

Responsabilidade penal negligente em organizações complexas de cuidados de saúde*

Reproduzimos em seguida, integralmente, a intervenção de Augusto Silva Dias no âmbito da conferência organizada pela Sociedade de Advogados MLGTS.

Augusto Silva Dias
Professor Associado da Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa



A actividade médica é hoje cada vez menos uma actividade isolada, desempenhada por um indivíduo só. Para isso contribuem diversos factores dos quais destaco dois: a crescente especialização dos médicos e a difusão do trabalho em equipa na realização de tarefas de diagnóstico, terapia, cirurgia, etc.; o desenvolvimento da actividade médica no quadro de unidades de saúde algumas das quais, pela sua dimensão, se afiguram como verdadeiras organizações complexas¹. Deparamos no seio destas com múltiplos sectores ou departamentos onde laboram médicos, farmacêuticos, enfermeiros, responsáveis pelo equipamento médico, fornecedores de alimentos e directores que se ocupam da condução ou governo da organização. Todos estes sectores contribuem de uma forma mais ou menos directa para o bom funcionamento da organização e para proporcionar aos pacientes e utentes condições de bem estar e cuidados de saúde de boa qualidade. Cada sector internamente e os sectores entre si funcionam segundo a regra da divisão de tarefas e o princípio da confiança. É forte a complementaridade entre ambos os aspectos. A divisão de tarefas é efectuada de acordo com as competências funcionais de cada interveniente e pode ocorrer tanto no plano vertical (por exemplo,

nas relações entre o cirurgião e os enfermeiros ou os médicos mais novos que o coadjuvam) como no plano horizontal (por exemplo, entre o cirurgião e o anestesista e entre estes e o farmacêutico). Enquanto naquela funciona o princípio da delegação de funções no pessoal funcionalmente subordinado, cabendo ao médico delegante a correcta selecção do delegado e as funções de direcção e vigilância do trabalho deste, na divisão horizontal todos os intervenientes se relacionam numa base de autonomia e coordenação recíprocas. Em uma e outra espécie de divisão de tarefas intercede, ainda que em graus e escalas diferentes, o princípio da confiança². De acordo com este princípio, cada sujeito, no desempenho de uma actividade, deve esperar que os outros cumpram os seus deveres no exercício das respectivas funções. Não se trata de um princípio contrafáctico mas com um alcance limitado: se o sujeito em causa tiver razões para pensar que os outros não cumprem ou não estão em condições de cumprir as suas funções deve tomar precauções para que esse estado não afecte a realização das suas próprias competências e não se precipite num resultado danoso³. Sem a articulação com o princípio da confiança assim entendido a divisão do trabalho tornar-se-ia altamente disfuncional pois cada interveniente teria de verificar constantemente se a prestação dos outros é correcta, o que pressuporia antes do mais

* Conferência proferida no colóquio sobre "Responsabilidade Médica", organizado pela Sociedade de Advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva. Um vivo agradecimento ao Dr. Rui Patrício pelo convite. O texto vai escrito segundo a ortografia anterior ao Acordo.

1- V. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal na equipa hospitalar: a responsabilidade do farmacêutico*, in *Lex Medicinæ*, ano 7 (2010) nº14, p.96.

2- Sobre o princípio da confiança, seu sentido e limites no âmbito do crime negligente, v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, PG, I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2007, 35/§29 e ss.; SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência no exercício do trabalho em equipa*, Coimbra Editora, 2008, p.107 e ss., referindo-se ao princípio no quadro de intervenções médico-cirúrgicas em equipa; do mesmo modo, *Responsabilidade penal na equipa hospitalar*, p.97 e ss.; FEIJÓO SANCHEZ, *El principio de confianza como critério normativo de imputación en el Derecho Penal: fundamento y consecuencias dogmáticas*, in *Derecho Penal y Criminología*, vol.21 (2000) nº69, p.37 e ss.

3- Sobre os limites do princípio da confiança v. FEIJÓO SANCHEZ, *El principio de confianza*, p.57 e ss.

que todos fossem competentes por (quase) tudo.

Se a divisão de tarefas e o princípio da confiança permitem otimizar recursos e meios para um melhor funcionamento das unidades de saúde, também é certo que propiciam por vezes o surgimento de lesões na saúde e mesmo a morte de pacientes. É o que sucede quando um ou mais agentes cometem erros no desempenho das tarefas que lhes incumbem, cujos efeitos se projectam sobre as tarefas dos outros que intervêm a jusante e não são detectados e neutralizados pelas defesas ou barreiras de segurança do sistema. Tais erros podem provir tanto dos membros de uma equipa envolvida numa dada intervenção médico-cirúrgica (médicos, enfermeiros, farmacêuticos, pessoal auxiliar) como dos dirigentes da unidade de saúde e podem culminar em desfechos trágicos. Nesta conferência vou ocupar-me do chamado erro médico que conta com a interferência de decisões tomadas por dirigentes de organizações de cuidado de saúde. A questão pode ser enunciada nos seguintes termos: com que fundamento e dentro de que limites pode um dirigente hospitalar ser responsável penalmente pela morte ou lesão grave de saúde de um paciente ocorridas nos cuidados intensivos ou num bloco operatório do hospital que dirige, para as quais contribuíram decisões suas sobre cortes na ministração de certos medicamentos, não reparação de equipamento médico em mau estado ou sobre redução de pessoal médico e paramédico com o consequente aumento de horário de trabalho dos que se encontram em serviço.

Esta questão tem sido pouco debatida entre nós mas há factores que a tornam actual e pertinente. Por um lado, a sociologia das organizações de cuidado de saúde vem chamando a atenção para a importância das chamadas “falhas latentes do sistema”, isto é,



defeitos do sistema que facilitam ou potenciam a ocorrência de erros e “prendem-se com o desenho de base do sistema, com a natureza das decisões tomadas a montante, quer por parte dos seus elementos responsáveis, seja a nível de chefia, ou da execução técnica”⁴. Por outras palavras, tais falhas estão presentes de forma permanente na vida das organizações, à semelhança dos elementos patogénicos residentes no organismo humano⁵, e não são manifestas, só se tornando perceptíveis quando operam combinadas com o erro médico, seja qual for a sua modalidade⁶. Por outro lado, vivemos um tempo de grave crise económica, com restrições orçamentais severas e gestão apertada em todos os sectores, não constituindo a prestação de cuidados de saúde uma excepção. As administrações hospitalares têm sido obrigadas, como é sabido, a reduzir despesas através da racionalização de meios e de recursos humanos. Algumas dessas medidas podem ter efeitos a jusante na qualidade dos cuidados de saúde prestados.

Os dois factores mencionados denotam que a actividade médica é condicionada pela estrutura e funcionamento das unidades de cuidados de saúde em que é exercida. Por esta razão o problema da responsabilidade médica por mortes ou lesões no corpo ou na saúde não será convenientemente resolvido se nos quedarmos por uma

4- Neste sentido v. JOSÉ FRAGATA/LUÍS MARTINS, *O erro em medicina: perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*, ed. Almedina, 2008, p.65.
5- V. JOSÉ FRAGATA/LUÍS MARTINS, *O erro em medicina*, p.46, extraindo esta imagem do trabalho de REASON.
6- Sobre as modalidades do erro médico v. PAULA RIBEIRO DE FARIA, *O erro em medicina e o Direito Penal*, in *Lex Medicinæ*, ano 7 (2010) n°14, p.15 e ss.

7- Sobre estes critérios v. FEIJÓO SANCHEZ, *Autoria y participación en organizaciones empresariales complejas*, in *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, ed. B de F, 2009, p.17 e ss. traçando-os no quadro da responsabilidade por factos praticados no contexto de organizações empresariais complexas.

8- Sobre o erro-acidente ou erro-azar v. PAULA RIBEIRO DE FARIA, *O erro em medicina*, ps.11 e 15.

9- Ao art.156º só são reconduzíveis os casos de ensaios clínicos ou experimentação de medicamentos que preencham os requisitos do art.150º, designadamente a finalidade curativa. É o que sucede por exemplo, nos casos de experimentação de medicamentos em doentes, nos quais, apesar de existir incerteza curativa, aquela finalidade está presente também. Aos restantes casos não é aplicável o art.150º (nem, por arrastamento, o art.156º) pelo que permanecemos no âmbito das ofensas à integridade física. No entanto, se a experimentação revelar elevado interesse científico, for realizada de acordo com as *leges artis*, não comportar previsivelmente um elevado risco para a saúde e contar com o consentimento informado da pessoa que a ela se submete, penso que poderemos estar perante uma situação de risco socialmente tolerado que retira à acção o sentido e o desvalor de uma ofensa à integridade física ou – quiçá – de um homicídio.

10- Neste sentido, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *O erro em medicina*, p.14; SILVA SANCHEZ, *Aspectos de la responsabilidad por imprudencia de médico anestesista: la perspectiva del Tribunal Supremo*, in DS, vol 2 (1994), p.45.

11- Neste sentido, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *O erro em medicina*, p.15, afirmando com acerto que “o risco já envolve a possibilidade de um ganho, assenta num jogo de possibilidades, e supõe uma ponderação entre as vantagens que se espera retirar – e que são retiradas – da prestação de cuidados de saúde – e as desvantagens, as consequências negativas eventuais, as complicações, que podem surgir no decurso dessa actividade”.

12- Neste sentido, FEIJÓO SANCHEZ, *Autoria y participación en organizaciones empresariales complejas*, p.22.

13- Este caso foi extraído de JOSÉ FRAGATA/LUÍS MARTINS, *O erro em medicina*, p.63.

14- Por *leges artis* entendemos o conjunto de regras formado pelas normas legais (como o Estatuto do Médico), as normas oriundas de associações profissionais, o Código Deontológico dos médicos, as normas técnicas que constam de artigos científicos, de ordens de serviço e de *guidelines* de organizações nacionais e internacionais – neste sentido, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *O erro em medicina*, p.18. As *leges artis* integram, sem esgotar, o dever de cuidado que recai sobre o médico (ou outros profissionais de saúde) numa dada situação concreta – v. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal na equipa hospitalar*, p.98.

15- Caso baseado no relatado por JOSÉ FRAGATA/LUÍS MARTINS, *O erro em medicina*, p.64.

perspectiva puramente individual baseada na violação das *leges artis* e na sua relação empírico-causal com aqueles resultados. Ignorando a relevância da organização, *rectius*, de decisões tomadas por pessoas que exercem competências de direcção, não teremos a *big picture*, a cabal contextualização do facto necessária para a sua correcta compreensão e solução normativa. Permaneceremos na visão curta de considerar a actividade médica como uma actividade individual, isolada, imune a interferências externas de carácter sistémico. Por outro lado, não é demais lembrar, a influência da organização não pode ser filtrada pela responsabilidade penal da pessoa colectiva, mais que não seja porque em matéria de crimes contra a vida e contra a integridade física esta forma de responsabilidade não é admitida. A responsabilidade penal do dirigente, a existir, terá de revestir a forma de responsabilidade individual por facto próprio.

Quais os termos desta responsabilidade e como se articula ela com a responsabilidade penal do médico, eis a questão central do presente estudo que vou passar a analisar.

I. Contextualização e delimitação da responsabilidade dentro das instituições de cuidados de saúde

O contexto colectivo da actuação médica impõe a meu ver que a morte ou a lesão na saúde que são atribuídas ao chamado erro médico seja imputada de acordo com os seguintes critérios e a ordem da sua enunciação⁷. Em primeiro lugar, é necessário que o facto praticado por erro médico seja imputável à organização que presta cuidados de saúde. Dito de um outro modo, que o facto ocorrido seja atribuível a um defeito da organização, independentemente do epicentro desse defeito. Uma vez comprovado que o facto é imputável à organização torna-se indispensável determinar, em segundo lugar, quem são as

pessoas que dentro do colectivo são competentes por um facto com as características do ocorrido. Trata-se agora da delimitação de âmbitos ou esferas de responsabilidade dentro da organização tendo em vista a imputação do facto lesivo. Apurado isto, é preciso, em último lugar, verificar quem, dentre as pessoas competentes, violou os seus deveres funcionais. A violação de deveres deve ser determinada e atribuída de forma individualizada tendo em conta a estrutura e a dinâmica da organização. A divisão de funções e o princípio da confiança assumem neste ponto particular relevância.

Vejamos mais de perto cada um dos critérios e as conclusões que nos permitem extrair. Quanto ao primeiro, pode dar-se o caso de a morte ou lesão da saúde não serem explicáveis por um defeito ou falha da organização. Pode suceder que aqueles resultados nocivos se devam a uma decisão do paciente ou a um erro-acidente⁸. Suponhamos que o paciente se opõe por motivos religiosos à realização de uma transfusão de sangue urgente ou que o óbito revela que o paciente sofria de uma doença raríssima e impossível de detectar com os meios habitualmente disponíveis em unidades de cuidados de saúde. Na primeira situação, o paciente apropria-se conscientemente do risco e aos médicos nada mais resta do que informá-lo das consequências possíveis da sua decisão. Os médicos não podem impor-lhe a transfusão indicada ao abrigo de um privilégio terapêutico porque isso significaria uma restrição do direito do paciente a dispor de si próprio e a decidir o seu próprio destino, uma restrição inadmissível numa sociedade que assenta no respeito pelos direitos e liberdades das pessoas. A incriminação dos tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários no art.156º do CP, que não visa, como alguns pretendem, reagir à experimentação com seres humanos⁹, confirma esta leitura. Na segunda situação, o evento lesivo

não é atribuível a uma organização defeituosa da instituição na prestação de cuidados de saúde mas ao estado embrionário dos conhecimentos da medicina acerca da doença em causa e à inexistência de meios adequados para a sua detecção. Como sói dizer-se na linguagem do Direito Civil, a obrigação médica é uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultado¹⁰, por isso que se a medicina não dispõe dos conhecimentos nem dos meios adequados para debelar certos tipos de doenças nem os médicos nem as organizações em que actuam podem responder pelos eventos lesivos provenientes dessas faltas cognitivas, terapêuticas e técnicas. Esses eventos mais não são do que acidentes, algo que, por definição não é controlável nem pode entrar em qualquer cálculo de risco¹¹.

Se o resultado nocivo se deve a um erro médico não acidental e imputável à organização defeituosa no seu conjunto, é altura de fazer interceder o segundo critério que diz respeito à delimitação de competências e de âmbitos de responsabilidade no seio da organização. Quem nos diversos sectores da unidade de cuidados de saúde é competente pelo risco gerado pelo erro médico? Um ou mais membros da equipa que procedeu a uma intervenção cirúrgica? O farmacêutico do hospital que forneceu os medicamentos? O Director que não providenciou atempadamente a reparação de equipamento indispensável à monitorização da intervenção médica? Ou todos juntos? Importa ter em conta que aquilo que verdadeiramente releva para este efeito são as competências materiais efectivas e não as competências formais: o organigrama da unidade de cuidados de saúde, por exemplo, serve apenas como instrumento auxiliar, não lhe cabendo nenhum papel decisivo nesta matéria¹². Esquecido não deve ser também que a equipa médica, a farmácia e as estruturas

dirigentes da unidade pertencem a departamentos ou sectores que funcionam de forma autónoma, cada qual realizando as suas atribuições com base no respectivo *know-how* específico. As pessoas de um sector – do mesmo modo que em cada especialidade médica - devem confiar que os que trabalham nos outros sectores serão diligentes no cumprimento dos seus deveres, não necessitando por isso de interferir ou vigiar permanentemente a actuação destes. Assim, até que as circunstâncias apontem no sentido inverso, o anestesista e o cirurgião deverão confiar que os equipamentos se encontram em bom estado de funcionamento, que a farmácia forneceu os fármacos indicados, etc. O princípio da confiança é, como vimos, um princípio estruturante do funcionamento das organizações complexas.

Suponhamos que num dado hospital o equipamento de monitorização da unidade de cuidados intensivos é obsoleto e os monitores de electrocardiograma têm os alarmes de detecção de paragem cardíaca avariados. Não tendo sido oportunamente informado disso, o médico de serviço não se apercebe da paragem cardíaca de um paciente internado nessa unidade e este morre¹³. Não há dúvida de que a falta de assistência do médico aumentou o risco de morte do paciente, mas em minha opinião não pode afirmar-se que o médico é competente por esse risco. Em boa verdade, o médico não infringiu no caso as *leges artis* que regulam a sua actividade¹⁴. Ele prestou os cuidados que eram exigíveis a qualquer médico da sua especialidade nas condições que tinha ao dispor. Não cabe ao médico verificar se o equipamento se encontra ou não a funcionar regularmente e, a menos que ele próprio se aperceba de alguma avaria, tem de confiar que os responsáveis pelo sector do equipamento procedem a revisões periódicas, reparam as avarias ou, pelo menos, informam o pessoal

médico e paramédico de deficiências que o material possa apresentar. Deste modo, quem se apropria do risco são as pessoas que no hospital têm a especial incumbência de zelar pelo bom funcionamento do equipamento e de providenciar à sua reparação ou substituição em caso de avaria. O erro médico provocado por avarias e deficiências do equipamento e o risco de resultados lesivos dele decorrentes são deslocados para a esfera de competências dessas pessoas. Não quer isto dizer que estas serão punidas por homicídio por negligência, mas tão só que o risco proibido é transferido para a sua esfera de competências, passando a correr por sua conta. O que se não é suficiente para fundar o juízo de punibilidade constitui todavia um passo importante no sentido da atribuição da autoria e da afirmação da tipicidade do homicídio negligente.

Suponhamos agora que o médico interno adormece no seu posto não resistindo ao sono após três dias seguidos de serviço no hospital por ordem do Director do estabelecimento fundamentada na necessidade de aumentar os índices de produtividade e de reduzir as despesas com pessoal¹⁵. Por falta de assistência do médico um doente morre durante a noite. Neste caso, o erro médico entronca claramente numa violação das *leges artis* desviando-se em elevada escala do *modus operandi* de um médico diligente na situação. Mas o Director do hospital que decidiu e comunicou ao médico que devia continuar o serviço turnos a fio é igualmente competente pelo risco criado. Um dirigente criterioso sabe que a fadiga é um factor de

16- Sobre a fadiga e os riscos que acarreta v. JOSÉ FRAGATA/LUÍS MARTINS, *O erro em medicina*, p.102.

17- Em sentido idêntico SILVA SANCHEZ, *Aspectos de la responsabilidad por imprudência de médico anestesista*, p.53 e s., a propósito de um caso semelhante da jurisprudência espanhola. 18- Para uma concretização do dever de cuidado, v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, PG, I, 35/§16 e ss.; SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal na equipa hospitalar*, p.98, ocupando-se dessa concretização na actividade farmacêutica.

19- O mesmo vale relativamente aos membros do *top management* da unidade hospitalar se e na medida em que a sua margem de manobra seja igualmente afectada pelas referidas restrições orçamentais.

20- Sobre estes conceitos v. PAULA RIBEIRO DE FÁRIA, *O erro em medicina e o Direito Penal*, p.10.

21- Defende também esta mudança de paradigma na apreciação da responsabilidade penal no quadro de organizações complexas FEIJÓO SANCHEZ, *Autoria y participación en organizaciones empresariales complejas*, p.37 e s., assinala a inevitabilidade de uma certa normatização da autoria no âmbito de organizações complexas, TERESA QUINTELA DE BRITO, *Crime omissivo e novas representações da responsabilidade social*, in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º Aniversário*, ed. Almedina, 2009, p.939 e ss.

22- Sobre esta figura v. por todos FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, PG, I, 35/§25 e ss.

23- Sendo um elemento indispensável à autoria do facto negligente a “negligência por assunção” não significa ainda responsabilidade penal do médico. Suponhamos que este é posto pelo Director perante o dilema de que continua ao serviço por mais x horas ou é despedido imediatamente. Num caso destes – que faz lembrar o caso célebre do “cavalo que toma o freio nos dentes” da jurisprudência alemã – o médico pode encontrar-se num estado de necessidade desculpante do nº2 do art.35º do CP. Sobretudo, se se comprovar que, dada a conjuntura de crise e de desemprego, seria muito difícil ao médico obter novo emprego.

24- Sobre o caso v. ROXIN, *Strafrecht*, AT, II, ed. Beck, 2003, §25 nº240 e s.; STRATENWERTH/ KUHLEN, *Strafrecht*, AT, I, §15/nº80; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, PG, I, 25/§50.

25- Neste sentido, v. por todos ROXIN, *Strafrecht*, AT, II, §25 nº241 e s.

26- Talvez uma tal organização conjunta do risco possa suceder no decurso de uma intervenção médica em equipa, mas não em decisões tomadas a níveis distintos da organização e comunicadas a outros níveis pelos canais internos.

27- Neste sentido, v. FEIJÓO SANCHEZ, *Autoria y participación en organizaciones empresariales complejas*, p.46 nota 48 divergindo de SANCHEZ LAZARO, para quem, ao invés, a participação em subsistemas regulados, como o trânsito rodoviário, cria âmbitos de co-responsabilidade.

risco, potenciador do erro médico e que tem o dever de criar condições para evitar que tal aconteça ou, pelo menos, para minimizar as hipóteses da sua verificação¹⁶. Ao actuar à revelia deste dever de boa gestão o dirigente da unidade contribuiu de um modo relevante para a possibilidade de ocorrência do erro médico. Nestes termos, tornou-se igualmente competente pelo risco para a vida do paciente daí resultante. Ou seja, o risco de erro médico causado pela fadiga inscreve-se nos domínios de competência tanto do médico interno como do membro da Direcção do hospital¹⁷. A delimitação da competência pelo risco, isto é, dos âmbitos da organização responsáveis pelo acontecido, abre espaço para o terceiro critério de imputação: o da violação efectiva do dever de cuidado pelas pessoas abrangidas nos âmbitos competentes pelo risco. Este aspecto é fundamental para a imputação objectiva e subjectiva do homicídio ou das ofensas corporais negligentes às pessoas em cujo âmbito de competências os factos se inserem. O dever de cuidado e, por arrastamento, a negligência proveniente da sua violação, tem uma componente objectiva e uma componente subjectiva. Na primeira releva a questão de saber se o agente criou ou não um risco juridicamente desaprovado ou proibido e nela se integra a observância das *leges artis* pelos médicos, enfermeiros, etc., a infracção de normas jurídicas de comportamento que regulam as diversas actividades no seio da unidade de cuidados de saúde e “os costumes profissionais” pelos quais se pauta um profissional diligente em cada uma dessas actividades (a “figura-padrão cabida ao caso”)¹⁸. A componente subjectiva, indispensável num conceito de ilícito pessoal, consiste nas duas modalidades da negligência – a consciente e a inconsciente - no poder ou capacidade de realizar o cuidado devido (art.15º do CP). A imputação subjectiva requer assim

um certo grau de individualização na análise da actuação do agente.

Posto isto, é fácil de constatar que nem sempre a inscrição de um risco na esfera de competências de um agente significa que ele infringiu o dever de cuidado e que, portanto, deve ser considerado autor de um homicídio ou ofensa corporal negligentes. Suponhamos que no caso anterior, em que a morte do paciente ficou a dever-se a falhas ou avarias do equipamento de monitorização, o responsável ou responsáveis do sector da organização incumbido de zelar pelo bom estado do equipamento têm conhecimento de que os aparelhos não funcionam em boas condições mas por força de constrangimentos orçamentais severos impostos do exterior não dispõem de verbas para a sua reparação. Apesar de competentes pelo risco, não pode afirmar-se, a meu ver, que o responsável ou responsáveis desse sector, que não ordenaram a reparação ou substituição do equipamento, violaram o dever de cuidado que sobre eles recai e que são por isso autores de um homicídio negligente. Em boa verdade, se eles não podiam fazê-lo por falta de condições financeiras que não conseguem suprir, não há fundamento para sustentar que faltaram ao cuidado que lhes era exigido¹⁹. O dever de cuidado a que estão obrigados cumpre-se, em minha opinião, no aviso de que o equipamento não está a funcionar nas melhores condições e no apelo à vigilância reforçada de quem com ele tem de lidar. A ocorrência de uma lesão da saúde de um paciente causada por deficiências do equipamento, cumprido que tenha sido o dever de cuidado, pode eventualmente dar lugar a responsabilidade civil com base em *faute du service* ou, como dispõe o art.7º ns.3 e 4 da Lei nº67/2007 de 31 de Dezembro, no “funcionamento anormal do serviço”²⁰, mas não a responsabilidade penal nem do médico, por cuja conta o risco

gerado pelo erro não corre, nem do responsável ou responsáveis pelo equipamento.

II. Fundamentos da imputação da autoria do facto negligente ao dirigente da organização

Em jeito de síntese, diria que a imputação e a autoria do facto negligente não podem dispensar o contexto da organização na qual o cuidado de saúde deficiente é prestado e que este enquadramento obriga ao abandono de critérios de domínio empírico-causal em prol de critérios de domínio competencial do acontecimento pelas pessoas que desempenham funções nos vários níveis da organização²¹. Vimos também que há casos em que o domínio competencial é repartido por pessoas pertencentes a níveis distintos da organização e que, quando é acompanhado da violação de deveres de cuidado, dá lugar à imputação a essas pessoas da autoria do facto negligente. Será assim no exemplo da morte do paciente por falta de assistência durante a noite por parte do médico que não consegue resistir ao sono por estar ao serviço três dias consecutivos por ordem do Director da unidade de cuidados de saúde. Basta que da parte do médico se verifique a chamada “negligência por assunção”, isto é, aquela que não podendo ser referida ao momento da acção, pode sê-lo, todavia, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS²², “ao momento em que o agente assumiu ou aceitou o desempenho, sabendo todavia, ou sendo-lhe pelo menos cognoscível, que para tanto lhe faltavam os pressupostos anímicos (espirituais) e/ou corporais necessários”²³, e que da parte do Director o plano de gestão adoptado se baseie numa rentabilização máxima dos índices de produtividade dos recursos humanos da unidade.

Debruçar-me-ei a finalizar sobre a questão de se situações como esta podem ser dogmaticamente configuradas como co-autoria

negligente. A co-autoria e, de um modo geral, a comparticipação negligente, é hoje uma das questões controversas na dogmática penal que conta com um número crescente de defensores na doutrina europeia. ROXIN, FEIJÓ SANCHEZ, FIGUEIREDO DIAS, e muitos outros, admitem hoje esta figura. Para alguns, ela é um recurso normativo necessário para adequar a dogmática do crime à resolução de problemas das sociedades contemporâneas. Percebo a ideia mas não sou tão optimista quanto à aceitabilidade jurídico-dogmática da figura. Por duas ordens de razões que exporei aqui, *brevitatis causa*, de uma forma elíptica: uma, de ordem particular, prende-se com as características dos casos de responsabilidade repartida acima mencionados; outra, de ordem geral, relaciona-se com o desenho da co-autoria no Código Penal português. Quanto ao primeiro aspecto, faço notar que a co-autoria negligente surgiu para resolver problemas de causalidade e imputação objectiva em situações que apelidaria de actuação conjunta. Serve de exemplo o célebre caso das *rolling stones* decidido pelo BGer suíço²⁴. Dois indivíduos decidiram conjuntamente fazer rolar duas pedras de grandes dimensões situadas na berma de uma estrada por uma encosta abaixo no fundo da qual se encontravam frequentemente pescadores. Um pescador foi atingido por uma das pedras e morreu, não tendo sido possível comprovar qual dos dois empurrou essa pedra. Segundo a teoria tradicional, a morte não podia ser objectivamente imputada a nenhum dos dois, mas, para evitar este género de entraves à punição, um sector crescente da doutrina propôs e propõe que se impute o resultado ao risco proibido criado por ambos e que estes sejam punidos como co-autores de um homicídio negligente²⁵. Como pode constatar-se nos casos acima expostos não existe uma decisão conjunta de médicos

e de dirigentes no sentido da criação do risco. Por exemplo, no caso em que o dirigente ordena ao médico interno que prolongue os turnos para assim reduzir despesas, tendo o médico aceitado a ordem e adormecido em virtude de fadiga, não prestando por isso assistência a um paciente que acaba por morrer, cada qual, no seu âmbito de competências, cria um risco proibido e é a soma dos riscos que explica o resultado produzido. Não se verifica, pois, uma organização conjunta do risco como aquela que caracteriza o caso das *rolling stones*²⁶. Por esta mesma razão, considero que a solução da co-autoria negligente não é aplicável a contextos lesivos causados pela condução perigosa de vários automobilistas²⁷.

Quanto ao segundo aspecto, entendo que, mesmo que se adequasse aos casos expostos, a co-autoria negligente não se adequa ao recorte da co-autoria no art.26º do CP. Não tanto por força de uma eventual incompatibilidade entre esta modalidade de autoria e o contexto organizativo em que o facto é praticado²⁸, mas sobretudo porque não se pode afirmar, mesmo no caso das *rolling stones*, que haja uma execução conjunta do facto. Neste caso, por certo, os agentes criaram conjuntamente um risco na medida em que concertaram mutuamente que cada um empurrava a sua pedra encosta abaixo. Mas cada uma das acções realizadas não se apresenta como parcela de um homicídio conjunto. Elas não se dirigem a provocar a morte de alguém mas provavelmente a realizar uma competição para ver qual das pedras atinge primeiro o fundo da encosta. Num tal cenário, a empresa

28- Sobre o problema da co-autoria no seio de organizações complexas v. SILVA DIAS, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro*, Coimbra Editora, 2008, p.222 e s.

29- V. *Strafrecht*, AT, I, §15 n°80; v. também STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, AT, I, ed. Stämpfli, 2ª ed., 1996, p.451.

30- Subscvem esta conclusão invocando também as normas legais sobre co-autoria dos respectivos Códigos Penais, ERIK KRAATZ, *Die fahrlässige Mittäterschaft: ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs*, ed. Duncker & Humblot, 2006, p.358; JUAREZ TAVARES, *Teoria do crime culposos*, 3ª ed., ed. Lumen Juris, 2009, p.461 e ss.

conjunta na qual cada uma das acções se insere é a competição, não a morte do pescador. Por isso, não pode afirmar-se que os agentes, conjuntamente, tomaram parte directa na execução deste facto, no sentido do art.26°. Como realçam STRATENWERTH e KUHLEN²⁹, “a cada um dos participantes pode imputar-se apenas a colaboração psíquica na decisão do outro e só por esta via também o resultado”. De organização conjunta da execução ou de condomínio funcional da morte, não cabe aqui falar³⁰.

Em suma, parece-me que neste capítulo não há base legal para sustentar a tese da co-autoria negligente e que a responsabilidade por negligência no seio de organizações terá de ser atribuída de acordo com as regras do chamado

curso de riscos e da autoria paralela. A necessidade de resolução de problemas sociais constitui um impulso para discutir a bondade de figuras dogmáticas que colocam dificuldades a essa resolução, mas não pode levar a distorcer ou ignorar a configuração legal dessas figuras. Em meu entender, as modalidades de comparticipação previstas nos arts.26° e 27° partem de um conceito restritivo de autor e têm por base a actuação dolosa. Na negligência vigora um conceito unitário de autor, ao qual se subsume todo aquele que infringe o cuidado devido e desse modo cria um risco proibido que se materializa no resultado. Também neste particular convém não tomar a nuvem por Juno. Princípio da legalidade *verpflichtet!*

CICLO DE
CONFERÊNCIAS
2012

Núcleo de História da Medicina da Ordem dos Médicos

Sessão de apresentação
‘Abertura do ano Académico’

25 de Setembro, terça-feira, 21h

«História da Ordem dos Médicos»

Carlos Vieira Reis

Presença do Bastonário da Ordem dos Médicos, José Manuel Silva e do Presidente da Secção Regional do Sul, António Pereira Coelho

Sessão temática em colaboração com o Museu Nacional de Arqueologia

‘A medicina no antigo Egipto’

27 de Outubro, sábado, 15h

«Uma convicta profilaxia: a preparação para o Além»

Luís Manuel Araújo

«Lisbon Mummy Project»

Carlos Prates

«O impacto da dieta e do meio ambiente na saúde dos antigos egípcios»

Álvaro Figueiredo

«Medicina egípcia, múmias e mumificação»

Maria do Sameiro Barroso

Conferência

13 de Novembro, terça-feira, 21h

«A medicina e o sagrado»

Victor Machado Borges

História da
Medicina