

## O PARADIGMA DO REGIME DE INTERVENÇÃO E TRATAMENTOS MÉDICO-CIRÚRGICOS À LUZ DO ARTIGO 166.º DO NOVO CÓDIGO PENAL – ATIPICIDADE OU TÍPICIDADE.<sup>1</sup>

*THE PARADIGM OF THE MEDICAL-SURGICAL TREATMENT AND INTERVENTION SYSTEM IN THE LIGHT OF ARTICLE 166 OF THE NEW CRIMINAL CODE – ACTUALITY OR TYPICITY.*

Helder Júlio **TEXEIRA**<sup>\*2</sup>

*\*Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Lueji A'Nkonde. Advogado Estagiário, Assistente da FDULAN e Candidato inscrito no Curso de Mestrado na UAN na Opção Jurídico-Civil*

**SUMÁRIO:** *1. Evolução histórica da arte médica; 2. A compreensão jurídico-penal dos actos médicos; 3. O exercício da medicina em equipa e a delimitação do âmbito da responsabilidade; 4. Paradigma do artigo 166.º do Código Penal; 5. O dever objectivo de cuidado no exercício da medicina e a sua violação por parte do médico – Crime negligente.*

**RESUMO:** O regime de intervenção e tratamentos médico-cirúrgicos, é um regime novo introduzido pelo legislador ordinário no novo Código Penal, contudo, dá para perceber a preocupação do legislador em reconhecer a função social prestada pela classe médica. Com este regime, abordaremos sobre algumas imprecisões ou interpretações que se pode retirar na norma do artigo 166.º do Novo Código Penal, entender se o legislador proclamou uma atipicidade ou ticipicidade dos maus resultados (incapacidade física ou mesmo a morte do paciente) proveniente da intervenção e tratamentos médico-cirúrgicos na sua execução dentro ou fora dos padrões das *leges artis medicinae*. Nesta prisma, coloca-se a situação de saber caso se verificar prejuizos aos bens juridicos uma vez instituido aquele regime será que o direito, nomeadamente o direito penal não pode intervir? Mesmo que há um regime diferenciado?

<sup>1</sup> Artigo JuLaw n.º 007/2022, publicado em <https://julaw.co.ao/o-paradigma-do-regime-de-intervencao-e-tratamentos-medico-cirurgicos-a-lus-do-artigo-166-o-do-codigo-penal/>, aos 17/01/2022.

<sup>2</sup> Conta JuLaw: <https://julaw.co.ao/user/heldertexeira/>



Finalmente, conseguimos fazer uma abordagem profunda sobre a compreensão do paradigma do regime de intervenção e tratamentos médico-cirúrgico.

**Palavras-chave:** Intervenção e tratamentos médico-cirúrgico.

**ABSTRACT:** *The intervention and medical-surgical treatment regime is a new regime introduced by the ordinary legislator in the new Penal Code, however, it is possible to perceive the legislator's concern in recognizing the social function provided by the medical class. With this regime, we will address some inaccuracies or interpretations that can be withdrawn in the norm of article 166 of the New Penal Code, to understand if the legislator proclaimed an atypicality or atypicality of the bad results (physical incapacity or even the death of the patient) resulting from the intervention and medical-surgical treatments in their execution within or outside the standards of the *leges artis medicinale*. In this light, the situation of knowing if there is damage to legal assets, once that regime is instituted, is it that the law, namely criminal law, cannot intervene? Even if there is a differentiated regime? Finally, we managed to make a deep approach to the understanding of the intervention regimen paradigm and medical-surgical treatments.*

**Keywords:** *Intervention medical-surgical; treatments.*

### Desenho Teórico e Metodológico

**Problema Científico:** Como compreender o paradigma do regime de intervenção e tratamentos médico-cirúrgicos – atipicidade ou tipicidade?

**Objecto de estudo:** O nosso campo de acção delimita-se ao Direito Penal.

**Campo de Acção:** O Paradigma do Regime de Intervenção e Tratamentos Médico-Cirúrgicos.

**Objectivos Gerais:** Compreender o paradigma do regime de intervenção e tratamentos médico-cirúrgicos introduzida pelo artigo 166.º do Novo Código Penal.

**Objectivos Específicos:** Analisar os maus resultados provientes da intervenção médico-cirúrgico se são atípicos ou típicos; compreender qual é o sentido e o alcance do legislador ao estatuir o regime de intervenção e tratamentos médico-cirúrgicos.

### Metodologia

O processo de investigação se sustenta no paradigma dialéctico que tem como base metodológica e ideológica o método dialéctico-materialista. O método é o conjunto das actividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objectivo - conhecimentos válidos e verdadeiros.<sup>3</sup> Em tal sentido, utilizou-se um sistema de métodos de investigação de ordem empírica baseada na análise documental e método interpretativo propriamente a hermeneutica jurídica.

<sup>3</sup>MARCONI, M. de A. & LACATOS, E. M. (1987) – *Fundamentos de Metodologia Científicas*, 5ª ed. Editora atlas. P. 82



## Introdução

O presente artigo, tem como escopo a compreensão do paradigma do regime de intervenção e tratamentos médico-cirúrgico previsto no artigo 166.º do Novo Código Penal.

Com esta exposição, pretendemos dar um contributo para uma clarificação do problema da compreensão se na actuação médica resultar dano ao paciente se os mesmos são atípicos ou típicos. Não tendenciamos uma análise fechada em si, mas antes, uma análise que venha promover debate de ideias em torno da temática que nos propusemos abordar, de forma clara e que, de certo modo, seja útil para a classe médica e para os profissionais do direito para a possível determinação da medida da responsabilidade aplicável caso existir uma lesão ao paciente.

Para o desenvolvimento do tema, trouxemos em abordagem alguns pontos que julgamos serem necessários para a sua compreensão, isto é, começando com a evolução histórica da arte médica, em seguida com a compreensão jurídico-penal dos actos médicos, em seu turno com o exercício da medicina em equipa e a delimitação do âmbito da responsabilidade e, por conseguinte, a compreensão do regime do artigo 166.º do Novo Código Penal e a respectiva conclusão.

### 1. Evolução Histórica da Arte Médica

Diante muitos anos a medicina desenvolveu-se num contexto misterioso e mágico, isto é, as doenças tinham uma origem divina e o médico era uma espécie de sacerdote, alguém que tinha o poder de actuar sobre a vida e a morte.<sup>4</sup>

Historicamente, pode se dizer que, os primeiros passos para a criação de uma medicina científica são dados no século XVI, com a publicação do tratado de anatomia de *Andreas Vesalius*. No século XVII, *William Harvey* descreve a circulação sanguínea e, após a descoberta

---

<sup>4</sup> Para melhor fundamento, Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de. (2005). «O fim da arte “silenciosa” (o dever de informação dos médicos)», in: *Temas de Direito da Medicina*. 1ª e 2ª Edição. Coimbra Editora. Publicações do Centro de Direito Biomédico. p.105-6.



da célula como unidade funcional da vida, ainda assim, surge no século XIX, o primeiro paradigma científico da prática médica que é o **paradigma morfológico**. Com a evolução da química orgânica, nasce também o **paradigma químico**.<sup>5</sup>

No período compreendido entre os meados do século XIX e a II Guerra Mundial surge as primeiras especialidades da medicina, nomeadamente: a oftalmologia, a obstetrícia, a pediatria, a psiquiatria, a cirurgia, a radiologia entre outras. Depois da II Guerra Mundial, tornou-se ainda mais evidente os avanços técnicos e científicos nos diversos domínios, isto é, desenvolvendo-se disciplinas como a bioquímica, a física nuclear, a imagiologia e a biologia molecular.<sup>6</sup>

Estes progressos que a medicina vem dando, provocaram alterações em diversas áreas, a título exemplificativo, fez surgir algumas alterações demográficas (diminuição da mortalidade, prolongamento da esperança média de vida, controlo da natalidade), na economia (aumento dos recursos destinados à saúde), na ética (surgimento de uma bioética) e no direito *máxime* (necessidade de enquadramento jurídico das novas descobertas).

## 2. A compreensão jurídico-penal dos actos médicos.

Na actividade médica, estão em causa bens que se encontram entre os mais importantes da ordem legal dos bens jurídicos: a vida humana, a integridade física e a liberdade do paciente. Se o médico actuar negligentemente (sem se descartar a possibilidade se verificar uma atitude dolosa por parte do médico) no exercício da sua profissão e, se dessa actuação advier uma ofensa para o corpo ou para saúde ou mesmo a morte do paciente, o médico pode vir a ser punido por ofensa à integridade física por negligência ou por homicídio por negligência.<sup>7</sup> De realçar que as lesões médicas regra geral surgem de uma forma negligente.

<sup>5</sup> GRAÇA, Luís. (2000). «Evolução do Sistema Hospitalar: Uma Perspectivas Sociológica (VII parte). Europa: o Sistema Técnico (depois da IIª Guerra Mundial)». Disponível em: [www.ensp.unl.pt/luis.graca/textos99.html](http://www.ensp.unl.pt/luis.graca/textos99.html) (acesso aos 26-01-2021 pelas 09h:37), I, 2.

<sup>6</sup> GRAÇA, Luís. (2000). «Profissões de saúde: Especialização técnica, diferenciação social». Disponível em: [www.ensp.unl.pt/luis.graca/textos105.html](http://www.ensp.unl.pt/luis.graca/textos105.html) (acesso aos 26-01-2021 pelas 09h:50), I

<sup>7</sup> FIDALGO, Sónia. (2008). «Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa». 1ª Edição. Coimbra Editora. p. 37.

O direito, nomeadamente o direito penal, reconheceu a relevante função social exercida pela classe médica, sendo que o nosso Código Penal (CP) dedica um tratamento diferenciado e privilegiado à actividade médica, através do regime específico das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, conforme o art.º 166.º do novo Código Penal.

No entanto, não significa dizer que o direito penal poderá deixar de intervir se o médico, violando o dever de cuidado que sobre ele impende (as *legis artis medicinae*), criar (ou potenciar) um risco não permitido que se concretiza numa ofensa à integridade física ou mesmo na morte do paciente.

Ainda sim, com a introdução do artigo acima exposto, no Código penal traz a tona a figura de uma equipa médica, porque ao se referir Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos pressupõe claramente a existência da equipa médica tendo em conta as especificidade e a complexidade que a mesma actividade comporta no momento da sua actuação, que a baixo vamos abordar.

### **3. O Exercício da medicina em equipa e a delimitação do âmbito da responsabilidade**

A medicina durante alguns anos tinha um carácter sagrado, os seus resultados estavam dependentes da intuição do médico e do próprio destino.<sup>8</sup> Os conhecimentos médicos mantiveram-se estagnados durante centenas de anos e só com os avanços técnicos e científicos do Renascimento, criam-se as condições para o surgimento de uma verdadeira ciência médica.<sup>9</sup>

A eficácia da medicina contemporânea está inevitavelmente associada a três características: Agressividade, perigosidade e complexidade. A agressividade e a perigosidade manifesta-se na relevância de se pensar o problema da responsabilidade médica, é na complexidade que se impõe o exercício da medicina em equipa.<sup>10</sup>

<sup>8</sup>Para melhor fundamento, Cfr. DIEGO GRACIA. (1989). «*Fundamentos de Bioética*» Madrid: Eudema. pp. 35 e ss.

<sup>9</sup> SOURNIA, Jean-Charles. (1995). «*História da Medicina*». Lisboa: Instituto Piaget, pp.167 e ss. Ainda sobre a evolução da ciência médica, Cfr. Também ANTUNES, João Lobo. (2003). «*A Profissão de Médico*», Análise Social 166. pp. 78 e ss.

<sup>10</sup> FIDALGO, Sónia. (2008). «*Responsabilidade Penal por*»..., *Ob Cit.*, p.13



Assistimos hoje a uma complexificação da actividade médica de que emerge um novo tipo de médico, já não podemos contar com médico generalista para cuidar de todos os problemas de saúde. A tendência é no sentido de divisão de competência, os médicos reduzem cada vez mais a sua esfera de actuação, aprofundando os seus conhecimentos num âmbito específico.

A medicina dos nossos dias caracteriza-se por: Especialização, interdisciplinaridade e cooperação. A multiplicidade de especialidades médicas, por um lado, e a utilização de técnicas e aparelhos cada vez mais complexos, por outro, exige a participação de vários colaboradores nas diversas fases do processoterapêutico. No exercício da medicina impõe-se, cada vez mais o trabalho em equipa.<sup>11</sup>

Entre nós, o artigo 51.º do Decreto Presidencial n.º 260/10, de 19 de Novembro que aprova o Regime Jurídico de Gestão Hospitalar Angolano, prevê que “Quando a complexidade do processo assistencial o requeira, pode-se congrega vários serviços num único departamento, agrupando especialistas de distintas valências” logo, verifica-se uma verdade equipa médica nas suas actuações.

Deste modo, distinguem-se dois tipos ou duas situações que comporta a equipa médica. Por um lado, as situações em que há execução colectiva e simultânea de um acto médico, como acontece, nomeadamente, nas intervenções cirúrgicas, no trabalho de reanimação no serviço de urgências, na assistência a um parto ou no exame de diagnóstico em que seja necessário, por exemplo, submeter o paciente a anestesia.<sup>12</sup>

Por outro lado, as situações em que os vários profissionais de saúde intervêm no processo terapêutico de forma sucessiva, como acontece sempre que na fase de diagnóstico um médico especialista solicita exame realizado por outros especialistas, ou quando um especialista em medicina geral e familiar remeta o paciente para um médico de outra especialidade.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup>*Idem.*, p. 97

<sup>12</sup>VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. (2003). «Responsabilidade penal del personal sanitario». (2003). Navara: Editorial Aranzadi, SA. *Apud* FIDALGO, Sónia. (2008). «Responsabilidade Penal por»..., *Ob Cit.*, p.98.

<sup>13</sup>*Ibidem.*



Há quem entenda que só nas situações de intervenção simultânea de vários profissionais de saúde se está perante uma verdadeira “equipa médica” – só nestas situações os vários profissionais trabalham de forma conjunta e coordenada, sob a direcção de um deles, mediante divisão do trabalho.<sup>14</sup>

É um ponto assente no qual nos revemos que, quando se refere ao “exercício da medicina em equipa” se pensa, de forma mais imediata, nas situações de actuação simultânea de vários profissionais *maxime*, na equipa médico-cirúrgica. As características da divisão de trabalho e de liderança de um membro da equipa sobre os demais serão mais visíveis nos casos de intervenção simultânea, no entanto, o problema da determinação da responsabilidade dos vários intervenientes do processo terapêuticos de um paciente poderá verificar-se quer no caso de intervenção simultânea quer no caso de intervenção sucessiva.<sup>15</sup>

A ser assim, o exercício da medicina em equipa traduzir-se-á, na intervenção simultânea ou sucessiva, pontual ou continuada de profissionais de saúde da mesma especialidade ou de especialidades diferentes, no âmbito da mesma ou de diferentes instituições de saúde com objectivo comum de melhorar (ou, em certos casos, de manter) o estado de saúde do paciente. É deste conceito amplo de equipa médica que partiremos nas considerações que se seguem.

A actuação em equipa surge nos mais diversos âmbitos da actuação médico-sanitária – desde o trabalho mais elementar que o médico realiza no seu consultor acompanhado de um enfermeiro, passado por outras tarefas mais complexas como as de uma equipa médico-cirúrgica ou as da equipa de um serviço de urgências, até chegar as actividades específicas de um laboratório, exemplo de hematologia.<sup>16</sup>

Perante este cenário de actuação em equipa no âmbito da medicina, é reconhecida por todos, tanto no âmbito médico como no âmbito jurídico, a necessidade de delimitar a

<sup>14</sup>GÓMEZ PAVÓN, Pilar. (2004), «Tratamientos médicos: su responsabilidad civil y penal». Editorial Bosch, S.A. Barcelona, p.348.

<sup>15</sup>FIDALGO, Sónia. (2008). «Responsabilidade Penal por»..., *Ob Cit.*, p.96.

<sup>16</sup>Cf. ASIN CARDIEL, Enrique.(1995) «La responsabilidad del trabajo in equipo: Responsabilidad del personal sanitario». Madrid: Mateu Cromo SA.*Apud.* FIDALGO, Sónia. (2008). «Responsabilidade Penal por»..., *Ob Cit.*p. 99 e 100



responsabilidade. O princípio da responsabilidade pessoal levanta sérios problemas quando se trata de determinar a responsabilidade numa actividade em que intervêm várias pessoas. Tal problema radica no facto de os princípios da responsabilidade penal por negligência terem sido desenvolvidos essencialmente na perspectiva da actuação individual.

E para se determinar melhor a responsabilidade da equipa médica, a doutrina aponta dois princípios, nomeadamente o princípio da “divisão do trabalho” e o “princípio da confiança”<sup>17</sup> no qual constituem os fundamentos com base nos quais a doutrina penal delimita os âmbitos de responsabilidade daquelas que desenvolvem uma actividade no âmbito de uma equipa. Será a partir destes princípios que há-de se determinar a responsabilidade dos diversos profissionais que, em conjunto, simultânea ou sucessivamente, intervêm no processo terapêutico de um doente.

#### 4. Paradigma do regime do artigo 166.º do Novo Código Penal

O novo Código Penal, introduziu uma figura nova no que os actos médicos dizem respeito, o que significa dizer (como foi dito *supra*) que o legislador conseguiu reconhecer a relevância social da actividade médica, pós, trouxe uma situação diferenciada e privilegiada da mesma actividade.

O art.º 166.º do Novo Código Penal sob epígrafe (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos), no seu número 1 aduz o seguinte:

1. “*Não se considera ofensa à integridade física a intervenção e o tratamento realizados por um médico ou por pessoa legalmente autorizada, de acordo com os conhecimentos e práticas da medicina, com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou diminuir doença, sofrimento, lesão, fadiga corporal ou perturbação mental*”.

---

<sup>17</sup> Para melhor desenvolvimento e compreensão acerca dos princípios em causa, Cfr. FIDALGO, Sónia. (2008). «Responsabilidade Penal por»..., *Ob Cit.*, pp. 102-107 e ss

Nos termos do art.º 166.º do Novo Código Penal, *máxime* no n.º1 que constitui o nosso foco principal, a nós nos parasse (salvo o melhor entendimento) que o legislador ordinário estabeleceu a atipicidade dos actos médicos quando resultarem danos aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, ou seja, verifica-se uma proclamação da atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas na direcção dos crimes de ofensas corporais e de homicídio, o que dá a entender que se de uma actuação médico-cirúrgico resultar prejuízos ao paciente quer por dolo ou negligência o médico ou a equipa que intervieram na actividade não serão responsabilizados criminalmente.

Nas palavras de COSTA ANDRADE<sup>18</sup> o regime jurídico - penal das intervenções médico-cirúrgico é “um regime que se analise em dois enunciados fundamentais: em primeiro lugar, a proclamação da atipicidade das intervenções médico-cirúrgicos na direcção dos crimes de ofensas corporais e de homicídio; em segundo lugar, a punição dos tratamentos arbitrários como um autónomo e específico crime contra a liberdade.

A intervenção médico-cirúrgica medicamente indicada, realizada por um médico, com finalidade terapêutica e segundo as *leges artis* no nosso entender, não preenche o tipo de ofensa à integridade física ou a violação do bem vida. E a intervenção será atípica mesmo nos casos em que falhe nos seus objectivos, isto é, mesmo que agrave a lesão ou a doença ou provoque a morte do paciente. Pode assim se dizer que o legislador angolano ao estatuir aquele regime, afastou-se da *teoria do resultado*.<sup>19</sup>

Para que se possa tratar de uma intervenção médico-cirúrgica atípica, é necessário que se verifique, cumulativamente, um conjunto de elementos subjectivos e objectivos.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> ANDRADE, Manuel Da Costa. (1999). «Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, tomo I», Coimbra editora, artigo 150.º Cap., 1

<sup>19</sup> Teoria segundo o qual a intervenção médica mal sucedida preenche o tipo de ofensas à integridade física.

<sup>20</sup> Neste sentido, Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo / MONTEIRO, Jorge Sinde. (1984). «Responsabilidade médica em Portugal». BMJ, p. 21 e ss, 68-9 – MONTEIRO, Jorge Sinde. (1984). «Responsabilidade médica na Europa Ocidental» *Scientia Iuridica*. p. 100 e ss, ANDRADE, Manuel da Costa. (1999). «In Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial» dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Tomo I, Coimbra Editora. Artigo 150.º §12 e 13, BRITO, Teresa Quintela de. (2007). «Os crimes contra a integridade física». In: *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra Editora. p. 500-1



Dos elementos **subjectivos** exigem-se uma específica qualificação do agente e a intenção terapêutica, quando o n.º 1 do art.º 166.º se refere a *“intervenção e o tratamento realizados por um médico ou por pessoa legalmente autorizada”* e *“com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou diminuir doença, sofrimento, lesão, fadiga corporal ou perturbação mental”*

Dos elementos **objectivos** exigem-se uma indicação médica e a realização segundo as *leges artis*, quando o n.º 1 do art.º 166.º se refere *“de acordo com os conhecimentos e práticas da medicina”*

Para se qua dunar com o regime especial previsto no artigo 166.º a intervenção ou tratamento têm, desde logo, de ser realizados por um médico ou pessoal legalmente autorizada. O que significa dizer que, um tratamento levado a cabo por um leigo ou por um curandeiro não integrará o regime das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos.

Ao lado da subjectividade, é necessário ainda que a intervenção ou o tratamento sejam realizados com finalidade terapêutica, isto é, que a pessoa que sobre a intervenção seja a beneficiária directa dessa intervenção. De realçar que a intenção terapêutica é compreendida pela lei angolana em termos amplos, ou seja, abrange o diagnóstico e a prevenção.<sup>21</sup>

Quando a Lei se referiu em *finalidade terapêutica*, entendemos nós que *amens legislatoris* pretendeu afastar do regime das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos as intervenções experimentais.<sup>22</sup> Assevera COSTA ANDRADE<sup>23</sup> que *“todo o tratamento médico comporta um*

<sup>21</sup>Nos termos do artigo 166.º n.º 1 do NCP *“Não se considera ofensa à integridade física a intervenção e o tratamento realizados por um médico ou por pessoa legalmente autorizada, de acordo com os conhecimentos e práticas da medicina, com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou diminuir doença, sofrimento, lesão, fadiga corporal ou perturbação mental”*.

<sup>22</sup>Sobre o quesito das intervenções experimentais *vide* a Declaração de Helsínquia, adoptada em 1964 pela Associação Médica Mundial e sucessivamente alterada em Tóquio (1975), Veneza (1983), Hong Kong (1989), Sommerset West (1996) e Edimburgo (2000), a Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Capítulo V). Infelizmente, no nosso ordenamento jurídico ainda não temos uma lei que versa sobre o regime jurídico da realização de ensaios clínicos em seres humanos com a utilização de medicamentos de uso humano. Em Portugal, *vide* a Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto (regime jurídico da realização de ensaios clínicos em seres humanos com a utilização de medicamentos de uso humano), alterada pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto (regime jurídico dos medicamentos de uso humano).

<sup>23</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. (2004). *«Consentimento em Direito penal –o consentimento presumido»*, p. 468.

coeficiente de experimentação” o que pressupõe dizer que torna-se difícil determinar o que é uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico e o que é uma intervenção experimental.

Assevera PAULA FARIA de que os elementos objectivos não se deixam determinar sem dificuldades e, esclarece também que a indicação médica se traduz desde logo, num juízo que pertence ao médico e que ele deverá levar a cabo segundo as suas capacidades, conhecimentos e experiências, existindo, assim, um elemento subjectivo, uma componente pessoal na indicação médica.<sup>24</sup>

A questão da atipicidade do regime do artigo 166.º do Novo Código Penal, quanto aos prejuízos causados ao paciente é afastada pela intervenção e tratamento médico segundo as *legis artis medicinae*, caso contrário, verifica-se uma tipicidade dos maus resultados.

Do modo em que o próprio artigo, isto é no n.º 2 traz uma distinção a respeito da responsabilidade dos médicos que nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos pautarem fora dos critérios da medicina, isto é, fora dos parâmetros das *leges artis medicinae*. Assim prevê o n.º 2 do artigo 166.º do novo Código Penal :

*“O médico ou a pessoa legalmente autorizada que, em vista das finalidades apontadas no número anterior, realizar intervenções ou tratamentos contrários aos conhecimentos e práticas da medicina e, desse modo, puser em perigo a vida de outra pessoa ou criar perigo de ofensa grave para o corpo ou para a saúde dessa pessoa é punido com pena de prisão até 2 anos ou com a de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber por força da aplicação de outra disposição penal”.*

Nesta sequência, entende FARIA COSTA<sup>25</sup> que torna-se mais difícil ainda determinar o que são os deveres de cuidado correspondentes às *leges artis* e, chama atenção de que o facto que as regras de cuidado serem cristalizadoras nas *leges artis*, sendo primariamente regras de cuidado “na medida em visam acautelar e defender os bens jurídicos que a ordem penal

<sup>24</sup>FARIA, Paula Ribeiro de. (1995). «Aspectos Jurídico-penais dos transplantes». Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, p. 59.

<sup>25</sup> COSTA, José de Faria. (2000). «O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)». Coimbra Editora, p. 529, 530, 532.



considera relevantes”, apresentam, para além disso, uma densidade normativa que não pode ser ignorada: *leges artis medicinae* “visam, não só a manutenção ou a diminuição dos bens jurídicos, como também prosseguem a finalidade de aumentarem esses mesmos bens jurídicos”.

Ainda do mesmo autor, quando, cumprindo as *leges artis*, através do acto médico (e só há verdadeiro acto médico quando o médico actua de acordo com as *leges artis*) se alcança a cura e tão-só se diminua a dor, o acto médico aumenta o universo dos bens jurídicos inerentes à ordem normativa num determinado momento histórico.

Entemos simples, podemos entender as *leges artis*<sup>26</sup> como conjunto de regras gerais de carácter técnico, máximas da experiência e conhecimentos adquiridos, adoptados e aprovados pela comunidade científica, vigentes no exercício da medicina.

Com isto, pode se dizer que, a constante evolução da ciência médica, a liberdade de método que enforma o exercício da medicina e as características de cada paciente tornam difícil determinar qual actuação adequada no caso concreto. Nestes termos, a doutrina alemã dedicou-se largamente ao problema da determinação da conduta contrária às *leges artis medicinae*, procurando esclarecer o sentido daquilo que tradicionalmente designava por “erro da arte” (*kunstfehler*<sup>27</sup>).

Outro ponto, tendo em conta a contraposição feita no n.º 1 do artigo 166.º do NCP, entre indicação médica, por um lado, e, a actuação de acordo com as *leges artis*, por outro, conclui-se que o legislador constituinte quis associar as *leges artis* prevalentemente ao momento de execução do tratamento.

A respeito, entende COSTA ANDRADE que terá que se fazer uma distinção “de índole fundamentalmente conceitual, já que tanto os erros cometidos ao nível do diagnóstico e da

<sup>26</sup> Cfr. HAVA GARCIA, Esthe. (2001). «*La imprudencia médica*» Valencia: *Tirant lo Blanch*, pp.56-7. Apud FIDALGO, Sónia. (2008). «*Responsabilidade ... Ob. Cit.* p.48

<sup>27</sup> Para melhor fundamento a respeito, Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa. (2004). «*Consentimento em Direito penal – o consentimento presumido*», p. 481



escolha da terapia (indicação médica) como nível da execução (*leges artis*) excluirão o facto da figura e do regime dos tratamentos médico-cirúrgicos”.<sup>28</sup>

Do entendimento mais claro a respeito, é apresentado pelo professor FIGUEIREDO DIAS que, ao contrário do que parece inculcar, nem sempre que há violação das *leges artis* a intervenção constituirá uma ofensa à integridade física. A conduta do médico só constituirá uma ofensa à integridade física se a intervenção se traduzir numa ao “corpo ou à saúde de outra pessoa”. Acrescenta ainda que. Se do “*error artis* não derivar uma ofensa no corpo ou na saúde do paciente, a conduta do médico não será, por causa daquele erro, criminalmente punível (ressalvada, é claro, a hipótese de punibilidade da tentativa). Se derivar uma tal ofensa, o médico será punível, havendo então a distinguir consoante o crime foi cometido com dolo ou com negligência”.<sup>29</sup>

## 5. O dever objectivo de cuidado no exercício da medicina e a sua violação por parte do médico – Crime negligente.

Não se excluindo em absoluto a possibilidade de uma conduta dolosa por parte do médico, a eventual lesão da integridade física ou da vida do paciente verificar-se-á, em regra, sob a forma negligente. De agora em diante dedicar-nos-emos ao problema da negligência no exercício da medicina.

Antes de mais afigura-se necessário, conceptualizarmos o crime negligente – é quando por falta de cuidado, diligência ou atenção, alguém lesa valores ou interesses jurídicos penalmente tutelados, o agente responde pelo seu comportamento negligente por não se ter portado de forma a evitar que determinado resultado danoso se produzisse.<sup>30</sup>

É mister salientar também que a negligência pode assumir duas formas conceptualmente distintas, a saber:

<sup>28</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. (1999). «In Comentário Conimbricense..., Ob Cit., artigo 150.º, § 25

<sup>29</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo / MONTEIRO, Jorge Sinde, «Responsabilidade médica em Portugal»..., Ob. Cit., pp. 72-3.

<sup>30</sup> RODRIGUES, O. Ob Cit, p. 227



**1. Negligência Consciente**, verifica-se quando o agente embora prevendo como possível a realização do facto típico, age convencido de que o facto típico não se realizará. Neste tipo, a conduta do agente não é a que a lei lhe impõe para evitar o facto, pois, este, apesar da convicção do agente em contrário, acaba por se verificar.<sup>31</sup>

**2. Negligência Inconsciente**, esta verifica-se quando o agente nem sequer previu a possibilidade da realização do facto típico através da sua conduta e contudo devia e podia ter previsto (a produção do facto típico era previsível). Este tipo, caracteriza-se pela falta de previsão das consequências socialmente perigosas.<sup>32</sup>

De igual modo, torna-se também importante enunciarmos a tipicidade nos crimes negligentes de resultado uma vez que as infracções médicas por negligência são crimes de resultado que, integra assim, os seus elementos: O Comportamento do agente, infracção do dever objectivo de cuidado e imputação objectiva do resultado. Com uma forte tonalidade na violação do dever objectivo de cuidado no exercício da medicina, sumariamente assim os destacamos:

**1. Comportamento do agente** – o primeiro elemento do tipo exige, portanto, uma conduta do agente, sob a forma de acção ou omissão, dominada (negligência consciente) ou dominável (negligência inconsciente) pela vontade.<sup>33</sup>

**2. Infracção do dever objectivo de cuidado** – importa referir que este elemento encontra-se melhor destacado e desenvolvido nesta secção, uma vez que constitui o subtítulo.<sup>34</sup>

**3. A imputação objectiva** – É necessário que o resultado seja objectivamente imputável à acção do agente, o mesmo será punido porque não evitou o resultado proibido, embora a isso fosse objectivamente obrigado e subjectivamente capaz.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup>*Ibidem*

<sup>32</sup>*Ibidem*

<sup>33</sup>RODRIGUES, O. Ob Cit, p. 228

<sup>34</sup>Cf. RODRIGUES, O. Ide, P. 230

<sup>35</sup>Idem, p. 231



Quanto à estrutura dogmática do facto negligente, podemos afirmar que nele se manifesta um tipo de ilícito e um tipo de culpa específico (diferentes dos que se verificam nos factos dolosos),<sup>36</sup> e o nível do tipo de ilícito, a característica que distingue, desde logo, o tipo negligente do tipo doloso é a diferente relação que nele intercede entre a acção e o resultado.

Nos crimes negligentes, diferentemente do que sucede nos crimes dolosos, a vontade do agente não se dirige ao resultado, “a relevância penal dessa vontade não resulta imediatamente do seu conteúdo, mas sim de uma comparação com o comportamento imposto. O tipo de ilícito negligente consubstancia-se na violação, por parte do agente, de um dever objectivo de cuidado que sobre ele impende e que conduziu à produção de um resultado típico que seria previsível e evitável pelo homem médio.

A violação de um dever objectivo de cuidado integra, assim, o campo de ilícito - típico negligente. O médico que violar o dever objectivo de cuidado e que, como consequência dessa violação, ofender o corpo ou a saúde do paciente ou provocar a sua morte, poderá realizar o tipo de ilícito do crime de ofensa à integridade física por negligência ou do homicídio por negligência.

Se o comportamento do médico for um comportamento particularmente perigoso e o resultado for altamente provável à luz da conduta adoptada, pode inclusivamente verificar-se um caso de negligência grosseira, expressamente prevista no tipo de homicídio involuntário.

Portanto, os crimes negligentes consistem essencialmente na violação de um dever juridicamente imposto, de cuidado objectivo. Será indiferente se esta violação imposta ao dever de cuidado seja levada a cabo activamente ou passivamente, isto é, seja um comportamento por acção ou omissão na medida em que não se faz qualquer coisa que se devia fazer. Interessa saber se naquelas circunstâncias, de descuido era exigível que a pessoa se portasse doutra maneira, quer do ponto de vista profissional, humano, social e, portanto se juridicamente era exigível que tivesse feito outra coisa.

---

<sup>36</sup>DIAS, J. de F. (1961) «Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais». Ed. Policopiada. Coimbra, Portugal, p 60 e ss.



Logo, saber com exactidão quando se dá a violação do dever objectivo de cuidado é essencial para o controlo jurídico - penal das consequências atinentes às condutas negligentes. Outrossim, os tipos penais negligentes nada dizem do género e da medida do cuidado aplicável – seria impossível o legislador prever, para cada situação, o cuidado objectivamente devido. Neste sentido, o tipo de ilícito dos crimes negligentes há-de completar-se através de valorações judiciais adicionais.

## Conclusão

Cremos, no entanto, que o legislador não poderia (nem deveria) ter feito mais. O legislador forneceu os critérios elementares que hão-de orientar o jurista no momento de proferir o juízo decisório. Partindo de cada caso concreto, tendo em conta as suas especificidades, é função do jurista fazer um esforço de aproximação ao conteúdo dos elementos caracterizadores das intervenções ou tratamentos médicos-cirúrgicos.

Tarefa sem dúvida difícil, mas fundamental na solução a dar ao caso concreto, isto é, em caso de morte, agravamento da doença ou das lesões, a verificação dos elementos caracterizadores das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos permite distinguir por um lado uma intervenção médico-cirúrgica (atípica) de um tipo de homicídio ou ofensas à integridade física e, por outro lado uma intervenção médico-cirúrgica (típica) de um tipo de homicídio ou ofensas à integridade física.

Portanto, a medicina de hoje, com a sua especialização, agressividade e complexidade, aumentando surpreendentemente as possibilidades de cura, traduz, simultaneamente, um aumento dos riscos. No entanto, o direito penal não poderá deixar de intervir se o médico, violando o dever objectivo de cuidado que sobre ele impende, criar ou potenciar um risco não permitido que se concretiza numa ofensa à integridade física ou mesmo na morte do paciente.

O exercício da medicina em equipa surge hoje como uma inevitabilidade e só delimitando os deveres de cuidado de cada membro será possível determinar a responsabilidade de cada um



se da actuação da equipa advier um dano para o paciente e, os princípios a convocar para proceder a tal delimitação serão o princípio da divisão do trabalho e o princípio da confiança.

Sendo satisfatório no sentido de restringir o conceito de autoria nos crimes negligentes, deve adoptar-se um conceito unitário de autoria nos crimes negligentes. Deste modo, no caso de co-actuação por negligência poderá falar-se apenas de autoria paralela.

Lunda-Norte - Angola, Janeiro 2022

### **Bibliografia**

- ANDRADE, M. Da C. (2004). «*Consentimento em Direito penal – o consentimento presumido*», p. 468.
- ANDRADE, M. Da C. (1999). «*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, tomo I*», Coimbra editora, artigo 150.º Cap., 1
- ASIN CARDIEL, Enrique.(1995) «*La responsabilidad del trabajo in equipo: Responsabilidad del personal sanitario*». Madrid: Mateu Cromo SA
- BRITO, T. Q. De. (2007). «Os crimes contra a integridade física». In: *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*. Coimbra Editora. p. 500-1
- COSTA, J. De F. (2000). «*O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*». Coimbra Editora, p. 529, 530,532.
- DIAS, J. De F. / MONTEIRO, Jorge Sinde. (1984). «Responsabilidade médica em Portugal». BMJ, p. 21 e ss, 68-9
- DIEGO GRACIA. (1989). «*Fundamentos de Bioética*» Madrid: Eudema. pp. 35 e ss.
- FARIA, P. R. De. (1995). «*Aspectos Jurídico-penais dos transplantes*». Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, p. 59.
- FIDALGO, S. (2008). «*Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*». 1ª Edição. Coimbra Editora. p. 37.
- GRAÇA, L. (2000). «*Evolução do Sistema Hospital: Uma Perspectivas Sociológica (VII parte). Europa: o Sistema Técnico (depois da IIª Guerra Mundial)*». Disponível em: [www.ensp.unl.pt/luis.graca/textos99.html](http://www.ensp.unl.pt/luis.graca/textos99.html) (acesso aos 26-01-2021 pelas 09h:37), I, 2.
- GRAÇA, L. (2000). «*Profissões de saúde: Especialização técnica, diferenciação social*». Disponível em: [www.ensp.unl.pt/luis.graca/textos105.html](http://www.ensp.unl.pt/luis.graca/textos105.html) (acesso aos 26-01-2021 pelas 09h:50), 1
- GÓMEZ PAVÓN, P. (2004), «*Tratamientos médicos: su responsabilidad civil y penal*». Editorial Bosch, S.A. Barcelona, p.348.
- HAVA GARCIA, E. (2001). «*La imprudencia médica*» Valencia: Tirant lo Blanch, pp.56-7



MARCONI, M. de A. & LACATOS, E. M. (1987) – Fundamentos de Metodologia Científicas, 5ª ed. Editora atlas. P. 82

MONTEIRO, J. S. (1984). «Responsabilidade médica na Europa Ocidental» *Scientia Iuridica*. p. 100 e ss,

OLIVEIRA, G. De. (2005). «O fim da arte “silenciosa” (o dever de informação dos médicos)», in: *Temas de Direito da Medicina*. 1ª e 2ª Edição. Coimbra Editora. Publicações do Centro de Direito Biomédico. p.105-6.

SOURNIA, Jean-Charles. (1995). «*História da Medicina*». Lisboa: Instituto Piaget,. pp.167 e ss. Ainda sobre a evolução da ciência médica, Cfr. Também ANTUNES, João Lobo. (2003). «*A Profissão de Médico*», *Análise Social* 166. pp. 78 e ss.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2003). «*Responsabilidade penal del personal sanitario*». (2003). Navara: Editorial Aranzadi, SA. *Apud* FIDALGO, Sónia. (2008). «*Responsabilidade Penal por*»..., *Ob Cit.*, p.98.