

## Risco e negligência na prática clínica<sup>[1]</sup>

Helena Moniz <sup>[2]</sup>

Até onde pode ir o risco no âmbito da prática clínica? Em que medida o risco típico de uma atividade complexa, como os procedimentos médicos, afasta qualquer responsabilidade penal médica por prática negligente?

No âmbito do CP português, a punição dos comportamentos negligentes é excecional (cf. 13.º). Porém, a previsão da punição negligente do comportamento lesivo do bem jurídico vida ou integridade física está expressamente prevista no CP – arts. 137.º e 148.º<sup>[3]</sup>. Porque as condutas médicas são potencialmente perigosas (e/ou lesivas) da vida e da integridade física, constituem condutas que poderão integrar aqueles tipos legais de crime.

É assim em grande parte dos outros ordenamentos jurídicos. Mas, no ordenamento jurídico português temos outra previsão que altera a forma como normalmente se pensam estes problemas – o

[1] O texto que se segue serviu de base à minha intervenção oral realizada no âmbito das 1.ªs *Jornadas de Direito da Medicina*, na Universidade Lusíada (Lisboa), a 21 de Junho de 2011; apenas se acrescentou uma ou outra nota de rodapé para esclarecimento pontual do raciocínio.

[2] Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (hmoniz@fd.ucp.pt). Investigadora do Centro de Direito Biomédico. Esta intervenção integra-se no âmbito da investigação a decorrer no projeto “Para um quadro legal de Responsabilidade Médica menos agressivo, mais eficaz e mais favorável à redução do erro médico” (Ref. FCT PTDC/CPJ-JUR/111133/2009/FCOMP-01-0124-FEDER-014435), financiado pela FCT/MCTES (PIDDAC) e cofinanciado pelo FEDER através do COMPETE, coordenado por Guilherme de Oliveira, e realizado

no Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

[3] Ao longo de toda a intervenção estou a pressupor que não se coloca um problema de tratamento médico cirúrgico arbitrário (cf. art. 156.º do CP) por ter sido obtido o respetivo consentimento. E, por isso, também não vou analisar se o tratamento ou intervenção médica realizado/a tecnicamente de acordo com as leis da arte, todavia sem o consentimento/acordo do doente não constituirá uma conduta contra as *leges artis* e, portanto, fora do âmbito da atipicidade do art. 150.º, n.º I, do CP. O que teria como reflexo a apreciação do comportamento de acordo com os cânones do ilícito negligente, podendo eventualmente acabar por se concluir que, apesar de as *leges artis* “técnicas” terem sido cumpridas, ainda assim, teria havido violação do dever de cuidado (porque, por exemplo, o médico não utilizou os conhecimentos superiores que possuía – cf. *infra*).

[4] Tem-se entendido que, apesar de o art. 150.º, n.º I, do CP apenas referir que os comportamentos realizados segundo as *leges artis*, e segundo os pressupostos descritos no dispositivo, não constituem ofensa à integridade física, também os comportamentos realizados segundo os pressupostos do art. 150.º, n.º I, não constituem ofensa à vida (cf., neste sentido, COSTA ANDRADE; anotação ao art. 150.º, *Comentário Coimbraense do Código Penal*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012; agradece-se publicamente ao autor a gentileza de nos ter permitido a leitura das versão ainda em provas tipográficas).

[5] A punição (antecipada) dos comportamentos violadores das *leges artis*,

art. 150.º, n.º I, do CP retira expressamente do âmbito da tipicidade das condutas lesivas da vida ou da integridade física e, portanto do âmbito do direito penal<sup>[4]</sup>, todas as condutas (intervensões ou tratamentos) que sejam realizadas de acordo com as *leges artis*<sup>[5]</sup>, “segundo o estado de conhecimentos e de experiência da medicina existentes na altura”, e desde que realizados “com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”. Pressupondo que um certo tratamento ou intervenção médica foi realizado com o consentimento do paciente, se o resultado alcançado não foi aquele que o doente esperava e/ou não foi o resultado que o clínico esperava obter aquando do diagnóstico e prognóstico, será este comportamento relevante para o direito penal? O resultado lesivo da vida ou da integridade física proveniente de um tratamento ou intervenção médica escapa ao controlo do direito penal ainda que a conduta pudesse ser tida como negligente? Na verdade, o que o art. 150.º, n.º I, do CP, fez foi excluir toda a intervenção ou tratamento médico, realizado nas condições ali descritas, do âmbito da tipicidade. E, quando assim sucede, já não mais se procede a uma análise do comportamento sob o ponto de vista do ilícito negligente, pois já se concluiu, por força da lei, pela sua atipicidade. Mas fará sentido admitir que um comportamento realizado de acordo com as *leges artis* possa integrar um ilícito negligente, se não fosse o disposto naquele art. 150, n.º I, do CP?