

Alguns Aspectos do Erro Médico na Perspectiva do Direito¹

Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Doutor em Direito

Nota Introdutória

A presente comunicação será apresentada em linguagem tão acessível quanto possível e num tom coloquial, tendo em vista, principalmente, os que não dominam a terminologia jurídica, especialmente a relativa ao que em crescente frequência se convencionou designar por direito médico, com particular ênfase em matéria da responsabilidade médica.

Importa dizer que o Erro Médico, por muito que impressione, é, do ponto de vista ôntico-fenomenológico, uma realidade conatural ao próprio exercício da Medicina, como todo o erro é inerente à própria actividade humana, ocorrendo com inusitada frequência e provocando, muitas vezes, lesão ou perigo grave para eminentes bens jurídicos pessoais, tais como a integridade física, a saúde e até a vida do paciente.

Constitui lapidar verdade a que se encerra no conhecidíssimo aforismo latino «*errare humanum est*»!

Mas, precisamente porque assim é, não é menos verdade que ao «*errare humanum est*» se usa contrapor-lhe a expressão «*sed diabolicum perseverare*»!

Portanto, errar é humano, mas já é diabólico perseverar no erro!

Não obstante esta axiomática verdade, não têm sido suficientes, entre nós, estudos sobre tal matéria e, sobretudo comunicações científicas médicas e jurídicas que abordem esta temática com a profundidade e extensão exigíveis e, sobretudo, com a frequência que seria desejável.

Escasseiam livros ou mesmo artigos de revista que abordem, com a clareza indispensável e sem quebra do rigor técnico-científico, esta realidade, assim como ainda são insuficientes as intervenções orais adrede realizadas por especialistas na matéria.

Situação tanto mais grave quanto parece haver, entre nós, algum equívoco conceptual entre o erro médico, a negligência médica, o evento adverso e a denominada violação das *leges artis*.

¹ O texto que ora se publica corresponde, no essencial, ao guião tópico que elaborei para me servir de base a uma palestra que proferi, em 12 de Março de 2016, na cidade do Porto, na Reunião Nacional da Associação dos Médicos Católicos Portugueses – 2016, por amável convite do seu Ilustre Presidente, Dr. Carlos Alberto Martins da Rocha e que teve lugar no Centro de Congressos da Secção Regional do Norte da Ordem dos Médicos.

Tudo é tratado, sobretudo nos meios de comunicação social, sob o denominador comum e sempre estigmatizante de «*negligência médica*», até mesmo nos casos em que a diligência dos profissionais de saúde se revelou notória!

De igual sorte, a abundante informação noticiosa sobre casos denominados, sem qualquer precisão terminológica também, de «*erro médico*».

Tal equivocidade de conceitos prejudica não apenas aqueles que directa e profissionalmente lidam com a problemática do erro médico – designadamente ao nível clínico e forense – mas a todos os que se interessam por questões relacionadas directa ou mediadamente com a saúde e a actividade médica, o que vale dizer que importa a um público cultural e profissionalmente heterogéneo e diversificado já que respeita a um património comum a todos, constituído por valores e bens jurídicos eminentemente pessoais, como a saúde, o corpo e a vida, que são ou podem ser atingidos por erros médicos.

A medicina dos nossos dias é, cada vez mais, substancialmente diferente da que foi praticada, ao longo de tantas gerações até cerca dos meados dos anos 80 do século findo.

Diferente, na medida em que é cientificamente mais avançada, tecnicamente mais complexa e progressivamente mais eficaz.

Diferente também nos meios e técnicas que utiliza para a elaboração do diagnóstico, para a terapêutica clínica e para o acto cirúrgico, diferente na própria organização e estruturação dos serviços médicos e paramédicos, com cada vez maior predomínio para o trabalho interdisciplinar e em equipa, o que gera tendência para a diluição da responsabilidade pela ocorrência infausta e dificuldade na determinação do agente responsável, mas, por isso mesmo, diferente também, no plano da responsabilização jurídica dos seus profissionais, tanto na área cível, como na penal e disciplinar.

É evidente que todo este progresso científico-tecnológico, envolvendo técnicas extremamente melindrosas e invasivas, assim como arsenais medicamentosos potentes, porém de múltiplos efeitos secundários e adversos susceptíveis, sem dúvida, de produzir efeitos terapêuticos altamente benéficos mas simultaneamente com elevado risco de produção de lesões corporais ou da vida dos pacientes, levanta questões até há pouco dificilmente imagináveis, despertando a atenção de pensadores dos mais variados quadrantes científicos.

São disso exemplos a detecção de anomalias genéticas por via da amniocentese, os avanços da cirurgia estética e reparadora, designadamente a neurocirurgia, a microcirurgia e a cirurgia a “*laser*”, os progressos registados nas técnicas de cirurgia torácica especialmente da cardiovascular, os enxertos e

transplantações de órgãos e tantas outras técnicas diagnósticas e terapêuticas que os médicos, melhor que ninguém, não precisam de apresentação.

Porém, também pelos perigos e lesões desencadeadas, a sociedade é quase diariamente confrontada com notícias de resultados médicos infaustos, de efeitos medicamentosos adversos, de mortes, acidentes iatrogênicos, infecções nosocomiais se não letais, certamente de considerável gravidade e efeitos porventura irreversíveis.

Em Portugal é hoje inusitado o fluxo noticioso sobre tal temática, a partir de uma comunicação social em geral não devidamente preparada para compreender a complexidade do fenómeno, o que se traduz muitas vezes na divulgação leviana e equívoca dos casos apontados como falhas médicas aos serviços hospitalares estatais ou à clínica privada, motivando conversas de café depreciativas dos profissionais de saúde cuja pessoa e sua competência nem sequer se conhece, passando pelo incremento impressionante da litigância nos tribunais em tal matéria.

A verdade, porém, é que o erro médico existe e causa efeitos deletérios de que todos os que, a esta temática se dedicam, se apercebem da sua temível natureza e frequência.

Para se aquilatar da dimensão da problemática do erro médico e da consequente relevância deste tema, é de toda a conveniência ter em mente a impressionante asserção constante da primeira página de uma obra de indiscutível referência, publicada no ano 2000 nos EUA pelo Institute of Medicine, intitulada «*To Err is Human: Building a Safer Health System*», que constitui um relatório apresentado pelo *Committee on Quality of Health Care in America*, da autoria de três conceituadas investigadoras.

Segundo o referido Relatório, «*more people die in a given year as a result of medical errors than from motor vehicle accidents (43, 458), breast cancer (42, 297), or AIDS (16, 516)*²».

No estudo notável da autoria de José Fragata, Luís Martins e Colaboradores, intitulado «*O Erro em Medicina*», edição de 2004, lê-se esta impressionante passagem:

«Em Portugal não há dados disponíveis. No entanto, considerando como hipótese, que os nossos hospitais têm o mesmo nível de fiabilidade das instituições congêneres americanas, seria possível estimar entre 1.300 e 2.900 o número de mortos anuais provocado por erros médicos»²

² José Fragata, Luis Martins e Col. « O Erro em Medicina» Almedina, edição de Novembro/2004, pg. 29.

Neste Encontro de hoje sobre a temática do Erro Médico, em boa hora realizado pela Associação dos Médicos Católicos Portugueses nesta bela e vetusta cidade do Porto, foram apresentados impressionantes dados estatísticos do elevado número de casos de insucesso imputados a erro médico, que certamente nos farão reflectir seriamente nesta problemática que, obviamente, a todos nós diz respeito.

Para cabal entendimento da perspectiva do jurista, importa dizer que o profissional do Foro, *maxime*, o Juiz a quem compete apreciar e decidir as questões que lhe são presentes, move-se sempre entre dois hemisférios em que se ancora o dever de apreciação e decisão judicial, o dos factos e o do direito.

O hemisfério dos factos é aquele em que se implantam as realidades da vida, normalmente perceptíveis por via sensorial (ainda que através de instrumentos adequados), o denominado mundo do ser (*sein*, na terminologia germânica), daquilo que acontece, vale dizer, o mundo ontológico, naturalista ou fenomenológico, mais propriamente, o mundo ôntico-fenomenológico.

O hemisfério do direito é o mundo dos valores normativos, do que, na perspectiva jurídica (legal, doutrinária, jurisprudencial e, não raro, até costumeira ou consuetudinária) constitui o mundo do dever ser (*sollen*) um mundo axiológico, valorativo.

Dito de uma forma simples, cabe ao Juiz aperceber-se da realidade, tanto quanto possível, do que efectivamente se passou no plano dos factos ou eventos materiais e, para isso, procede ao julgamento da matéria de facto, mediante o exame, discussão e apreciação dos meios de prova que tiverem sido trazidos ao processo [prova documental (registos clínicos, papeletas hospitalares, prescrições efectuadas ou técnicas utilizadas, exames prévios requisitados)] prova pericial, testemunhal, prova por inspecção, enfim, os meios de prova legalmente admitidos em que possa alicerçar a convicção sobre tais factos.

Fixados os factos provados e elencados os não provados, sempre mediante a necessária e criteriosa fundamentação para se evitar uma fixação arbitrária, procede-se à valoração dos mesmos, inserindo-os, ou não, na previsão das norma legais aplicáveis, com o argumentário técnico-jurídico apropriado para o efeito (a denominada subsunção dos factos na norma).

Finalmente, cabe ao Juiz decidir não apenas com base na *secura* da lei, mas também por comparação com outros casos reais da vida julgados pelos tribunais (jurisprudência) e com apoio na melhor doutrina (trabalhos de investigação dos docentes de Direito ou de pessoas de reconhecido valor técnico-científico, normalmente em publicações especializadas), em tudo isso se apoiando para elaborar a decisão plasmada na sentença judicial.

Estabelecida, ainda que necessariamente “*a vol d’oiseau*”, a distinção entre o mundo dos factos e o mundo do direito, é tempo de dizer que o erro médico como é comumente designado, é uma figura que pertence a este hemisfério factual.

Conceito de Erro Médico

O erro médico é sempre uma distorção da realidade, uma divergência entre a realidade biológica e a representação mental dessa realidade pelo médico.

É um erro intelectual, erro de percepção ou cognitivo.

Com esta abrangência, este erro, denominado justamente como erro de percepção ou de representação ou ainda erro intelectual ou cognitivo, tanto abrange a falsa representação do que, na realidade, existe, como o desconhecimento do que existe e a suposição do que não existe.

Daí que o termo erro abranja a ausência de conhecimento da realidade (ignorância) e a falsa representação da realidade.

Porém, é costume falarmos no estudo do direito penal em erro de execução, contrapondo-o ao erro de percepção ou cognitivo.

Também no plano médico-jurídico poderemos falar de erros de execução, embora tal expressão não seja usada com frequência, antes substituída por outras mais suaves como falha técnica, acidente terapêutico, etc.!

Como os juristas sabem, o erro de execução, na perspectiva jurídico-penal, é um «desvio do golpe» (*aberratio ictus*), isto é, uma falha na execução de um acto material, como por exemplo, se um caçador, por falha de pontaria em relação à peça de caça que visava, atinge uma pessoa ou se alguém quer atingir uma pessoa para a ferir e por inabilidade atinge outra, matando-a.

Um exemplo de escola da *aberratio ictus* ou erro de execução é o de alguém que, desejando matar um cão do vizinho, apontou a espingarda e disparou, atingindo mortalmente uma criança que brincava perto e não acertando no cão [Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I (reimpressão), 1968, pg. 406].

Também no domínio do erro médico existe o erro de execução, como, v. g., quando o médico, ainda que use da sua perícia e destreza acaba por seccionar um vaso sanguíneo que se encontrava oculto por espessa camada de tecido adiposo ou uma artéria friável, quando perfura um órgão no desempenho de um acto cirúrgico por um movimento involuntário da mão ou, ainda, quando produz uma queimadura

no paciente ao lidar com um instrumento de elevada temperatura ou na aplicação de um cautério.

Também é mais frequente do que seria para desejar o erro médico por troca de medicamentos com designações parecidas ou com frascos ou outras embalagens com rótulos da mesma cor ou muito parecida, o que normalmente acontece ao nível da enfermagem, mas que a necessária supervisão do médico não chega a detectar a tempo.

Estes são erros de natureza predominantemente cognitiva, mais do que de execução, mas que poderiam ser evitados com um grau maior de diligência.

Apontaremos apenas a título elucidativo, algumas definições de erro médico:

A de Eberhard Schmidt, segundo o qual, o erro médico é «*todo o erro, cometido por um médico durante a assistência a um doente*» e a que o Mestre de Leipzig chamava *Der Kunstfehler*, erro de arte ou erro profissional [Eberhard Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht* (Leipzig, 1939, p. 138,)]

Embora de amplitude indesmentível, continua a ser uma definição clássica em que não é difícil entrever que, face a tal conceito, nem todo o erro médico, como falha profissional, assume relevância jurídico-penal ou civil, mas apenas aquele que é susceptível de integrar ou determinar o preenchimento de um tipo de ilícito criminal ou que, pelos danos causados e reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil (ilicitude, culpa e comprovado nexos de causalidade entre os danos e a conduta ilícita), constitua o seu autor no dever de indemnizar.

Por isso, este mesmo autor *escrevia*: «*Um procedimento errado pode ficar sem qualquer consequência e, deste modo, ser insignificante do ponto de vista penal*».

O erro médico é uma realidade que, por ser ôntico-fenomenológica, releva *in se ipsa* no plano da matéria de facto.

Eberhard Schmidt ensinava que o *Kunstfehler*, neste sentido, não encerra qualquer juízo de valor jurídico, mas é somente uma designação para um facto.

Segundo o ilustre penalista e médico alemão, trata-se somente da confirmação, de que num determinado caso particular, algo aconteceu do ponto de vista médico e que, desse mesmo ponto de vista, está errado (*Der Arzt im Strafrecht*, pg. 137).

Também continua a ser este o entendimento actual de grande parte da doutrina especializada.

Para Romeo Casabona, o erro médico traduz-se num «defeito de aplicação

de métodos, técnicas e procedimentos nas distintas fases de actuação do médico (técnica exploratória, diagnóstico, prognóstico, realização do tratamento)».

O mesmo autor acrescenta que, de acordo com tal linha de pensamento, o erro médico não supõe uma valoração jurídica, posto que se trata unicamente da comprovação fáctica de que um determinado acto clínico ou cirúrgico não está correcto do ponto de vista técnico.

Não sendo, portanto, uma realidade do mundo do Direito, uma figura jurídica, a verdade é que o erro médico reveste-se, pelo que se deixa exposto, de alta relevância social e ética, além da sua irrefragável projecção no plano jurídico, quer no domínio do Direito Penal, quer no domínio do Direito Civil com reflexos no campo jurídico-administrativo, jurídico-laboral e no domínio do direito disciplinar.

Porém, aqui surge uma questão!

Sendo uma realidade de facto, como releva o mesmo para o Direito?

No que tange ao Direito Penal, o erro médico só é relevante quando, por via dele, o médico preenche a factualidade de um tipo de ilícito criminal (*factualidade típica*) em que o bem jurídico penalmente tutelado seja a saúde, o corpo ou a vida do paciente, ou a sua liberdade e autodeterminação, na medida em que tal erro fundamenta a imputação objectiva de um *resultado lesivo* a uma conduta penalmente punível (realização de um tipo legal doloso, na forma tentada ou consumada, ou de um tipo legal negligente, na forma consumada, nos casos de negligência punível).

Por isso se diz que os crimes de ofensas à integridade física e de homicídio são «*crimes de dano ou de resultado*», pois para que se verifiquem estes crimes é necessário que se verifique o resultado lesivo que lei visava evitar com a tipificação penal de tais comportamentos ou condutas.

No entanto, quanto aos crimes dolosos, isto é, praticados com intenção de obter o resultado proibido ou com indiferença pelo seu surgimento, o não acontecimento do evento material (resultado) nem sempre afasta a prática do crime, agora na sua forma tentada, isto é, o agente pratica todos os actos de execução desse crime, mas, por razões alheias à sua vontade, o resultado frustra-se, isto é, não acontece.

Note-se, no entanto, que nos termos do nº 1 do artº 23º do Código Penal, a tentativa só é punível se ao crime consumado (isto é, aquele em que o resultado material típico se segue aos actos de execução como consequência destes) corresponder pena superior a três anos de prisão, salvo havendo disposição legal em contrário.

Como a larguíssima maioria dos crimes médicos são decorrentes de condutas negligentes, portanto, crimes negligentes, não há lugar à tentativa, que é um conceito jurídico-penal específico dos crimes dolosos, pelo menos no nosso ordenamento jurídico-penal.

No âmbito do Direito Civil cujas demandas visam uma finalidade ressarcitória e/ou compensatória pelos danos sofridos, embora alguns autores reconheçam à indemnização uma componente sancionatória, para que haja lugar às indemnizações por danos patrimoniais, isto é, por aqueles danos susceptíveis de avaliação pecuniária (como as despesas hospitalares, compra de medicamentos, transportes, deslocações, aparelhos e próteses necessárias, etc.) ou compensações por danos não patrimoniais, também denominados danos morais (danos estéticos, *quantum doloris* do sofrimento, desgostos e angústias, abstenção de certos divertimentos ou lazeres) ou, ainda, pelos chamados danos patrimoniais futuros, isto é, os decorrentes da evolução biológica da saúde e da capacidade de ganho ou de trabalho habitual, necessária se torna a existência de tais danos ou lesões para haver lugar à responsabilidade civil do autor da lesão.

Se da conduta errada do médico não tiverem resultado danos, não haverá responsabilidade civil, pois os danos ou prejuízos constituem pressupostos ou requisitos de tal responsabilidade, assim como a conexão causal entre a conduta ilícita e o dano (nexo de causalidade que fundamenta a imputação objectiva do ilícito civil ao agente ou autor da lesão).

Não havendo danos, não há, portanto, lugar à responsabilidade civil contratual ou extracontratual por inexistência de um pressuposto da mesma, o dano ou prejuízo.

Configura-se, deste modo, o erro médico como uma falha profissional, independentemente da sua valoração jurídica e, portanto, um erro do ponto de vista técnico.

Isto significa que o erro médico, em si mesmo, isto é, desligado das suas consequências, não releva directamente para o Direito Penal ou Civil, o que não quer dizer que não seja censurável noutros domínios jurídicos, como, v.g, no plano disciplinar, ou até, consoante o circunstancialismo da sua ocorrência, ética e socialmente reprovável.

Numa intervenção que efectuei numa acção de formação do Centro de Estudos Judiciários em Coimbra, no dia 12 de Novembro de 2010 e que teve lugar no auditório da Fundação Bissaya Barreto, esta minha asserção ocasionou um equívoco no sentido de se supor que o erro médico seria juridicamente irrelevante.

Não é assim, como ora se deixou expresso, pois tal irrelevância só se verifica, nos domínios civil e penal, quando inexistem danos ou prejuízos e mesmo assim quanto aos crimes negligentes, pois quanto aos dolosos (nas modalidades de dolo directo ou intenção, dolo necessário ou dolo eventual) estão criminalmente tipificadas algumas condutas que não exigem a consequência danosa, pois a lei criminaliza tais condutas pelo elevado teor de perigo de lesão que desencadeiam, são os chamados crimes de perigo.

Para o conceituado cardio-cirurgião Prof. José Fragata, o erro em medicina é delineado 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»*³.

Para Germano de Sousa, que foi Bastonário da Ordem dos Médicos, o erro médico é *«a conduta profissional inadequada resultante de utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorrectas que se revelam lesivas para a saúde ou vida do doente»*⁴.

Tal definição engloba também o erro de diagnóstico, já que, também nesta fase, o médico deve recorrer à técnica adequada para se abalizar a emitir tal juízo, a par, naturalmente, da observância das regras de cuidado.

De acordo com o citado autor, importa «diferenciar o erro médico culposo do erro resultante de acidente imprevisível, consequência de caso fortuito, incapaz de ser previsto ou evitado».

Considera, ainda, que não é erro o resultado incontornável, isto é, o que decorre da situação incontornável de curso inexorável quando até ao momento da ocorrência a ciência médica e a competência profissionais não dispõem de soluções.

Finalmente, o autor referido exclui ainda do conceito de erro médico o **resultado adverso**, quando o médico emprega todos os meios disponíveis sem obter o sucesso pretendido.

Neste brevíssimo excurso sobre as várias posições sobre o conceito de erro médico, não podíamos deixar de aludir à do Professor da Faculdade de Medicina de São Paulo, Irandy Novah Moraes, que à temática do erro médico dedicou dois extensos volumes sobre as suas múltiplas facetas.

Para o conceituado autor brasileiro, o erro médico é a falha do médico no exercício da profissão, aqui se aproximando significativamente de Eb. Schmidt e de

³ JOSÉ FRAGATA E LUÍS MARTINS, *O Erro em Medicina, Perspectivas do Indivíduo, da Organização e da Sociedade*, Almedina, reimpressão da edição de Novembro/2004, pg. 312/13.

⁴ Germano de Sousa, *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 6, pg.12-14.

Karl Engisch, excluindo de tão amplo conceito, as falhas da própria natureza, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo profissional para o tratamento de um mal maior, como a amputação de uma perna para o tratamento de um gangrena que, por si só, poderia levar o paciente à morte.

Novah Moraes³ distingue entre erro propriamente dito e acidente, e entre este conceito e o de complicação.

O acidente, para este autor, é «a ocorrência desagradável não esperada mas previsível, como as intercorrências que acontecem, tanto no processo diagnóstico, como no terapêutico, como são, por exemplo, os acidentes radiológicos, anestésicos e cirúrgicos».

A complicação é «o aparecimento de uma nova condição mórbida no decorrer de uma doença, devida ou não à mesma causa».

O referido autor apresenta como exemplos de complicações, o caso do paciente arteriosclerótico, que tendo sido tratado de uma gangrena, falece de enfarte do miocárdio, no dia da alta hospitalar, ou da complicação que ocorre nos doentes mal nutridos no pós-operatório de uma cirurgia abdominal, designada por evisceração, quando a sutura rompe-se e as vísceras ficam expostas.

Todos conhecemos casos de doentes internados, que mercê da sua posição de decúbito dorsal prolongada, são vítimas de embolias fatais por força de coágulos produzidos pela estase em que se encontram, ou de pneumonias por acumulação de muco nos pulmões em caso de supressão ou de diminuição acentuada do reflexo da tosse.

Em todo o caso, importa não olvidar que por detrás de um acidente ou de uma complicação, pode estar um erro de percepção ou cognitivo como um erro de diagnóstico, de profilaxia ou de terapêutica decorrente da ausência de conhecimentos técnico-científicos (**ausência de representação da realidade**), da errada interpretação da sintomatologia do paciente ou de dados laboratoriais, imagiológicos ou clínicos (**representação deformada ou distorcida da realidade**) ou um erro de execução, como o manejo indevido de instrumentos na realização do acto clínico ou cirúrgico ou troca de produtos farmacológicos no tratamento do paciente.

Para além da figura fronteira de evento adverso, cujo conceito adiante se delineará, uma outra figura relevante apresenta afinidades com a do erro médico, que é a do risco clínico, definido por J. Fragata como «a probabilidade de ocorrência de um qualquer evento adverso».

Segundo o conceituado Professor, as estratificações do risco, actualmente em uso, assumem como únicas determinantes de resultado o chamado risco intrínseco à

doença actual (natureza e estado clínico), o risco incremental (devido às comorbilidades associadas) e, embora em menor percentagem, à natureza do procedimento médico ou cirúrgico.

Aqui não se incluem, ainda segundo o mesmo autor, «aspectos fundamentais como a dificuldade técnica devida, por exemplo, à variação anatómica, à performance do operador ou do hospital, bem como factores complexos de interacção incerta e mesmo o acaso».

Exemplo característico de situação de maior risco clínico será, ainda segundo o Prof. Fragata *«operar doentes idosos, com diversas co-morbilidades associadas»*,⁵ ou, por exemplo, no que tange aos factores com influência no risco operatório e segundo C. Alves Pereira e José Domingos Vaz, a idade do paciente, o seu estado geral, se a cirurgia é electiva ou urgente, doenças associadas e repercussão sistémica da doença.

A instituição do tratamento ou a decisão cirúrgica, com a eleição dos meios, designadamente anestésicos, será sempre avaliada em função da equação risco-benefício para o doente pois, como afirmam os autores acabados de citar, *«a avaliação do risco operatório requer um conhecimento perfeito da história natural da doença, da morbilidade e da mortalidade prováveis, bem como da sua relação com o benefício esperado da operação. E, portanto, uma avaliação que deve ser feita tendo em vista os riscos para o doente quando se tratar cirurgicamente uma doença»*.

Como modalidades mais importantes do erro médico, costumam os autores indicar, entre várias outras, o engano (*mistake*), as falhas e os riscos.

Outros autores falam de faltas ou lapsos (*slipses or lapses*).

Uma taxonomia quase exaustiva das modalidades do erro médico, da autoria de Lucien Leape e Col. (designada por tabela de Leape) podemos encontrar na obra americana *«To Err Is Human, Building a Safe System»*, tabela essa que se encontra também no nosso idioma noutra obra de mérito da autoria do Professor José Fragata e Luís Martins, *O Erro em Medicina*, que basicamente enquadra os erros médicos em quatro grandes categorias: erros de diagnóstico, erros de tratamento, erros preventivos [falhas para providenciar o tratamento profilático apropriado e monitorização inadequada ou de seguimento (*follow up*) do tratamento] e outros erros (falhas na comunicação, falhas no equipamento e outras falhas no sistema).

⁵ Idem, pg. 41

O que importa não olvidar é que o erro médico pode ser resultante da violação das *leges artis* como pode ser causado pela violação do dever de cuidado, é dizer, por negligência, que tem como substrato o descuido ou falta de diligência.

Um aspecto muito relevante existe, para o qual gostaria de chamar a atenção, que é o de que tradicionalmente o erro médico é atribuído individualmente, como obra de uma pessoa concreta.

Porém, cada vez mais a medicina é exercida em conjunto, fenómeno decorrente da especialização crescente dos médicos e da difusão do trabalho em equipa na realização de múltiplas tarefas do processo curativo.⁶

Deste modo, muitas vezes a morte ou lesão grave da saúde do paciente pode não ser resultado de uma actuação individual e nem sequer do médico, como acontece com a actuação descuidada do farmacêutico que dispensa um medicamento sem a devida atenção confundindo com outro fármaco de designação parecida com efeitos substancialmente diversos ou na actuação de um dirigente hospitalar responsável pela manutenção do equipamento e instalações que, por razões diversas, designadamente de restrições orçamentais, não providencia a reparação ou substituição dos alarmes dos monitores de eletrocardiograma numa UCI que, por estarem avariados, não detectaram uma paragem cardíaca.

Também ocorre com inusitada frequência que, por força da redução de pessoal e necessidade de turnos sucessivos dos médicos existentes, o cansaço e até o sono vençam os médicos de turno continuado por largas horas, o que propicia a eclosão de falhas muitas delas inserindo-se no âmbito do erro médico.

Como aponta o ilustre Prof. A. Silva Dias, no caso de um doente morrer durante a noite por falta de assistência do médico que se deixou adormecer no seu posto de trabalho vencido pelo cansaço de três dias de turno consecutivo, embora seja inequívoco que ocorre *in casu* uma violação das *leges artis* e um desvio claro do *modus operandi* do médico diligente, na situação ocorrida parece não haver dúvidas de que «o director do hospital que decidiu e comunicou ao médico que devia continuar o serviço de turnos a fio é igualmente competente pelo risco criado».

O mesmo Professor, assim explica a razão do afirmado:

«Um dirigente criterioso sabe que a fadiga é um factor de risco, potenciador de erro médico e que tem o dever de criar condições para evitar que tal aconteça ou, pelo menos, para minimizar as hipóteses da sua verificação.

⁶ Sobre a questão da responsabilidade por erro em medicina no seio de organizações complexas de cuidados de saúde, Augusto Silva Dias, na sua excelente conferência intitulada «*Responsabilidade Penal Negligente em Organizações Complexas de Saúde*» organizada pela Sociedade de Advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva, publicada na Revista da Ordem dos Médicos, ano 28, nº 132.

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 hospital»⁷

Breve alusão a outras figuras afins do Erro Médico

Evento Adverso

Outra figura relevante para esta delimitação da negligência médica em relação aos conceitos que com ela vivem paredes meias, é a do **evento adverso**.

No seu sentido amplo, perfilhamos sem qualquer dúvida, a que é gizada por Vera Lúcia Raposo e que é a seguinte «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».

O «evento adverso» (*adverse event*), assim definido como qualquer ocorrência negativa ocorrida para além da vontade e como consequência do tratamento, mas não da doença que lhe deu origem, causando algum tipo de dano, desde uma simples perturbação do fluxo do trabalho clínico a um dano permanente ou mesmo a morte, não será imputável ao agente médico a título de negligência, mas na medida em que causou dano ou lesão ao paciente, deverá ser objecto de apuramento de responsabilidade pela conexão causal entre a conduta médica e o resultado danoso.

Violação das Leges Artis

Finalmente importa ter em atenção a figura da *violação das leges artis* que é a infracção às regras deontológicas e técnico-científicas da profissão, que podem estar escritas em protocolos, *guide-lines*, circulares da Direcção de Saúde, registadas em actas de reuniões médicas onde se deliberou sobre o *modus procedendi* em determinadas circunstâncias, ou podem, pura e simplesmente ser resultantes dos hábitos convalidados da profissão.

Em suma, poderemos dizer 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. Em caso de não se ter em conta uma determinada situação individual, a designação apropriada será a de «*leges artis medicinae*».

⁷ A. Silva Dias, *op. cit.*, pg. 56.

Trata-se, enfim, na expressão anglo-americana tão em voga nos tempos hodiernos, das regras do *know-how* sobre o tratamento médico que devem estar ao alcance de qualquer clínico no âmbito da sua actividade profissional.

Regras, como se disse, de índole não exclusivamente técnico-científica, mas também deontológicas ou de ética profissional,⁸ pois não se vislumbra qualquer razão, antes pelo contrário, para a exclusão destas da arte médica.

A observância das *leges artis* exclui, em princípio, o chamado erro médico (*ärztliche Kunstfehler*), designadamente na sua modalidade, porventura a mais relevante, de “erro de tratamento” (*Behandlungsfehler*) definido por Schwalm como «o tratamento médico não indicado ou realizado de modo não conforme à técnica curativa adequada a uma determinada finalidade terapêutica, segundo os conhecimentos da ciência médica, tendo em conta as circunstâncias cognoscíveis do caso concreto no momento do tratamento; e a omissão do tratamento curativo correcto, que se afigure como objectivamente indicado à obtenção de uma determinada finalidade terapêutica – segundo os conhecimentos da ciência médica – nas circunstâncias do caso concreto e no momento necessário, desde que seja possível a realização do omitido»⁹

Dizemos “*em princípio*” pois, se perfilharmos a noção amplíssima de erro médico que é gizada por Eb. Schmidt, segundo o qual terá de considerar-se *Kunstfehler* todo o erro em que incorre o médico no tratamento dos seus doentes (Eb. Schmidt, *Der Arzt in Strafrecht*, 1939, 138), casos existem em que o erro é meramente accidental, inerente ao elevado risco do exercício da medicina, sem que se possa falar em qualquer violação das *leges artis* nem, tão pouco, em violação do dever de cuidado (*Sorgfaltswidrigkeit*) pois, apesar da maior diligência possível por parte do médico, existe sempre a possibilidade de um acidente imprevisível ou inevitável que não reflecte qualquer menosprezo pela observância das regras da arte médica.

Negligência Médica

⁸ Já nos afastados anos 60 o Professor espanhol Pedro Pons escrevia: «O extraordinário progresso científico experimentado pela Medicina nestas últimas décadas não afrouxou o sentido humano e tradicional da profissão médica. Apesar destes avanços, a prática diagnóstica, desde o interrogatório até ao exame do doente e as análises laboratoriais, conservam o mesmo sentido hipocrático de outrora. Em contraste com a perdurabilidade da arte clínica, os modernos programas do ensino da Medicina, orientam-se para a criação de novas perspectivas, algumas evadas de acentuada tendência experimental, com o conseqüente menosprezo das tradicionais que, apesar de tudo, conservam actualidade permanente» (A. PEDRO PONS, Prólogo à obra de SURÓS, *Semiologia Médica*, Salvat Editores, Madrid, Barcelona, VII).

⁹ G. SCHWALM, *Zum Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers*, Bockelmann -F. S., apud. A. Jorge Barreiro, *La Imprudencia Punible...* cit., p. 44.

Após estas considerações propedêuticas, estamos em melhor posição para nos pronunciarmos sobre o que há de relevante sobre a Negligência Médica no âmbito do Direito Penal.

Ensinam os penalistas que a negligência assenta na violação do dever objectivo de diligência ou cuidado.

Simplesmente, como todos sabemos, não é apenas por ter havido uma conduta violadora do dever objectivo de cuidado que se torna possível imputar ao agente a prática de um crime culposo ou negligente.

Na verdade e desde logo, importa que tenha havido o preenchimento do tipo legal de crime negligente punível a título de negligência e, doutra banda, que esse preenchimento por acção ou omissão se possa imputar, como obra sua, a alguém que seja censurável por se não se ter motivado pela norma, isto é, que lhe possa ser atribuído a título de culpa.

Durante longo tempo e por influência da escola neokantiana, a denominada escola sudocidental alemã ou escola de Baden, tributária da filosofia dos valores (*Wertphilosophie*) a negligência criminal foi perspectivada como elemento da culpa e não do tipo, posto que tratando-se de um aspecto intra-subjectivo do agente, ele situava-se dentro daquele vínculo psicológico que ligava o agente ao seu acto, que era como se encarava a culpa na perspectiva positivista-naturalista da Escola de Von Litz.

Mesmo após o advento dos estudos de Reinhard Frank e da sua concepção normativa de culpa, a negligência continuou a ser encarada como pertinente à culpa e era em sede do estudo da culpa que, na teoria da infracção criminal ou doutrina geral do crime se estudava a negligência.

Com o advento do ensino de Figueiredo Dias na Faculdade de Direito de Coimbra, assente na concepção teleológica-funcional da doutrina do crime que, na Alemanha, tem como expoente máximo, o Professor Claus Roxin, de Munique, o dolo e a negligência deixaram de ser estudados como formas ou graus de culpa, passando tanto o dolo, como expressão de uma atitude pessoal de *contrariedade* ou *indiferença* como a negligência, enquanto expressão de uma atitude de *descuido* ou *leviandade* perante o dever ser jurídico-penal, a ser considerados como elementos constitutivos, respectivamente, do tipo de culpa dolosa e do tipo de culpa negligente.¹⁰

No específico campo do direito penal médico, deverá ter-se sempre em tela que os pressupostos da responsabilidade penal do médico pela sua actuação negligente estão decisivamente condicionados pela nota da **circunstancialidade** (o

¹⁰ Figueiredo Dias, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, 2001, pg. 243 e seg.

que recolhe a unanimidade das opiniões dos autores), e que acarreta a consequência da impossibilidade de plasmar em regras fixas e inamovíveis a relatividade e a provisoriedade de vários aspectos a serem observados no momento da sua actuação.¹¹

Como ponderámos em outro estudo da nossa autoria¹², no domínio da medicina existem tratamentos e técnicas operatórias que, intrinsecamente, não traduzem qualquer perigo objectivo, sendo, geralmente, o risco nulo ou diminuto, mas cujo emprego, no caso concreto poderá gerar consequências desastrosas.

Por outro lado, frequentemente são imprevisíveis determinadas consequências ou reacções do paciente, designadamente as chamadas reacções idiossincrásicas, isto é, que traduzem uma susceptibilidade particular em geral inata, que o indivíduo apresenta relativamente a certos factores físicos ou químicos e se manifesta por uma reacção semelhante à alergia ou anafilaxia.¹³

A própria intolerância medicamentosa ou o estado orgânico depauperado ou imunodeprimido do paciente e até o seu estado anímico¹⁴ podem condicionar ou determinar reacções adversas, como é sabido.

A previsão ou a previsibilidade do resultado típico, que também constituem elementos da negligência, só podem ser apreciados casuisticamente em matéria médica.

De resto, é justamente em função dessa previsibilidade que se poderá falar de imputação subjectiva nos crimes negligentes de resultado (homicídio negligente, ofensas à integridade física por negligência, intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários) só havendo tal imputação nos casos em que o resultado típico seja previsível por um médico, com a qualificação do agente e colocado nas mesmas circunstâncias deste.

¹¹ Maria del Carmen GÓMEZ RIVERO, *La Responsabilidad Penal del Médico*, pg. 334.

¹² Responsabilidade Médica em Direito Penal... cit, pg.274.

¹³ Definição contida no Dicionário Médico, Climepsi, 2000, p. 327.

¹⁴ Está actualmente fora de qualquer dúvida a íntima relação existente entre os estados anímicos ou psicológicos e as manifestações somáticas ou orgânicas, como as úlceras gástricas e duodenais, os problemas entéricos, as manifestações asmáticas e a própria facilidade de contrair doenças (depressão imunológica) obrigaram a reconhecer, não sendo o organismo humano constituído, como se pensava ainda há pouco, por dois compartimentos estanques ou quase, o soma e a psique, mas uma entidade holística (total), em permanente relação biunívoca entre o fisiológico e o psicológico, onde o espiritual marca presença indelével, num todo que se pretende harmónico.

Por isso mesmo, se diz que sendo a entropia sinónimo de desorganização, a entropia do corpo é doença, que reflecte os «*estados da alma*», na sábia expressão popular, e daí, a cada vez mais afirmada proposição de que «não há doenças, mas doentes»!

A negligência assenta na previsibilidade, como se sabe, mas também na inevitabilidade do facto ilícito previsível, na justa medida em que ninguém pode impedir a realização de um acontecimento desagradável se o mesmo for inevitável, como acontece nos casos de força maior¹⁵, já que, também para o Direito Penal, muito mais ainda que para os demais ramos da Ordem Jurídica, dado o seu carácter de «*ultima ratio*» da intervenção, é de respeitar o velho brocardo latino «*ultra posse nemo tenetur*».

Nas palavras de Germano Marques da Silva, a conduta negligente funda-se na possibilidade de o sujeito representar o facto ilícito e na possibilidade de se abster da conduta que o realiza.¹⁶

Nem de outra forma poderia ser, uma vez que a função primacial do direito penal é a da tutela subsidiária dos bens jurídicos essenciais à convivência comunitária, e a lesão destes poderá ocorrer tanto mediante uma conduta consciente e voluntária, isto é, dolosa, como por via de um afrouxamento da atenção ou descuido censurável.

O dever objectivo de cuidado é, no fundo, o dever de actuar com a diligência adequada a evitar a produção do evento danoso, ou seja, com as medidas de cautela necessárias para obstar ao não evitar evitável, para usar uma expressão cunhada por Herzberg (*Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, 177)¹⁷.

No campo específico da responsabilidade médica, por isso que a obrigação do médico é, na expressão civilística de Demogue, uma «*obrigação de meios*» e não uma «*obrigação de resultado*», não se exige do médico nem a consecução da cura, nem da melhoria do estado do paciente.

É que a cura ou melhoria do paciente não estão inteiramente dependentes do médico, mas de plúrimos factores como é sabido.

Convém, a talhe de foice, recordar porque se diz em linguagem vulgar que o médico cura ou não cura o doente.

¹⁵ FRANCESCO ANOLISEI traçava o seguinte conceito de força maior em Direito Penal: « Por forza maggiore deve intendersi in generale ogni forza estera che, per il suo potere superiore, determina la persona, in modo necessario ed inevitable, ad atto positivo o negativo (movimento corporeo od inazione). È, in una parola, la violenza *cui resisti non potest*. In tal caso, comme dicivano i pratici, l'uomo *non agit sed agitur*» (F.ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale* (parte generale), 14ª edizione, Milano, Giufrfrè Editore, 1997, pg. 402.

¹⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit. p. 174.

¹⁷ A expressão destinava-se a designar um super-conceito que englobasse a comissão por acção e a omissão imprópria ou comissão por omissão, construindo HERZBERG tal *Oberbegriff* e definindo-o como «a acção em Direito Penal que é o não evitar evitável na posição de garante».

O termo *curar* deriva do latim (*curare*) que significa *tratar de, cuidar e*, neste sentido, o conhecido brocardo latino « *medicus curat, natura sanat morbus*» (o médico trata, a natureza sara a doença).

Cabendo ao médico essencialmente tratar ou cuidar do paciente, a sua obrigação é **de meios**, até porque a recuperação da saúde do paciente depende, como se disse, de vários factores externos e internos (estado imunitário, nutricional, idade, patologias anteriores, hábitos alimentares, reacções idiossincrásicas, alergias e anafilaxias havidas, etc., etc.).

Exige-se-lhe porém, de um lado, todo o esforço possível adequado a obter tais resultados (o que é diferente da obtenção dos próprios resultados) se a própria cura ou melhoria forem clinicamente possíveis e, de outro lado, exige-se-lhe todo o cuidado necessário a evitar a produção de lesão à saúde ou à vida do paciente, lesão que se pode traduzir num agravamento da já existente.

No direito alemão, convém recordar a afirmação de Ulsenheimer, que sublinha que não são apenas os casos de insucesso em operações, falhas em intervenções ou problemas com a anestesia que fundamentam a responsabilidade penal, antes se devendo verificar cumulativamente uma variedade de pressupostos para que a culpa seja fundadamente atribuída¹⁸.

O referido autor acrescenta que já o Tribunal do Reich (RG) havia justamente alertado para a tendência para uma apressada adopção do conceito de negligência, «*pois mesmo o mais perito e apto dos médicos não opera com a certeza de uma máquina e, apesar de toda qualificação e cuidados colocados, sempre pode um ponto, um corte ou um toque que normalmente não suscita problemas ao médico em causa, correr mal em certa ocasião*».¹⁹

O citado penalista alemão prossegue, afirmando que existe um limite mesmo para o melhor saber e poder de cada um, em termos de garantia de segurança, perante o qual «*toda a responsabilidade civil e todo o tratamento penal se deve deter*»,²⁰ «*uma fronteira da tolerância face às falhas humanas*»,²¹ a colocar tão acima «*quanto mais elevado for o risco e o respectivo perigo de uma violação dos deveres de cuidado*»²² e, arrimando-se à jurisprudência do BGH²³, cita um importante aresto deste Supremo Tribunal Federal alemão, onde se sentenciou que: «*devido exactamente à autonomia e ampla impenetrabilidade dos organismos vivos, não se pode imputar uma falha ou incidente, de forma geral, a um erro de*

¹⁸ K. ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, cit, § 1, 16.

¹⁹ RGZ, 78, 432-435, cit pelo autor e na obra referidos na nota anterior.

²⁰ Como na penúltima nota.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

²³ Ver nota 26.

comportamento ou à culpa do médico. Os processos dos organismos vivos não se deixam controlar de tal forma que um erro na sua manipulação conduza imediatamente à conclusão da culpabilidade médica».

Deste modo, segundo Ulsenheimer, as relações de causalidade nas intervenções médicas, por isso que se acha envolvido um organismo cujo estado e reacções não são determináveis de forma segura, não são também claramente previsíveis, nem antecipada nem retroactivamente e, por isso, «*insucessos ou complicações no decurso de um tratamento clínico não apontam imediatamente para um procedimento incorrecto do médico responsável pelo doente*».²⁴

Finalmente, permito-me aqui registar mais dois brevíssimos sumários de arestos do BGH²⁵, que nos proporcionam uma perspectiva, ainda que limitada, da dimensão e da complexidade deste magno problema na jurisprudência alemã contemporânea, extraídos ainda da notável obra de Ulsenheimer a que nos vimos reportando.

São eles, um aresto do *Oberlandesgericht*²⁶ de Jena, de 2007, que sentenciou no sentido de que «*a simples falta de efeito terapêutico, por si só, não aponta directamente para um tratamento defeituoso nem para a responsabilidade culposa do médico*»²⁷ e outro do *Oberlandesgericht* de Munique, de 1996, que decidiu que «*as especialidades dos processos de responsabilização médica impõem que não se conclua precipitadamente pelo tratamento defeituoso, erro de tratamento ou diagnóstico culposos*».²⁸

Claro que estas anotações jurisprudenciais têm um valor essencialmente indicativo, estando intimamente conexas com os contornos concretos dos casos em relação aos quais foram prolatados, mas eles possuem o mérito indiscutível de chamar a atenção sobre o rigor exigível ao exame crítico da factualidade apurada e da produção da prova em sede dos processos da responsabilidade médica, dada a complexidade destas questões aliada a uma certa fluidez e labilidade dos limites entre o lícito e o não permitido.

Já tivemos oportunidade de pôr em destaque, no número precedente, a nota dominante da circunstancialidade que atravessa transversalmente todos os

²⁴ BGH, NJW 1984, 661: «*Misserfolge und Komplikationen im Verlauf einer ärztlichen Behandlung weisen deshalb nicht stets auf ein Fehlverhalten des behandelnden Arztes hin*» apud, ULSENHEIMER, op. cit, pg. 17, nota 7.

²⁵ *Bundesgerichtshof* (Supremo Tribunal Federal alemão)

²⁶ O *Oberlandesgericht* é um tribunal de recurso (2ª Instância) correspondente sensivelmente aos nossos tribunais da Relação.

²⁷ OLG Jena, VersR 2007, 69: «*Allein der ausbleibende Heilerfolg deutet noch nicht auf eine fehlerhafte Behandlung und ein Verschuld des Arztes hin*».

²⁸ OLG München, VersR 1996, 63, 64 .

pressupostos da responsabilidade médica, designadamente em matéria de ilícito típico negligente!

Por tudo o que dito ficou, creio que não pode haver dúvidas da complexidade dos julgamentos de casos de « *negligência médica*», sobretudo em matéria cível onde a delicadeza e a dificuldade de certos procedimentos médicos, aliados à circunstancialidade tantas vezes referida e ainda à possibilidade de reacções orgânicas imprevisíveis do paciente, bem evidenciam que os mesmos exigem uma particular preparação do julgador bem mais acurada do que para a generalidade dos casos gerais de responsabilidade civil.

Não queria, no entanto, encerrar esta minha comunicação sem uma breve alusão ao denominado *near miss* (quase falha) que é a ocorrência de um efeito adverso sem a produção de qualquer dano.

Segundo o Professor Fragata, « *é o caso de um cirurgião que ao dissecar um pedículo vascular lacera inadvertidamente um vaso importante, mas cuja experiência permite reparar a laceração sem que dela resulte dano para o doente no final da operação*». ²⁹

O ilustre cardio-cirurgião afirma, mais adiante, o seguinte:

«A ocorrência de um acidente, por exemplo a morte de um doente é um fenómeno descontínuo, episódico, mas foi em geral antecedita por um conjunto de episódios ou eventos adversos devidos ou não a erros, que só não chegaram a produzir o acidente terminal porque as defesas do sistema actuaram a tempo e conseguiram travar a trajectória fatídica. Parece assim existir uma tendência para a ocorrência de eventos adversos, antes de ocorrer um acidente major, estes eventos adversos tendem a passar despercebidos, dado que não causam, em geral, danos de monta e, por isso mesmo, têm pouco impacto.» ³⁰

Seria interessante falarmos da negligência penal médica no domínio da actuação médica em equipa, onde pontifica o princípio da confiança (*Vertrauensgrundsatz*) de origem jurisprudencial, segundo o qual cada elemento da equipa pode e deve esperar, no desempenho de uma actividade, que os outros cumpram os seus deveres no exercício das suas funções, salvo se tiverem motivos para pensarem que os outros ou alguém concretamente não cumpre ou não está em condições de cumprir, para que isso não afecte a realização das suas próprias competência e não se precipite um resultado infausto.

²⁹ José Fragata e L. Martins, *O Erro em Medicina*..cit, pg. 67.

³⁰ Idem, pg. 69.

Igualmente tem lugar nessa actividade em equipa o princípio de divisão de trabalho ou distribuição de tarefas (*Arbeitsteilungsprinzip*), segundo o qual a cada um dos médicos está cometida uma competência funcional, cabendo a quem os escolhe a vigilância dos seus subordinados (divisão de trabalho vertical) ou a autonomia e coordenação recíprocas, como acontece entre cirurgião e anestesiológista em que não há subordinação funcional, mas mera coordenação de tarefas.

Haveria ainda que debruçarmo-nos sobre os parâmetros concretizadores do dever de cuidado e sobre a discutida questão do relevo das capacidades pessoais do agente para a fundamentação e graduação da culpa no ilícito típico negligente.

Enfim, como se vê, questões aliantes mas deveras delicadas, a exigirem tempo de que ora não dispomos nem cabem na dimensão necessariamente reduzida de um artigo de revista .

Por todas estas razões, gostaria de apelar aos médicos e aplicadores do Direito, *maxime* aos julgadores, para a necessidade de dedicação de algum do seu precioso e escasso tempo ao estudo de tão magna quão complexa temática, para os primeiros poderem evitar, na medida do possível e, os segundos poderem julgar e decidir em consciência e justiça, as delicadas questões que são submetidas aos tribunais e a que, infelizmente, muitos se obstinam a aplicar invariável e acriticamente o rótulo de Casos de Negligência Médica, sem ao menos cuidarem de saber se existiu qualquer negligência do profissional em causa.