parte dos médicos e essa violação teve como consequência a redução, a zero, das hipóteses de sobrevivência de A., potenciando assim um risco não permitido.

De acordo com dados de 2011, divulgados pelo site da Associação Sindical de Juízes, "Justamente", e pelo Diário de Notícias, em Portugal, apenas 1 em cada 10 casos de negligência médica resultam em acusação⁴³. Esta é uma consequência, também, da dificuldade de obtenção da prova e das debilidades da própria prova.

Não obstante, e ainda que com atraso, as palavras de Guilherme de Oliveira afiguram-se-nos inevitáveis: «*Está a chegar ao nosso país, vindo do outro lado do mar, o fenómeno a que já se chamou a «desmistificação da bata branca».* A crescente responsabilização dos médicos com base na falta de cuidado era inevitável, por força da explosão tecnológica, da má utilização dos meios em casos clamorosos, da despersonalização do acto médico que, por ironia, veio implicada com o ideal do *welfare state* em matéria de cuidados de saúde⁴⁴».

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

- Ordem dos Médicos (regulamento disciplinar)

http://ordemosmedicos.pt/wpcontent/uploads/2017/08/Regulamento_631_2016_Disciplinar.pdf

- Palestra do Curso Complementar de Direito da Saúde, no CEJ

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoSaude/Curso_Complementar_Direito_Saude.pdf

- Associação Sindical dos Juízes Portugueses (artigo sobre negligência médica):

<http://www.asjp.pt/2011/07/03/so-um-em-cada-dez-casos-de-negligencia-resulta-em-acusacao/>

- Diário de Notícias (artigo sobre negligência médica):

<https://www.mynetpress.com/pdf/2011/julho/2011070226d751.pdf>

⁴³ A informação completa pode ser consultada em <http://www.asjp.pt/2011/07/03/so-um-em-cada-dez-casos-de-negligencia-resulta-em-acusacao/> e

<https://www.mynetpress.com/pdf/2011/julho/2011070226d751.pdf>

⁴⁴ Guilherme de Oliveira, citado por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues *in* Responsabilidade Médica em Direito Penal [...], p. 19.

Referências bibliográficas

- ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Ed., 2004 e Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigo 150.º, Coimbra, Coimbra Ed., pp. 302-313.
- BRITO, Teresa Quintela de, "Responsabilidade Penal dos Médicos" *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Ed., ano 12, n.º 3, Julho-Setembro de 2002, pp. 371-409.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2007.
- FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- FIDALGO, Sónia, "Responsabilidade Penal no Exercício da Medicina em Equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho", *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. II, Coimbra, Coimbra Ed., pp. 417-435.
- FRAGATA, José e MARTINS, Luís, *O Erro em Medicina, perspectiva do indivíduo, da organização e da sociedade*, Coimbra, Almedina, 2004.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes: *Responsabilidade Médica em Direito Penal, Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, Coimbra, 2007 e "O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal, jóia preciosa do direito penal médico", *in* *Julgar*, n.º 21, 2013, pp. 11-26 e "Alguns aspectos do erro médico na perspectiva do direito", *in* *Ação Médica – Porto*, Associação de Médicos Católicos Portugueses, ano LXXX, n.º 2, 2016, pp. 9-32.
- MARTINS, Fernanda Gonçalves Gallego, *A responsabilidade penal do cirurgião plástico e a conduta do paciente*, Coimbra, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Ed., Janeiro de 2011.
- MONIZ, Helena, "Risco e negligência na prática clínica", *in* *Revista do Ministério Público*, n.º 130, Abril-Junho de 2012, pp. 81-100.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, "Responsabilidade Médica e Consentimento Informado, Ónus da Prova e Nexo de Causalidade", Macau, Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo IV, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2010.
- RAPOSO, Vera Lúcia, "Entre a Vida e a Morte: Responsabilidade Médica nas Decisões em Fim de Vida", *in* *Lex Medicinæ*, Coimbra, ano 9, n.º 18, 2012
- RIBEIRO, Geraldo Rocha, Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos), *in* *Lex Medicinæ*, Coimbra, ano 7, n.º 14, 2010

5. Responsabilidade penal dos médicos

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Alexandra Andrade

André Pereira

Joana Fernandes

Raquel Neves



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. RESPONSABILIDADE PENAL DOS MÉDICOS. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Alexandra Andrade
André Pereira
Joana Fernandes
Raquel Neves



Responsabilidade Penal dos médicos. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Tópicos a abordar:

1. O conceito jurídico-penal de intervenção e tratamento médico-cirúrgico do art. 150.º, n.º 1 do Código Penal
2. Principais tipos incriminadores:
 - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – artigo 150.º, n.º 2 do Código Penal
 - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários – artigo 156.º do Código Penal
 - Dever de esclarecimento – artigo 157.º do Código Penal
 - Recusa de médico – artigo 284.º do Código Penal
3. A negligência – artigo 15.º do Código Penal
4. Responsabilidade penal das equipas médicas
5. Prática e gestão processual

2

1. O conceito jurídico-penal de intervenção e tratamento médico-cirúrgico do artigo 150.º, n.º 1 do Código Penal

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

O conceito jurídico-penal de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – artigo 150.º, n.º 1 do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

REQUISITOS:

- Dispõe o artigo 150.º n.º 1 do Código Penal que “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 *legēs 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”.
- O art.º 150º, n.º 1 estabelece uma cláusula de exclusão da tipicidade ou um contratipo.
- Quatro requisitos cumulativos (dois subjetivos e dois objetivos):
 - I. a qualificação profissional médica do agente;
 - II. a finalidade terapêutica da intervenção;
 - III. a indicação médica;
 - IV. a conformidade com as *legís artis*.

4

O conceito jurídico-penal de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – artigo 150.º, n.º 1 do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A QUALIFICAÇÃO DO AGENTE:

- Qualificação do agente como **médico** (ou “outra pessoa legalmente autorizada”).
- Exclusão dos atos praticados por leigos ou curandeiros.
- Questão da punibilidade da “intervenção” realizada por agente não médico, quando se tenha verificado a intenção terapêutica e o resultado da intervenção tenha sido positivo.

5

O conceito jurídico-penal de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – artigo 150.º, n.º 1 do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A FINALIDADE TERAPÊUTICA:

- “intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”.
- Ação médica dirigida ao melhoramento da saúde do paciente, ao restabelecimento funcional do organismo ou ao alívio do sofrimento físico ou psíquico do paciente, em situações crónicas e irreversíveis.
- Abrange as intervenções que têm o paciente como direto beneficiário.
- Exclui todas as intervenções que, embora normalmente realizadas por médico, não tem o “paciente” como seu beneficiário direto: experimentação pura, intervenções cosméticas, angiografia, castração, caso de transexualismo, etc..

6

O conceito jurídico-penal de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – artigo 150.º, n.º 1 do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A INDICAÇÃO MÉDICA:

- Consiste num juízo científico de adequação curativa e de necessidade de um determinado tratamento em relação a outros possíveis tratamentos ou intervenções disponíveis.
- Baseia-se no estado atual da ciência médica convencional e autorizada.
- Necessidade de ponderação dos previsíveis riscos e vantagens da intervenção ou do tratamento, o que implica um prévio e profundo conhecimento do tratamento (benefícios terapêuticos, efeitos secundários, reações adversas etc.) e do estado do próprio paciente (debilidade, alergias, doenças crónicas, toma de outros medicamentos etc.).
- Segundo Engisch medicamente indicado é o «tratamento, reclamado por uma doença, ex ante considerado como idóneo» não substituível por outro «mais benigno, de idoneidade relativamente equivalente e proporcionado à gravidade da doença».
- Exclui «os tratamentos e métodos ainda não cientificamente convalidados, bem como os métodos de terapia excêntricos em relação à medicina académica ou institucionalizada (maxime os chamados métodos naturalistas, homeopáticos)».

7

O conceito jurídico-penal de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – artigo 150.º, n.º 1 do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A OBSERVÂNCIA DAS *LEGES ARTIS*:

- É um critério valorativo de avaliação da conformidade de um concreto ato médico com a técnica normal da medicina.
- As leis da arte médica são constituídas por um conjunto de regras do know-how profissional e princípios de natureza técnico-científica (mas também de ética e deontologia profissional) aceites pela generalidade da ciência médica, para o tratamento médico de casos análogos.
- A indicação médica «questiona o se da intervenção médico-cirúrgica, enquanto que a «*lex artis*» refere-se à problemática do como de tal intervenção».
- Segundo Álvaro Gomes Rodrigues «a observância da *leges artis* a que se refere o artigo 150º do nosso Código Penal deverá estar presente em todas as fases da intervenção médica, desde os actos necessários ao estabelecimento do diagnóstico até à cura, irreversibilidade da doença ou morte do paciente».

8

2. Principais tipos incriminadores

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- INTERVENÇÕES E TRATAMENTOS MÉDICO-CIRÚRGICOS – ARTIGO 150.º, N.º 2 DO CÓDIGO PENAL
- INTERVENÇÕES E TRATAMENTOS MÉDICO-CIRÚRGICOS ARBITRÁRIOS – ARTIGO 156.º DO CÓDIGO PENAL
- DEVER DE ESCLARECIMENTO – ARTIGO 157.º DO CÓDIGO PENAL
- RECUSA DE MÉDICO- ARTIGO 284.º DO CÓDIGO PENAL

Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos - artigo 150.º, n.º 2 do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

criação de perigo por violação das *leges artis*:

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.

10

Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos - artigo 150.º, n.º 2 do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

criação de perigo por violação das *leges artis*:

- A integridade física como bem jurídico tutelado.
- Caracterização enquanto crime específico próprio e de perigo concreto.
- Elementos do tipo:
 - objectivo:
 - realização de intervenção ou tratamento por médico ou pessoa legalmente autorizada; com propósito curativo; com violação das *leges artis* e conseqüente criação de perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou saúde;nexo de causalidade.
 - subjectivo - o dolo:
 - de violação das *leges artis*.
 - de criação de perigo para os bens jurídicos indicados.
- Dificuldades na delimitação do campo de aplicação e relação de subsidiariedade: em especial, com o art. 144.º, al. d) do C.P.

11

Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários - artigo 156.º do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.
2. O facto não é punível quando o consentimento:
 - a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou
 - b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.
3. Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.
4. O procedimento criminal depende de queixa.

12

Dever de esclarecimento - artigo 157.º do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

13

Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários - artigo 156.º do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- A autodeterminação como bem jurídico tutelado.
- O âmbito de aplicação da norma.
- A exigência do consentimento:
 - consentimento informado e dever de esclarecimento (o art. 157.º do C.P.);
 - consentimento presumido.
- Excepções ao dever de informar:
 - privilégio terapêutico e direito a não saber.
- Hipóteses de actuação lícita sem consentimento do doente.

14

Recusa de médico - artigo 284.º do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- Dispõe o artigo 284º do Código Penal que:

“O médico que recusar o auxílio da sua profissão em caso de perigo para a vida ou de perigo grave para a integridade física de outra pessoa, que não possa ser removido de outra maneira, é punido com pena de prisão até 5 anos”.
- As omissões de auxílio dos médicos poderão constituir uma violação do dever de garante (art.º 10º-2), uma violação do dever específico de assistência médica (consagrado no art. 284º, após a revisão de 1995, pois na versão original do Código Penal de 1982, estava previsto no art.º 276º) ou uma violação do dever geral de auxílio (art. 200º-1).
- Os bens jurídicos protegidos pela presente incriminação são a vida e a integridade física substancial de outra pessoa.

15

Recusa de médico - artigo 284.º do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- O tipo objetivo consiste na recusa da prestação de auxílio pelo médico em caso de perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outra pessoa e que não possa ser removido de outra forma.
- O ato de recusa por parte do médico não depende de qualquer pedido expresso ou interpelação prévia do necessitado de cuidados ou de outrem, abrange tanto a negação, como o protelamento ou a mera inércia do agente em prestar auxílio.
- Crime de omissão pura ou crime de perigo concreto.
- Crime específico próprio.
- O crime de recusa de médico, previsto no art.º 284º, consiste numa especificação do tipo legal de omissão de auxílio, previsto no art.º 200.º n.º 1.

16

Recusa de médico - artigo 284.º do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- Comete o crime do art.º 284º, o médico que não presta os necessários cuidados médicos imediatos e *in locu*, quando tal auxílio é o único meio para afastar o perigo.
- Comete apenas o crime previsto no art.º 200.º n.º 1, no caso de o médico não possuir os conhecimentos especializados (ou os instrumentos) necessários para tratar a pessoa, mas ainda assim, não preste aquilo que era exigível a qualquer pessoa.
- Se sobre o médico recair um dever jurídico de garante da vida e da integridade física do paciente, não deverá ser punido pelo crime de recusa de médico, previsto no art.º 284º, caso omita os cuidados médicos necessários.
 - Nesse caso o agente deverá ser punido pelo crime de homicídio ou ofensas à integridade física, por omissão.

17

Recusa de médico - artigo 284.º do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- Taipa de Carvalho defende que se se verificarem os elementos do tipo legal da recusa de médico (art.º 284º) também se verificam os elementos do tipo legal do crime de homicídio ou do crime de ofensas corporais graves dolosas, na forma consumada (se o resultado ocorrer) ou tentada (se não ocorrer o resultado).
 - Aquele que representa a situação de perigo atua, necessariamente, com dolo em relação à eventualidade do resultado morte ou lesão grave da saúde.
- O crime de recusa de médico está reservado para aquelas situações em que o médico não tenha uma posição de garante e, apesar de representar a efetiva situação de perigo para a vida ou para a integridade física do doente (e de, necessariamente, representar a eventualidade do resultado morte ou lesão grave da saúde do paciente), não lhe preste a indispensável e adequada assistência médica.

18

Recusa de médico - artigo 284.º do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- Diversamente, Teresa Quintela de Brito entende que o critério delimitador do crime de recusa de médico em relação aos demais crimes (crime de homicídio ou de ofensas corporais graves) deverá basear-se no plano subjetivo.
 - autonomiza o dolo da situação de perigo para a vida ou saúde, do dolo da eventualidade de ocorrência do resultado morte ou lesão grave da saúde.
- Afirma esta autora que “se o médico recusar o auxílio da sua profissão, numa situação de perigo para a vida ou de grave perigo para a integridade física não removível de outro modo, com dolo de homicídio ou de ofensas graves, não realiza o crime de recusa de médico. Comete um crime doloso de Homicídio ou de lesões graves à integridade física por omissão”.

19

Recusa de médico - artigo 284.º do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- O crime de recusa de médico é um crime doloso, dado que o tipo subjetivo exige o dolo em qualquer das suas modalidades (bastando o dolo eventual).
- O médico tem de conhecer todos os elementos descritos no tipo:
 - a) situação de perigo para a vida ou de verificação de grave lesão para a integridade física do paciente;
 - b) consciência que a sua intervenção constitui o único meio capaz de eliminar o perigo (caráter indispensável do auxílio);
 - c) consciência que está a recusar o auxílio necessário ao afastamento do perigo (utilidade do auxílio para aquele paciente).
- A recusa de médico não é ilícita se a ação de auxílio implicar grave risco para a vida ou integridade física do médico.

20

Recusa de médico - artigo 284.º do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- **Agravação pelo resultado:**

Dispõe o artigo 285º que “se dos crimes previstos nos artigos 272.º a 274.º, 277.º, 280.º, ou 282.º a 284.º resultar morte ou ofensa à integridade física grave de outra pessoa, o agente é punido com a pena que ao caso caberia, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo”.
- Maioria da doutrina entende que, por força do disposto no art.º 18º do Código Penal, o resultado agravado previsto no art.º 285º tem que ser imputado ao médico, pelo menos, a título de negligência.
- Diferentemente, Taipa de Carvalho defende que o resultado terá de ser imputado à omissão do médico, pelo menos, a título de dolo eventual, e não somente a título de negligência.

21

3. A negligência artigo 15.º do Código Penal

Negligência – artigo 15.º do Código Penal

- 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 (negligência consciente);
 - b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto (negligência inconsciente).

23

Negligência – artigo 15.º do Código Penal

- **Negligência médica:**
 - 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.
 - O agente age com culpa negligente nas situações em que viola o dever objetivo de cuidado que lhe é imposto, não afastando o perigo ou evitando um resultado prejudicial que era por si reconhecível e que poderia ter evitado.
 - Para a apreciação da culpa negligente recorre-se ao critério do homem médio e cauteloso na situação concreta.

24

Negligência – artigo 15.º do Código Penal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- **Negligência médica:**

- O médico deve atuar de acordo com o cuidado, a destreza, os saberes e conhecimentos do estado da medicina ao seu tempo. Além do mais, o médico está obrigado a atualizar os seus conhecimentos científicos e evitar usar métodos antiquados e ultrapassados, que já não estão em uso e nem são aceites pela comunidade médica.

25

4. Responsabilidade penal das equipas médicas

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Responsabilidade penal das equipas médicas

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- **Princípio da confiança:**

- os profissionais de saúde que integrem uma equipa médica devem poder confiar que os restantes membros da equipa com quem estão a lidar executarão as funções que lhes incumbem com o cuidado que lhes é exigido, não tendo que se preocupar com a atuação dos outros.

- **Princípio da divisão de trabalho:**

- este princípio permite que cada um dos elementos que compõem a equipa de trabalho assumam uma tarefa pré-determinada e se responsabilize pela execução da mesma. A distribuição de tarefas, pelos diferentes profissionais que atuam em equipa com um propósito comum, possibilita que se apure a contribuição de cada membro no progresso e desempenho do trabalho efetuado em conjunto.

27

Responsabilidade penal das equipas médicas

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O princípio da divisão de trabalho apresenta duas vertentes: horizontal e vertical.

- **Divisão de trabalho horizontal:**

- é aquela que se desenrola entre profissionais de saúde, que face à sua formação académica, competência e independência, se encontram no mesmo patamar, ou seja, numa situação de igualdade.

Exemplo: o cirurgião e o anestesista que trabalham em conjunto no âmbito de uma intervenção cirúrgica, onde desempenham funções distintas, mas complementares entre si e onde cada médico atua de acordo com o seu conhecimento individual e especializado. Esta divisão de trabalho horizontal, pode verificar-se quer em situações de atuação simultânea, quer no caso de atuações sucessivas, sobre o mesmo paciente.

28

Responsabilidade penal das equipas médicas

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- **Divisão de trabalho vertical:**

- é aquela que ocorre quando há uma relação de hierarquia entre os profissionais de saúde de uma mesma equipa médica, ou seja, neste tipo de divisão de trabalho temos um profissional que dá instruções a outro que as recebe.

Exemplo: o médico cirurgião e o enfermeiro que o auxilia na cirurgia.

29

Comparticipação nos factos negligentes

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- No caso de co-atuação por negligência poderá falar-se em autoria paralela.
- Nas situações de autoria paralela cada um dos intervenientes é responsável apenas pela sua própria contribuição para o facto. No âmbito das ações negligentes, cada um dos intervenientes será considerado autor (em autoria paralela) na medida em que possa dizer-se que com a sua conduta, por violação do dever de cuidado, criou ou aumentou um risco não permitido que se concretizou no resultado.

30

Dados estatísticos: investigações de negligência médica

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- Dados respeitantes a processos que foram investigados na 6.ª Secção do DIAP de Lisboa.

Processos	2014*	2015	2016	2017	2018	2019
Entrados	37	65	55	60	49	75
Acusados	1	3	1	3		
Arquivados	36	60	74	51	41	
Suspensos provisoriamente					1	

* Dados parciais.

Origem: Dados fornecidos ao presente trabalho, em fevereiro de 2020, pela Dra. Emília Serrão, Procuradora da República - 6.ª Secção do DIAP de Lisboa.

31

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. Prática e gestão processual

A notícia do crime

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- **Aquisição da notícia do crime - art.º 241.º C.P.P.**
 - Denúncia do ofendido ou familiares transmitida directamente ao M.P. ou através de O.P.C.
 - Comunicação de terceiros, nomeadamente de instituições de saúde, transmitida directamente ao M.P. ou através de O.P.C.
- **Crimes de natureza pública**
 - Art.º 150.º, n.º 2 C.P.
 - Art.º 137.º C.P.
 - MP deve promover o processo assim que adquira a notícia do crime.

33

Abertura do inquérito e sua direcção

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- **Direcção do inquérito - art.º 263.º C.P.P.**
- **Finalidade e âmbito do inquérito - art.º 264.º C.P.P.**
 - M.P. assistido por O.P.C.
 - M.P. tem o poder/dever de definir a estratégia que considera mais adequada para a investigação da notícia do crime.
 - O inquérito é realizado nos Serviços do M.P., devendo o Magistrado presidir às diligências (sempre que possível).

34

O planeamento da investigação: a prova e a sua obtenção

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- **Legalidade da prova - art.º 125.º C.P.P.**
- **Métodos proibidos de prova - art.º 126.º C.P.P.**
 - São admissíveis todos os meios de prova previstos no C.P.P.
 - Os mais utilizados:
 - a) Prova testemunhal - art.º 128.º a 139.º C.P.P.;
 - b) Prova por declarações de assistente, arguido e partes civis - art.º 140.º a 145.º C.P.P.;
 - c) Prova pericial - art.º 151.º a 163.º C.P.P.;
 - d) Prova documental - art.º 164.º a 170.º C.P.P..
 - São admissíveis todos os meios de obtenção de prova previstos no C.P.P. (com excepção das escutas telefónicas que não tem aplicabilidade a todos os crimes).

35

O planeamento da investigação: a prova e a sua obtenção

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- **Diligências a realizar:**
 1. Requisição de Certificado de Registo Criminal e consulta da base de dados das Suspensões Provisórias;
 2. Inquirição do ofendido/ assistente;
 3. Notificação da instituição de saúde a solicitar:
 - i. o envio do processo clínico do paciente ofendido;
 - ii. a identidade dos profissionais de saúde que tiveram intervenção ou contactaram com o caso;
 - iii. reclamação apresentada pelo ofendido à instituição de saúde.
 4. Solicitação de realização de perícia ao Conselho Médico-Legal para aferir:
 - i. Da violação das *leges artis*
 - ii. Nexo de causalidade entre a actuação médica com violação das *leges artis* e o resultado

36

O planeamento da investigação: a prova e a sua obtenção

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

▪ Diligências a realizar (cont.):

5. Solicitar a realização de perícia de avaliação de dano corporal ou a realização de autópsia;
6. Inquirição de testemunhas;
7. Solicitar o processo da Inspeção-Geral de Saúde;
8. Solicitar à Ordem dos Médicos elementos do processo disciplinar do médico, nomeadamente o parecer proferido pelo Colégio da Especialidade e a decisão final;
9. Proceder à constituição de arguido e interrogatório do(s) suspeito(s).

37

O planeamento da investigação: a prova e a sua obtenção

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

▪ Prova Testemunhal – art.º 128.º a 139.º C.P.P.

- Ofendido.
- Profissionais de saúde que contactaram com a situação (que não sejam suspeitos e que não intervenham na qualidade de peritos), auxiliares de acção médica e administrativos.
- Demais testemunhas indicadas pelo ofendido / Assistente ou pelo arguido.

A prova testemunhal pode revelar-se fulcral para se apurar as circunstâncias que envolveram a actuação médica.

38

O planeamento da investigação: a prova e a sua obtenção

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

▪ Prova por declarações de Assistente – art.º 145.º C.P.P.

- **Ofendido** (ou, se este for menor de 16 anos, os seus legais representantes ou, caso este tenha falecido, os seus familiares indicados no art.º 68.º, n.º 1 C.P.P.) **pode constituir-se assistente** (art.º 68.º C.P.P.).
- Compete ao assistente oferecer provas e requerer diligências, nomeadamente indicar testemunhas, requerer a junção de documentos ao processo ou requerer a realização de perícias.
- Tomada de declarações ao Assistente deve ser das primeiras diligências a ser realizada – esclarecimentos *ab initio* podem ser essenciais.

39

O planeamento da investigação: a prova e a sua obtenção

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

▪ Prova documental – art.º 164.º a 170.º C.P.P.

- Oficiosamente – pedido de elementos à instituição de saúde.
- A requerimento.
- Elementos do processo clínico do ofendido – registos clínicos, exames complementares, etc. (art.º 39.º e 40.º Código Deontológico Médicos).

Dupla importância:

- i. Elemento fundamental para se aferir das circunstâncias da actuação médica (circunstâncias espaço-temporais, patologias do paciente, tratamentos realizados, identificação dos profissionais);
- ii. Servir de base às perícias.

40

O planeamento da investigação: a prova e a sua obtenção

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

▪ Prova pericial – art.º 151.º a 163.º C.P.P.

- Perícias Médico-Legais são realizadas no I.N.M.L.C.F., I.P..
- Regem-se pelo disposto na Lei 45/2004 de 19 de Agosto, em conjugação com as normas do C.P.P. relativas à prova pericial, com exclusão daquelas que são afastadas pelo art.º 3.º, n.º 1 da referida Lei.
- Perícia para aferir da violação das *leges artis* deve ser solicitada ao Conselho Médico-Legal, que é um órgão do I.N.M.L.C.F., I.P..
- Circular n.º 3/99 de 27 de Abril da P.G.R. – o magistrado deve formular no pedido do Perecer as concretas questões que pretende ver respondidas.

41

O planeamento da investigação: a prova e a sua obtenção

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

▪ Prova pericial – art.º 151.º a 163.º C.P.P. (cont.)

- Perícia de avaliação de dano corporal – apurar o tipo de lesões, a dimensão das mesmas e o grau de incapacidade.
- Autópsia – apurar a causa da morte.
- Peritos subscritores das perícias podem ser convocados para prestar esclarecimentos – art.º 158.º, n.º 1 al. a) C.P.P.
- Presume-se subtraída à livre convicção do julgador – art.º 163.º, n.º 1 C.P.P.

42

O planeamento da investigação: a prova e a sua obtenção

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- **Declarações de arguido – art.º 140.º a 144.º C.P.P.**
 - Diligência obrigatória – a sua falta constitui nulidade prevista no art.º 120.º, n.º 2 al. d) CPP (AFJ 1/2006 de 2 de Janeiro)
 - Deve ser presidida por autoridade judiciária
 - As declarações do arguido, prestadas perante autoridade judiciária, podem ser lidas no julgamento, desde que verificados os demais requisitos do art.º 357.º, n.º 1 al. b) C.P.P.

43

O encerramento do inquérito

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- Arquivamento por não se terem recolhido indícios suficientes da verificação do crime ou de quem foram os seus agentes – art.º 277.º, n.º 2 C.P.P.
- Arquivamento por ter sido recolhida prova bastante de se não ter verificado crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de ser legalmente inadmissível o procedimento – art.º 277.º, n.º 1 C.P.P.
- Concluindo-se pela existência de indícios suficientes (art.º 283.º, n.º 2 C.P.P.), o magistrado do M.P. deve:
 - I. Aferir da verificação dos requisitos da suspensão provisória do processo (S.P.P.), previstos no art.º 281.º, n.º 1 C.P.P. (Directiva 1/2014 de 15 de Janeiro da PGR);
 - II. Na impossibilidade de se aplicar a S.P.P., aferir da possibilidade de utilizar o processo sumaríssimo, previsto nos art.º 391.º ss. C.P.P. (Directiva 1/2016 de 15 de Fevereiro);
 - III. No caso de se estar perante factos que integrem o crime do art.º 148.º, n.º 1 C.P., aferir da possibilidade de se dispensar o arguido de pena, nos termos da al. a) do n.º 2 do referido artigo;
 - IV. Na impossibilidade das hipóteses anteriores, preferir acusação em processo comum.

44

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

RESPONSABILIDADE PENAL DOS MÉDICOS.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO,
PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL.

ALEXANDRA ANDRADE

ANDRÉ PEREIRA

JOANA FERIANDES

RAQUEL NEVES



Título:

**Responsabilidade penal dos médicos. Enquadramento
jurídico, prática e gestão processual**

Ano de Publicação: 2021

ISBN: 978-989-9018-66-2

Coleção: Formação Ministério Público

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt