

# Direito da Saúde

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO  
PROF. DOUTOR GUILHERME DE OLIVEIRA

VOLUME II

PROFISSIONAIS DE SAÚDE E PACIENTES — RESPONSABILIDADES

2016

Coordenadores

**João Loureiro**

**André Dias Pereira**

**Carla Barbosa**

  
ALMEDINA

606.1-2-36-10



médicos realizados no seio de uma equipa médica, não podemos acolher a ideia de que aquele seja considerado como parte integrante da equipa, nos termos *supra* explanados<sup>78</sup>.

Não obstante os médicos internos não poderem integrar equipas médicas em termos estritos, ou puramente autónomos, nomeadamente aquando da realização de uma intervenção médico-cirúrgica, estes podem ser responsabilizados no seio da sua profissão, tanto em sede disciplinar como em sede jurídica. No que à responsabilidade penal diz respeito, os médicos internos podem cometer factos jurídico-penalmente relevantes, tanto a título doloso como negligente. Tal será possível, nomeadamente quando exorbitarem as funções que lhe foram incumbidas e violarem as *leges artis*, como quando houver uma falha na tutela do orientador de formação. Assim sendo, não se tem por impossível um comportamento negligente conjunto, ou co-autoria negligente, uma vez que haja condomínio no resultado.

No que à possibilidade de os internos praticarem atos médicos de forma autónoma diz respeito, somos de parecer que a legislação carece de uma concretização mais pormenorizada, por não ser líquida a questão do “quando e como” os internos o poderão fazer, mormente pelo facto de estar assente que o internato é um estágio na formação médica necessariamente tutelado, situação que em nada é inócua, especialmente no que concerne à hipotética responsabilidade do orientador de formação.

<sup>78</sup> Não obstante em Portarias que explicam o programa de formação do internato vir referenciada a possibilidade de executarem cirurgias, pelo que se depreende que farão parte de uma equipa médica.

## O abandono de objectos cirúrgicos no campo operatório – determinação da responsabilidade penal\*

SÓNIA FIDALGO\*\*

### § 1. O abandono de objectos cirúrgicos no campo operatório<sup>1</sup>

1. O abandono de objectos cirúrgicos no campo operatório é uma situação de verificação rara, mas persistente<sup>2</sup>. Os objectos mais comumente

\* Para quem fez nascer em mim o gosto pelo Direito Médico – o Senhor Professor Doutor Guilherme de Oliveira –, com toda a estima e admiração que sentem os aprendizes pelos seus Mestres. Centro de Direito Biomédico / Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Grupo 2 – Vulnerabilidade e Direito, *Desafios Sociais, Incerteza e Direito*: UID/DIR/04643/2013).

\*\* Assistente da Faculdade de Direito.

<sup>1</sup> As expressões utilizadas para designar o problema que nos propomos tratar são variadas. Nos documentos relativos à segurança do doente e em artigos científicos de profissionais de saúde encontramos, com frequência, a expressão “retenção de objectos cirúrgicos no campo operatório”. Esta expressão resulta da tradução das expressões “retention of surgical objects” ou “retained surgical items”, que se encontram em textos internacionais. Há a ideia de que as expressões “abandono” ou “esquecimento” de objectos cirúrgicos são eufemismos que escondem o propósito de se afirmar a responsabilidade dos profissionais de saúde, mesmo em casos em que ela não deve ser afirmada (cf., neste sentido, SCHANAIDER, Alberto / MANSO, José, «Corpos estranhos provenientes de acessos cirúrgicos à cavidade abdominal. Aspectos fisiopatológicos e implicações médico-legais», *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, 33 (2006), p. 254). Parece-nos, no entanto, que a expressão “retenção de objectos cirúrgicos” não é adequada: não é o doente que “retém” os objectos; os objectos são “abandonados” ou “esquecidos” no corpo do doente pela equipa cirúrgica. Compreensivelmente, a determinação da eventual responsabilidade penal pelas ofensas resultantes desse abandono não estará de qualquer modo prejudicada pela expressão que venha a utilizar-se.

<sup>2</sup> De acordo com as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) para a cirurgia segura, as melhores estimativas de frequência deste tipo de erros variam entre 1/5.000 e

abandonados no campo cirúrgico são compressas (por exemplo, gases, compressas de laparotomia, microcompressas), certos instrumentos cirúrgicos (como pinças e afastadores) e outros materiais corto-perfurantes (por exemplo, tesouras e agulhas de sutura hipodérmicas)<sup>3</sup>.

As causas que contribuem para que certos objectos não sejam devidamente removidos do campo operatório são da mais diversa espécie. Estudos revelam, porém, que os factores que aumentam de modo significativo o risco de abandono de tais objectos são essencialmente três: cirurgias de emergência, alterações inesperadas da conduta cirúrgica e índices de massa corporal elevados (doentes obesos)<sup>4</sup>. Outros factores que têm sido também associados ao esquecimento de objectos cirúrgicos são a longa duração de certas intervenções cirúrgicas, a perda de grande volume de sangue, o envolvimento de várias equipas cirúrgicas e o controlo deficiente do material por parte dos profissionais de enfermagem<sup>5</sup>.

Pode acontecer que alguns destes materiais esquecidos no campo operatório não sejam sequer descobertos no período subsequente à intervenção cirúrgica – o organismo do seu portador pode torná-los inertes e incorporá-los. Nestes casos, por vezes, o corpo estranho vem a ser descoberto, incidentalmente, anos após a cirurgia, aquando do uso de métodos indicados de imagiologia para outros fins ou durante uma qualquer cirurgia de urgência<sup>6</sup>. Porém, não raras vezes, o abandono de corpos estranhos no campo operatório causa lesões graves – infecções e necessidade de intervenção cirúrgica subsequente para remoção do material esquecido<sup>7</sup> – e, em alguns casos, conduz mesmo à morte do doente.

1/19.000 cirurgias, mas a probabilidade estimada é de 1/1.000 cirurgias (cf. «Orientações da OMS para a Cirurgia Segura 2009. Cirurgia Segura Salva Vidas», in: *www.dgs.pt*, p. 114. Cf., ainda, EGOVA, Natalia, *et al.*, «Managing the Prevention of Retained Surgical Instruments: What Is the Value of Counting?», *Annals of Surgery*, 247 (2008), p. 13, e GAWANDE, Atul, *et al.*, «Risk Factors for Retained Instruments and Sponges after Surgery», *The New England Journal of Medicine*, 16 (2003), p. 230).

<sup>3</sup> Cf. SCHANAIDER, Alberto / MANSO, José, «Corpos estranhos...», *cit.*, p. 250.

<sup>4</sup> Cf. GAWANDE, Atul, *et al.*, «Risk Factors...», *cit.*, p. 230.

<sup>5</sup> STAWICKI, Stanislaw, *et al.*, «Retained Surgical Items: A Problem Yet to Be Solved», *Journal of the American College of Surgeons*, 216 (2013), p. 20. Cf., ainda, «Orientações da OMS...», *cit.*, p. 114.

<sup>6</sup> Assim, SCHANAIDER, Alberto / MANSO, José, «Corpos estranhos...», *cit.*, p. 250.

<sup>7</sup> Veja-se, a título meramente exemplificativo, dois casos que chegaram aos tribunais portugueses. Em um deles, no decurso de uma cirurgia à coluna para correcção de uma escoliose lombar ficou esquecida uma compressa no campo cirúrgico. A doente veio a sofrer

2. Perante a crescente especialização médica, a inevitabilidade da actuação interdependente de profissionais de diferentes especialidades sobre o mesmo doente, o reconhecimento de que as instituições de saúde são sistemas complexos<sup>8</sup> e a aceitação de que há erros humanos que são inevitáveis<sup>9</sup>, põe-se (com legitimidade) a questão de saber se haverá espaço para o direito intervir em um ambiente tão denso (por vezes, mesmo opaco) como é o das intervenções médico-cirúrgicas.

O direito penal reconhece a relevante função social exercida pela classe médica – o Código Penal português (CP) dedica um tratamento diferenciado e privilegiado à actividade médica, através do regime específico das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos (artigo 150º)<sup>10</sup>. Nos termos do artigo 150º do CP, a intervenção médico-cirúrgica medicamente indicada, realizada por um médico, com finalidade terapêutica e segundo as *leges artis* não preenche o tipo de ofensa à integridade física<sup>11</sup>. E a intervenção será atípica mesmo nos casos em que falhe nos seus

uma infecção com a consequente submissão a outras intervenções cirúrgicas (Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Maio de 2006, in: *www.dgsi.pt*). Em um outro caso, no decurso de uma intervenção cirúrgica destinada a remover um adenocarcinoma na próstata foi também deixada uma compressa no interior do corpo do doente. Em consequência de tal abandono o doente sofreu várias infecções urinárias, tendo sido submetido a nova intervenção cirúrgica para remoção da compressa abandonada (Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 6 de Julho de 2009, in: *www.dgsi.pt*).

<sup>8</sup> Sobre a complexificação da prática clínica, v. FRAGATA, José / MARTINS, Luís, *O erro em medicina. Perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 162 e ss., e OLIVEIRA, Guilherme Falcão de, «Recensão de: José Fragata e Luís Martins – O erro em Medicina. Perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade. Coimbra, Almedina, 2004», *Lex Medicinæ – RPDS*, 3 (2005), p. 157 e ss.

<sup>9</sup> Para uma análise do erro em medicina, salientando a distinção entre *erro humano* e *violação*, v. FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 24 e ss.

<sup>10</sup> O tratamento privilegiado dos actos médicos manifesta-se também na referência expressa à possibilidade de dispensa de pena quando o médico, no exercício da sua profissão, cometer uma ofensa à integridade física por negligência e do acto médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de oito dias (artigo 148º, nº 2, al. a), do CP). Neste sentido, também, FARIA, Paula Ribeiro de, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, t. I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, artigo 148º, § 35.

<sup>11</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo / MONTEIRO, Jorge Sinde, «Responsabilidade médica em Portugal», *Boletim do Ministério da Justiça*, 332 (1984), p. 68-9, ANDRADE, Manuel da Costa, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, t. I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, artigo 150º, §§ 14 e 15, e BRITO, Teresa



objectivos, isto é, mesmo que agrave a lesão ou a doença ou provoque a morte do paciente<sup>12</sup>.

No entanto, na actividade médica estão em causa bens que se contam entre os mais importantes da ordem legal dos bens jurídicos: a vida, a integridade física e a liberdade do paciente. Quando os profissionais de saúde actuam em violação do seu dever de cuidado, criando um risco não permitido que vem a concretizar-se numa ofensa ao corpo ou à saúde ou mesmo na morte do paciente, o direito penal não pode deixar de intervir – o profissional de saúde pode vir a ser punido por ofensa à integridade física por negligência (artigo 148º do CP) ou por homicídio por negligência (artigo 137º do CP)<sup>13</sup>.

3. Actuando os profissionais de saúde no âmbito de uma equipa – a equipa cirúrgica<sup>14</sup> –, coloca-se o problema de saber de que modo há-de

Quintela de, «Os crimes contra a integridade física», in: *Direito Penal – Parte Especial: lições, estudos e casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 500-501.

<sup>12</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 450, e, o mesmo autor, in: *Comentário Conimbricense...*, cit., artigo 150º, § 9.

<sup>13</sup> Não será este o local adequado para nos alongarmos em considerações sobre a estrutura dogmática do facto negligente. Limitar-nos-emos a recordar que nele se manifestam um tipo de ilícito e um tipo de culpa específicos (diferentes dos que se verificam nos factos dolosos). 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 pertencente ao círculo de vida do agente. O tipo de culpa negligente afirmar-se-á quando o agente exprimir no facto uma atitude interna de descuido ou leviandade perante o direito e as suas normas (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral I*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 34º Cap., § 9, 35º Cap., § 4, e 36º Cap., § 1).

<sup>14</sup> Habitualmente utiliza-se a expressão “equipa cirúrgica” para designar a equipa composta por cirurgiões, profissionais de anestesiologia, enfermeiros perioperatórios, técnicos de cirurgia e outras pessoas envolvidas na cirurgia (cf. American College of Surgeons, «Statement on the Prevention of Retained Foreign Bodies After Surgery», *Bulletin of the American College of Surgeons*, 90 (2005), in: [www.facs.org/about-ac/s/statements/51-foreign-bodies](http://www.facs.org/about-ac/s/statements/51-foreign-bodies), e «Manual de Implementação da Lista de Verificação de Segurança Cirúrgica da OMS – Cirurgia Segura Salva Vidas», in: [www.dgs.pt](http://www.dgs.pt), p. 4). Há, no entanto, quem entenda que a expressão “equipa cirúrgica” deve ser usada em um sentido mais restrito, defendendo que no âmbito de uma intervenção médico-cirúrgica devem distinguir-se duas equipas: a equipa cirúrgica, constituída pelos cirurgiões, e a equipa anestésica, constituída pelos médicos anestesiológicos (CASEIRO, José Manuel, «A equipa médico-cirúrgica», *Revista da Sociedade*

determinar-se a responsabilidade de cada um se, por via do abandono de corpos estranhos no campo operatório, o doente vier a sofrer uma ofensa na sua integridade física ou vier mesmo a morrer.

Só através de uma adequada diferenciação e delimitação das competências dos vários membros da equipa será possível determinar a responsabilidade de cada um. Só deste modo poderá evitar-se tanto uma criticável exasperação dos deveres de cuidado do chefe de equipa como os riscos de se afirmar uma responsabilidade difusa entre os profissionais intervenientes (que, na prática, poderá corresponder à irresponsabilidade)<sup>15</sup>.

O princípio da divisão do trabalho e o princípio da confiança constituem os fundamentos com base nos quais a doutrina penal delimita os âmbitos de responsabilidade daqueles que desenvolvem a actividade no âmbito de uma equipa<sup>16</sup>. Será a partir destes princípios que há-de determinar-se a responsabilidade dos diversos profissionais que, em conjunto, simultânea ou sucessivamente, intervêm no processo terapêutico de um doente<sup>17</sup>.

*Portuguesa de Anestesiologia*, 15 (2006), p. 11). Utilizaremos a expressão “equipa cirúrgica” no sentido mais amplo anteriormente referido.

<sup>15</sup> JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 114.

<sup>16</sup> V., entre nós, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, cit., 35º Cap., § 32, e FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade penal por negligência...*, cit., p. 97 e ss.; na doutrina alemã, entre outros, SCHMIDT, Eberhard, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig: Verlag von Theodor Weicher, 1939, p. 193, STRATENWERTH, Günter, «Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht», in: *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1961, p. 383 e ss., ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Aufbau der Verbrechenstheorie*, 4. Auf., München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 24. nº 25; na doutrina italiana, MARINUCCI, Giorgio / MARRUBINI, Gilberto, «Profilo penalistico del lavoro medico-chirurgico in équipe», *Temì*, (1968), p. 217 e ss., AMBROSETTI, Fabio / PICCINELLI, Marco / PICCINELLI, Renato, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe. Profili penali e civili*, Torino: Utet, 2003, p. 147 e ss., na doutrina espanhola, ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el derecho penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981, p. 247 e ss., e JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible...*, cit., p. 115 e ss.

<sup>17</sup> Usamos aqui a expressão “processo terapêutico” com um sentido amplo (semelhante ao sentido em que se traduz a “intenção terapêutica” no artigo 150º, nº 1, do CP) abrangendo todas as fases do acto médico (sobre a noção de acto médico, v. COSTA, José de Faria, «Em redor da noção de acto médico», *RLJ*, 138 (2009), p. 126 e ss.).

## § 2. O princípio da divisão do trabalho

1. Quando uma multiplicidade de profissionais de saúde intervém no processo terapêutico de um doente, para que possa afirmar-se a conformidade de tal processo às *leges artis*, é necessário que cada acto seja correctamente realizado e que, além disso, se articule plenamente com os demais, realizados pelos restantes membros da equipa. Através da divisão do trabalho procede-se a uma adequada distribuição de tarefas entre várias pessoas que colaboram para alcançarem um objectivo comum, determinando-se as funções a desempenhar por cada um dos intervenientes, bem como a respectiva contribuição no desenvolvimento e cumprimento do trabalho em conjunto.

Como facilmente se compreenderá, não é possível, em geral, determinar quais os deveres que recaem sobre cada um dos membros de uma equipa médica que actua segundo o princípio da divisão do trabalho. Só atendendo às especificidades do caso concreto (tipo e urgência da intervenção, formação e experiência dos diversos colaboradores, meios técnicos disponíveis) será viável determinar os deveres que impendem sobre cada membro da equipa<sup>18</sup>. Certo é que a distribuição das tarefas e, consequentemente, dos deveres a que cada membro estará obrigado, deve ser feita de modo a garantir, por um lado, a efectividade da própria divisão do trabalho e, por outro lado (e prevalentemente), a protecção do paciente. O verdadeiro sentido do princípio da divisão do trabalho em medicina (a génese do princípio) radica em permitir a todos os membros da equipa a dedicação exclusiva de cada um às tarefas que especificamente lhe competem, com o que se garante uma melhor qualidade da assistência e uma maior segurança do paciente<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> No mesmo sentido WILHELM, Dorothee, *Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin. Zu den rechtlichen Grenzen ärztlicher Sorgfalt*, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1984, p. 127.

<sup>19</sup> Neste sentido ASIN CARDIEL, Enrique, «La responsabilidad del trabajo in equipo», in: *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid: Mateu Cromo S.A., 1995, p. 359, JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible...*, cit., p. 116, SALAS, E., et al., «Can Teamwork Enhance Patient Safety?», *Risk Management Foundation – Harvard Medical Institutions*, 2003 (in: [www.rmhf.harvard.edu/Clinician-Resources/Article/2003/Can-Teamwork-Enhance-Patient-Safety](http://www.rmhf.harvard.edu/Clinician-Resources/Article/2003/Can-Teamwork-Enhance-Patient-Safety)), p. 5, e FIDALGO, Sónia, «Teamwork and patient safety: is the surgeon the captain of the ship?», *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, IV EAHL Conference, nº especial (2014), p. 154.

2. A divisão do trabalho, possibilitando avanços relevantíssimos na medicina, constitui também, indiscutivelmente, uma importante fonte de perigos<sup>20</sup> – segundo Carstensen, “à medida que avança a divisão de trabalho e a especialização, aumentam os perigos”<sup>21</sup>. Tais perigos podem manifestar-se de várias formas<sup>22</sup>. Desde logo, pode acontecer que uma ou mais pessoas que integram a equipa não sejam suficientemente qualificadas para a execução das tarefas que lhes foram distribuídas. Por outro lado, podem ocorrer falhas de comunicação quando um dos membros da equipa não dá uma instrução de modo suficientemente claro ou quando, em qualquer caso, o colaborador não percebe correctamente a instrução recebida. E podem verificar-se também falhas de coordenação, que se traduzam numa harmonização insuficiente das várias medidas diagnósticas e terapêuticas, numa indevida repetição das mesmas ou numa ausência de medidas necessárias.

3. A doutrina que se tem dedicado ao modo como se estrutura a divisão de tarefas, característica do trabalho em equipa, procede à distinção entre divisão de trabalho horizontal e divisão de trabalho vertical.

A divisão de trabalho horizontal é a que se verifica entre profissionais que, atendendo às suas competências, se encontram em situação de igualdade. O caso típico de divisão de trabalho horizontal em medicina, tradicionalmente referido pela doutrina, é o da relação que se estabelece entre cirurgião e anestesiológista<sup>23</sup>. Estes profissionais exer-

<sup>20</sup> Neste sentido, BAKER, D. P., et al., «Teamwork as an Essential Component of High-Reliability Organizations», *Health Service Research*, 2006 (in: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1955345/?report=classic](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1955345/?report=classic)), p. 1579, e MANSER, T., «Teamwork and patient safety in dynamic domains of healthcare: a review of the literature», *Acta Anaesthesiologica Scandinavica*, 53 (2009), p. 143.

<sup>21</sup> CARSTENSEN, G., «Arbeitsteilung und Verantwortung aus der Sicht der Chirurgie», *Langenbecks Arch. Chir.*, 335 (1981), p. 571.

<sup>22</sup> Seguimos, neste ponto, a classificação feita por Stratenwerth e por Carstensen (STRATENWERTH, Günter, «Arbeitsteilung...», cit., p. 393 e ss., CARSTENSEN, G., «Arbeitsteilung und Verantwortung...», cit., p. 572).

<sup>23</sup> Cf. UMBREIT, Hans-Werner, *Die Verantwortlichkeit des Arztes für fahrlässiges Verhalten anderer Medizinalpersonen*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1992, p. 203, ULSENHEIMER, Klaus, *Arztstrafrecht in der praxis*, 3. Auf., Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003, I, § 147, BROSE, Johannes, «Aufgabenteilung im Gesundheitswesen. Horizontale und vertikale Arbeitsteilung auf klinischer und präklinischer Ebene», in: *Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht*, (Hrg. Claus Roxin / Ulrich Schroth), 2. Auf., Stuttgart: Richard Boorberg



cem conjuntamente funções complementares, desenvolvendo cada um a sua actividade de acordo com os conhecimentos próprios das respectivas especialidades. No entanto, a divisão de trabalho horizontal verificar-se-á em qualquer relação entre médicos de especialidades diferentes ou da mesma especialidade, desde que, neste caso, nenhum dos médicos assuma funções de chefia. Poderá ainda falar-se de divisão de trabalho horizontal nas relações que se estabelecem entre médico e farmacêutico hospitalar<sup>24</sup>. Por outro lado, apesar de na doutrina e na jurisprudência a referência à divisão de trabalho horizontal se fazer, por regra, no âmbito das relações entre médicos, esta modalidade de divisão do trabalho verificar-se-á em qualquer circunstância em que os profissionais actuem em situação de igualdade, pelo que valerá também nas relações que se estabelecem entre pessoal não médico<sup>25</sup>.

A divisão de trabalho vertical verifica-se quando há uma relação de hierarquia em que uma pessoa recebe instruções de outra que se encontra num nível superior e é controlada por esta, estabelecendo-se entre ambas uma relação de supra/infra ordenação. A divisão de trabalho vertical é caracterizada pela existência de uma ordem hierárquica de distribuição de deveres, em que ao superior competem os deveres de instrução, controlo e vigilância, recaindo sobre os subordinados a obrigação de obedecer às ordens do superior. O superior hierárquico poderá delegar funções nos seus subordinados, que se encontram numa situação de dependência em relação àquele. O exemplo tradicionalmente indicado deste tipo de divisão de trabalho é o que se verifica na relação entre o cirurgião chefe de equipa e os enfermeiros que com ele colaboram na cirurgia. No entanto, a divisão de trabalho vertical não se resume à relação entre médi-

cos e profissionais de saúde não médicos. Pode verificar-se também uma relação de trabalho vertical entre médicos da mesma especialidade em que um deles se encontra numa situação de superioridade em relação ao outro, por assumir funções de chefia de uma equipa médica (por exemplo, o cirurgião chefe de equipa em relação aos cirurgiões ajudantes)<sup>26</sup>.

### § 3. O princípio da confiança

1. O princípio da confiança é visto hoje como um princípio de delimitação do tipo de ilícito negligente em caso de pluralidade de agentes<sup>27</sup>. Segundo o princípio da confiança, na interacção com terceiros, cada sujeito deve poder confiar que os demais se comportam de acordo com a norma de cuidado, “salvo se tiver razão *concretamente* fundada para pensar ou dever pensar de outro modo”<sup>28</sup>.

Tendo sido inicialmente afirmado pela jurisprudência e pela doutrina alemãs no âmbito do tráfego rodoviário, o princípio da confiança foi depois objecto de uma transposição para outras áreas, nomeadamente para o âmbito da divisão de trabalho nas equipas médicas. Assim, em matéria de divisão de tarefas numa equipa médica “qualquer membro (...) deve poder contar com uma actuação dos outros adequada à norma de cuidado (jurídica, profissional, estatutária, da experiência)”<sup>29</sup>, quer a intervenção destes seja anterior, simultânea ou posterior ao comportamento que se analisa<sup>30</sup>.

Verlag, 2001, p. 54, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia del médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo», *Derecho y Salud*, 2 (1994), p. 57, e JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible...*, cit., p. 117.

<sup>24</sup> Neste sentido KAMPS, Hans, *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt*, Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p. 208, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas», *DPC*, 69 (2000), p. 54, e VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales sanitarios*, Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2003, p. 151.

<sup>25</sup> Neste sentido, também, BROSE, Johannes, «Aufgabenteilung im Gesundheitswesen...», cit., p. 54, nota 4.

<sup>26</sup> Neste sentido, WILHELM, Dorothee, «Strafrechtliche Fahrlässigkeit bei Arbeitsteilung in der Medizin», *Jura*, 4 (1985), p. 184, e FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, «El principio de confianza...», p. 54.

<sup>27</sup> V., por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, cit., 35º Cap., §§ 28 e ss.

<sup>28</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, cit., 35º Cap., § 28 (itálico do autor). Em sentido semelhante, COSTA, José de Faria, *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 466.

<sup>29</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, cit., 35º Cap., § 32.

<sup>30</sup> Jakobs esclarece que a conduta danosa pode ser anterior ao comportamento que se analisa. É o que acontece, por exemplo, quando o cirurgião utiliza um bisturi confiando que ele foi previamente esterilizado não tendo, na realidade, tal instrumento sido objecto de esterilização (JAKOBS, Günther, «Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”», (tradução de Peñaranda Ramos, Suárez Gonzáles e Cancio Meliá), in: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 219). Referindo também o princípio da confiança no caso de esterilização de objectos cirúrgicos, BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2º vol. (reimp.), Lisboa: AAFDL, 2010, p. 517-518.

2. Não há, todavia, consenso na doutrina quanto ao fundamento do princípio da confiança – por que motivo é que o agente que actua ao abrigo do princípio da confiança não preenche, com a sua conduta, o tipo de ilícito negligente?

A doutrina alemã maioritária vê o princípio da confiança como um caso particular (*Unterfall*) de actuação do princípio do risco permitido e que, por isso, terá o mesmo fundamento<sup>31</sup>. O princípio da confiança, traduzindo a ideia de que aquele que actua de acordo com o dever de cuidado pode confiar, por regra, que os demais cumprirão os deveres de cuidado que sobre eles impendem, permitirá delimitar os riscos que, apesar da actuação de terceiros ou da própria vítima, podem ainda dizer-se *criados* pelo agente. Tal como o princípio do risco permitido, também o princípio da confiança radicar-se-á numa ponderação entre a liberdade da actuação humana e as vantagens sociais com ela relacionadas, por um lado, e os perigos inevitáveis a ela inerentes, por outro.

Há quem entenda, porém, que o princípio da confiança encontra o seu fundamento material no princípio da auto-responsabilidade de terceiros<sup>32</sup>. Desta perspectiva, será a responsabilidade própria de cada agente a justificar e exigir a redução do âmbito de responsabilidade de cada um dos outros. Acompanhamos Figueiredo Dias quando afirma que “as outras pessoas são também seres responsáveis; se se comportam descuidadamente, tal só deverá afectar, em princípio, a sua própria responsabilidade. Dito por outras palavras: como regra geral não se responde pela falta de cuidado alheio, antes o direito autoriza que se confie em que os outros cumprirão os deveres de cuidado”<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> V., por todos, WELZEL, Hans, *Derecho Penal Aleman, Parte General*, (tradução de Bustos Ramírez e Yáñez Pérez), Santiago do Chile: Editorial Jurídica do Chile, 1997, p. 159, ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., § 24, n.º 22, e, do mesmo autor, «Bemerkungen zum Regreßverbot», in: *Festschrift für Herbert Tröndle*, Berlin: Walter de Gruyter, 1989, p. 186. Em Espanha, no mesmo sentido, entre outros, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid: Editorial Universitas, S.A., 1996, p. 504-5, e MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid: Edersa, 1992, p. 334. Entre nós, COSTA, António Manuel de Almeida, *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Participação em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 705-706.

<sup>32</sup> Neste sentido, entre nós, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal...*, cit., 35.º Cap., § 29; na doutrina alemã, STRATENWERTH, Günter, «Arbeitsteilung...», p. 292; na doutrina italiana, FIANDACA / MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, 3.ª ed., Bologna: Zanichelli Editore, 1995, p. 499; na doutrina espanhola, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, «El principio de confianza...», p. 48 e ss.

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, cit., 35.º Cap., § 29.

Questionar o fundamento do princípio da confiança é perguntar por que razão cada interveniente pode confiar na conduta de terceiros de acordo com o dever. A resposta radicar-se-á no seguinte: a ordem jurídica impõe certos deveres de cuidado a todos os intervenientes numa determinada actividade; sendo tais intervenientes seres responsáveis, pode partir-se do princípio de que todos cumprirão os deveres de que são destinatários.

No entanto, dizer que o princípio da confiança radica no princípio da auto-responsabilidade não significará necessariamente afirmar que os limites e o âmbito de actuação do princípio da confiança são determinados exclusivamente a partir da extensão da auto-responsabilidade de terceiros; não implicará que princípio da confiança e princípio da auto-responsabilidade sejam dois princípios com âmbitos de actuação coincidentes. Casos haverá em que os outros são seres responsáveis e em que, apesar disso, o princípio da confiança não pode ser convocado – são precisamente as situações em que *razões concretamente fundadas* conduzam o agente a não confiar no comportamento do outro. Se, no caso concreto, o terceiro não está (ou não vai) comportar-se de modo responsável e tal é cognoscível para o sujeito que com ele contacta, seria inaceitável – seria até contraditório – que este pudesse convocar o princípio da confiança na actuação do outro para delimitar o seu dever objectivo de cuidado e, deste modo, o seu âmbito de responsabilidade.

Ao princípio da confiança não será alheia uma ideia de protecção de bens jurídicos. O princípio da confiança, ao permitir a cada um dedicar a máxima atenção à actividade que está concretamente a realizar, permitir-lhe-á cumprir o dever de cuidado que lhe é exigido pela ordem jurídica e, deste modo, contribuirá para a protecção dos bens jurídicos que com essas exigências de cuidado a ordem jurídica pretende salvaguardar<sup>34</sup>. Tanto no tráfego rodoviário como no âmbito do exercício da medicina em equipa, o facto de cada interveniente poder realizar a sua conduta sem ter de contar com que os outros podem, a qualquer momento, não cumprir os deveres de cuidado que sobre eles impendem, permitir-lhe-á uma maior concentração no cumprimento dos deveres que sobre si recaem,

<sup>34</sup> Cf. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1996 p. 105.



alcançando-se, deste modo, uma maior protecção dos bens jurídicos em causa (por exemplo, a vida e a integridade física)<sup>35</sup>.

De uma outra perspectiva, também à delimitação do âmbito de actuação do princípio da confiança não será estranha uma ideia de protecção de bens jurídicos. O direito penal é um direito de tutela de bens jurídicos<sup>36</sup>, pelo que se compreenderá que quando o agente se aperceber (ou dever aperceber-se) que o terceiro não está a cumprir (ou não vai cumprir) o seu dever objectivo de cuidado deva adequar a sua conduta de modo a evitar uma eventual ofensa para bens penalmente tutelados. Em rigor, talvez a razão esteja com Kuhlen ao remeter a fundamentação do princípio da confiança para uma “ponderação de interesses que há-de ter em consideração, para além do aspecto de protecção de bens jurídicos, também os aspectos da auto-responsabilidade de terceiros e da liberdade da acção daquele sobre o qual recai o dever objectivo de cuidado”<sup>37</sup>.

#### § 4. A divisão de trabalho e o âmbito de validade do princípio da confiança

1. Numa equipa de prestação de cuidados de saúde, estabelece-se uma teia complexa de relações entre os diversos profissionais e o âmbito de actuação do princípio da confiança dependerá da posição que cada profissional assume na equipa.

Atendendo à tradicional distinção entre divisão do trabalho horizontal e vertical, a doutrina tem considerado que o âmbito de actuação do

<sup>35</sup> Também Jakobs defende que em determinados âmbitos estará subjacente ao princípio da confiança uma ideia de protecção de bens jurídicos, afirmando que “quem está permanentemente a controlar os outros não pode concentrar-se plenamente na sua própria tarefa e, por isso, na maioria das vezes, perde mais em relação à realização da tarefa própria do que ganha através do controlo das tarefas de terceiros” (JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva...*, cit., p. 105).

<sup>36</sup> Sobre o lugar do bem jurídico na doutrina penal, afirmando que as lógicas da substituição e da complementaridade da teoria da protecção de bens jurídicos nada têm a oferecer a um direito penal que se quer liberal, COSTA, José de Faria, «Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 142 (2013), p. 158 e ss.

<sup>37</sup> KUHLEN, Lothar, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1989, p. 133; cf., também, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, cit., 35ª Cap., § 30, e ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., § 24, nº 22. Para mais desenvolvimentos sobre o fundamento, o sentido e os limites do princípio da confiança, v. FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade penal por negligência...*, cit., p. 107 e ss.

princípio da confiança não será o mesmo nos dois tipos de relações: o princípio da confiança terá, nas relações verticais, um campo de actuação mais restrito que nas relações horizontais.

2. Nas situações de divisão de trabalho horizontal o princípio da confiança actuará na sua plenitude. Cada especialista, por regra, pode confiar na correcta realização de funções por parte do outro – nenhum deles controla a actividade do outro –, não sendo qualquer dos especialistas responsável pelos actos realizados pelo colega. Cada um dos especialistas será apenas responsável por controlar os perigos que, no seu específico âmbito de competência, ameacem concretizar-se numa ofensa para o doente<sup>38</sup>.

3. O exemplo habitualmente indicado de divisão de trabalho vertical é o que se verifica na relação entre o cirurgião chefe de equipa e os enfermeiros que com ele colaboram na cirurgia. Estando nós a tratar do problema da determinação da responsabilidade em caso de abandono de objectos cirúrgicos no campo operatório, a questão prende-se precisamente com a relação que, no decurso da cirurgia, se estabelece entre o cirurgião e os profissionais de enfermagem. Detenhamo-nos, um pouco, neste ponto.

3.1. Tradicionalmente entendia-se que no âmbito das relações hierárquicas o chefe de equipa assumia globalmente a realização do processo terapêutico, pelo que cada acto dos subordinados não seria senão uma parcela delegada da actividade assumida por aquele<sup>39</sup>. Sobre o chefe de equipa recairia um conjunto de deveres que compreenderiam, desde logo, o dever de selecção dos seus colaboradores e de comprovação da sua qualificação técnica e pessoal, mas também os deveres de informação, de instrução e de vigilância constante da actuação daqueles, de modo a evitar eventuais erros<sup>40</sup>. Tal dever de controlo constante da actividade dos

<sup>38</sup> Sobre a *delimitação material de competências* e o eventual alargamento *de facto* das funções de cada especialista nos casos de divisão de trabalho horizontal, v. FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade penal...*, cit., p. 210 e ss.

<sup>39</sup> Cf. GÓMEZ RIVERO, M. Cármen, *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 433.

<sup>40</sup> Cf. ULSENHEIMER, Klaus, *Arztstraftrecht...*, cit., I, § 1, nº 174.



subordinados só seria de afastar em situações em que o chefe de equipa tivesse motivos fundados para confiar na actividade daqueles. Afirmava-se, assim, como regra, o princípio da não confiança<sup>41</sup>.

No entanto, esta posição tem sido alvo de fundadas críticas por parte da doutrina maioritária que vem defendendo que também no âmbito das relações hierárquicas há que convocar o princípio da confiança, ainda que com um campo de actuação mais limitado que nas relações não hierárquicas. Em rigor, também nas relações verticais só terá sentido afirmar o princípio da divisão do trabalho se cada um dos participantes puder confiar numa actuação dos demais de acordo com as regras.

3.2. De qualquer modo, no âmbito da divisão do trabalho vertical, independentemente das competências próprias do pessoal subordinado, a relação de superioridade hierárquica determina o surgimento, para o superior, de deveres de organização e de coordenação da actuação da equipa. O superior tem o dever de proceder à distribuição de tarefas de modo a que todas as tarefas sejam atribuídas e correctamente atribuídas – o superior deverá escolher para desempenhar as diversas tarefas profissionais que estejam em condições de o fazer de modo adequado. No que diz respeito a este dever de organização e coordenação da actividade da equipa, vale o princípio da confiança: quando não concorrerem circunstâncias que alterem a normal presunção de capacidade que é lícito supor nos colaboradores, o superior pode confiar na qualificação destes, bem como na actuação de acordo com o dever de cuidado que sobre eles impende<sup>42</sup>.

Além do dever de organização e coordenação inicial, sobre o superior impenderão também, em certas situações, deveres de vigilância, instrução e coordenação no decurso da actividade da equipa. Ou seja, sobre o superior impenderá, em certas circunstâncias, um dever de controlo da actuação dos seus subordinados. A actuação médica é uma actividade perigosa e no decurso da intervenção podem surgir falhas de qualificação, de comunicação e de coordenação<sup>43</sup>. O dever de controlo que impende

sobre o chefe de equipa destina-se a evitar que esses perigos se concretizem em ofensas à vida ou à integridade física dos doentes.

A extensão do princípio da confiança no âmbito das relações hierárquicas depende do alcance que se conceder ao dever de controlo da actuação dos subordinados. O princípio da confiança e o dever de controlo delimitam-se reciprocamente: quanto maior for o alcance do dever de controlo, menor será a extensão do princípio da confiança e, inversamente, quanto menor for o dever de controlo, maior será a extensão do princípio da confiança.

Na doutrina alemã, Umbreit alarga de tal modo os deveres de controlo do superior sobre a actuação dos subordinados que acaba por negar a vigência do princípio da confiança com carácter geral nas relações verticais<sup>44</sup>. Também na doutrina italiana há quem defenda que não pode convocar-se o princípio da confiança no âmbito das relações hierárquicas, pois tal seria incompatível com o dever de controlo que impende sobre o superior<sup>45</sup>.

Entendemos, no entanto, que o princípio da confiança também tem validade geral nas relações verticais. O chefe de equipa não actuará contra o seu dever de cuidado quando confiar que os seus colaboradores cumprirão adequadamente as tarefas para as quais se encontram oficialmente habilitados. Quando não houver motivos para duvidar da preparação e da capacidade dos colaboradores, valerá plenamente o princípio da confiança<sup>46</sup>. Com a afirmação de um dever de vigilância permanente da actividade dos colaboradores correr-se-ia o risco de esvaziar de conteúdo a distribuição de tarefas. Não tem sentido impor ao superior que supervise a actuação dos seus colaboradores (mesmo que se trate de colaboradores com formação não médica) quando estes realizam tarefas que são, precisamente, da sua competência e especialidade. O dever de controlo da actividade dos colaboradores surgirá na esfera do chefe de equipa apenas como um *dever de cuidado secundário* que, segundo Stratenwerth, surge apenas no caso em que “a expectativa de um comporta-

<sup>41</sup> Cf. CRESPI, Alberto, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo: G. Priulla Editore, 1955, p. 155-156.

<sup>42</sup> Neste sentido, também, GÓMEZ RIVERO, M. Carmen, *La responsabilidad...*, cit., p. 435-436.

<sup>43</sup> Cf. *supra*, § 2, ponto 2.

<sup>44</sup> UMBREIT, Hans-Werner, *Die Verantwortlichkeit des Arztes...*, cit., p. 118 e ss.

<sup>45</sup> Neste sentido, AMBROSETTI, Fabio / PICCINELLI, Marco / PICCINELLI, Renato, *La responsabilità...*, cit., p. 173, e BILANCETTI, Mauro, *La responsabilità penale e civile del medico*, 5ª ed., Milano: CEDAM, 2003, p. 756.

<sup>46</sup> Assim, também, WILHELM, Dorothee, «Probleme der medizinischen Arbeitsteilung aus strafrechtlicher Sicht», *Medizinrecht*, 2 (1983), p. 51.

mento de acordo com o dever, tendo em conta a situação ou a pessoa do outro, se torne debilitada”<sup>47</sup>. O chefe de equipa pode confiar na actuação adequada dos seus subordinados, salvo se circunstâncias especiais do caso concreto o fizerem (ou deverem fazer) duvidar da capacidade daqueles para desempenhar as tarefas em causa e, consequentemente, o fizerem (ou deverem fazer) esperar uma conduta incorrecta por parte deles. Tal acontecerá, designadamente, nas situações em que o superior se aperceber (ou dever aperceber) de erros do colaborador<sup>48</sup>. Também nos casos em que um membro da equipa, apesar de ter qualificação suficiente<sup>49</sup>, for ainda inexperiente no desempenho da tarefa em causa, além do dever prévio de informação e instrução no início da intervenção, sobre o superior recairá ainda um dever de vigilância da actividade do colaborador inexperiente. Pode suceder também que um colaborador experiente e habitualmente competente não tenha cometido qualquer erro mas, no decurso da intervenção, manifeste não se encontrar em plenas condições físicas e/ou psíquicas, nomeadamente por se encontrar cansado por excesso de trabalho<sup>50</sup>. Também neste caso o princípio da confiança deverá ceder o seu lugar a um dever (secundário) de controlo por parte do superior sobre a actuação do colaborador.

<sup>47</sup> STRATENWERTH, Günter, «Arbeitsteilung...», *cit.*, p. 392. Nas palavras de Stratenwerth / Kühlen, os deveres de controlo “não devem ser deduzidos de forma geral a partir da previsibilidade dos erros dos outros nem da mera possibilidade de intervir. Portanto, o princípio da confiança limita, por sua vez, quando não existem circunstâncias *especiais*, também os deveres de controlo. Caso contrário seria impossível (...) uma efectiva divisão do trabalho” (STRATENWERTH / KÜHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 6. Auf., München: Verlag Franz Vahlen, 2011, § 15, nº 66, itálico dos autores).

<sup>48</sup> Marco Mantovani esclarece que para excluir o princípio da confiança não é suficiente um erro que, apesar de cognoscível, seja insignificante, mas apenas o erro que constituir uma fonte de perigo para o paciente (MANTOVANI, Marco, «Sui limiti del principio di affidamento», *L'Indice Penale* (1999), p. 1198-1199).

<sup>49</sup> Refira-se que o princípio da confiança não poderá ser convocado em relação a membros da equipa que se encontrem ainda em formação. Sobre a relação que se estabelece entre o orientador de formação e o médico interno, v. FIDALGO, Sónia, «Responsabilidade penal do médico interno e do orientador de formação», in: *Direito penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 975 e ss.

<sup>50</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, «El principio de confianza...», *cit.*, p. 68.

3.3. Na relação de trabalho vertical o profissional que se encontra na posição de chefia dá as instruções e sobre os subordinados impenderá o dever de cumprir as instruções recebidas e executar as tarefas que lhes são distribuídas. E, se aquele que ocupa uma posição superior deve poder confiar que as suas instruções serão seguidas, o que ocupa uma posição subordinada deve poder confiar que as instruções recebidas são correctas<sup>51</sup>. Sobre os subordinados não impende, por princípio, qualquer dever de controlo da actuação do superior<sup>52</sup> – seria uma contradição impor aos subordinados, que frequentemente serão profissionais menos experientes e, por vezes, menos qualificados que o superior, o dever de controlar a actividade deste. Aos subordinados também não se reconhece um direito geral de crítica e resistência às ordens recebidas do chefe de equipa – os subordinados podem, por regra, confiar na correcção das ordens do superior, tendo o dever de as cumprir. No entanto, a confiança na correcção das decisões e instruções do superior não pode ser uma *confiança cega*<sup>53</sup>. Se o subordinado entender que do cumprimento da ordem pode advir uma ofensa para o doente, deverá recusar o cumprimento de tal ordem. Neste caso, o subordinado deve abster-se de actuar, sob pena de ser responsabilizado (conjuntamente com o superior) pelas ofensas que o doente vier a sofrer<sup>54</sup> – vale aqui, naturalmente, a regra segundo a qual cessa o dever de obediência quando ele conduzir à prática de um crime<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Assim, também, JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible...*, *cit.*, p. 155.

<sup>52</sup> Assim, também, WILHELM, Dorothee, «Probleme der medizinischen Arbeitsteilung...», *cit.*, p. 51.

<sup>53</sup> No que diz respeito à execução, pelo enfermeiro, de uma prescrição médica, o Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros tem enveredado por uma via responsabilizante dos enfermeiros, considerando que cabe ao enfermeiro ajuizar sobre a adequação da prescrição médica e, “de acordo com os conhecimentos científicos e técnicos, decidir da sua execução (sendo co-responsável) ou decidir que não existem condições seguras para a execução, recorrendo à validação da prescrição e certificando-se de que não existe erro que possa lesar a pessoa que é destinatária dos cuidados” (CONSELHO JURISDICCIONAL DA ORDEM DOS ENFERMEIROS, «Conselho Jurisdicional – Analisando as possibilidades de recusa do enfermeiro na prestação de cuidados», *Revista da Ordem dos Enfermeiros*, 17 (2005), p. 23).

<sup>54</sup> Neste sentido, WILHELM, Dorothee, «Probleme der medizinischen Arbeitsteilung...», *cit.*, p. 51, MARINUCCI, Giorgio / MARRUBINI, Gilberto, «Profilo penalistici...», *cit.*, p. 229-30, e GÓMEZ RIVERO, M. Cármen, *La responsabilidad...*, *cit.*, p. 443.

<sup>55</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a articulação do princípio da confiança com o princípio da divisão trabalho, v. FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade penal...*, *cit.*, p. 149 e ss.



### § 5. A repartição de tarefas entre cirurgião e enfermeiros e o âmbito de validade do princípio da confiança

1. Estando determinado que a relação de trabalho que se estabelece entre o cirurgião chefe de equipa e os enfermeiros que com ele colaboram na cirurgia é uma relação vertical e que o princípio da confiança tem validade também neste tipo de relações, tentemos agora identificar as funções de cada um dos profissionais no decurso da intervenção cirúrgica. Vamos deter-nos, compreensivelmente, apenas nas funções que estejam directamente relacionadas com o problema de que partimos – aquelas que possam auxiliar-nos na determinação da responsabilidade de cada membro da equipa, em caso de ofensa à integridade física ou morte do doente decorrente do abandono de objectos cirúrgicos no campo operatório.

Considerando que as complicações cirúrgicas evitáveis são causa de um número significativo de lesões e de mortes a nível mundial<sup>56</sup> e que algumas dessas complicações advêm do abandono de corpos estranhos no campo operatório, não é de estranhar que o impedimento da “retenção inadvertida de instrumentos ou compressas em feridas cirúrgicas” figure entre os “objectivos essenciais para uma cirurgia segura” do programa “cirurgia segura salva vidas”, estabelecido pela Aliança Mundial para a Segurança do Doente, da Organização Mundial da Saúde<sup>57</sup>. Em matéria

<sup>56</sup> De acordo com as Orientações da OMS, estima-se que os eventos adversos afectem 3-16% de todos os doentes internados, sendo mais de metade desses eventos evitáveis. Apesar do aumento de conhecimentos relacionados com a segurança em cirurgia, pelo menos metade desses eventos ocorre durante o acto cirúrgico – estima-se que quase sete milhões de doentes cirúrgicos terão complicações significativas em cada ano, um milhão dos quais morrerá durante ou imediatamente após a cirurgia («Orientações da OMS...», *cit.*, p. 3-4).

<sup>57</sup> Na expectativa de reduzir o número de complicações cirúrgicas evitáveis, a Aliança Mundial para a Segurança do Doente da OMS identificou dez objectivos essenciais para a segurança cirúrgica, a prosseguir pela equipa: 1) operação do doente correcto, no local correcto; 2) utilização de métodos conhecidos para prevenir danos decorrentes da administração de anestésicos, protegendo o doente da dor; 3) reconhecimento e preparação efectiva para o risco de vida resultante da perda da via aérea ou da função respiratória; 4) reconhecimento e preparação efectiva para o risco de perda elevada de sangue; 5) impedimento de indução de alergias ou reacções adversas a medicamentos conhecidos como sendo um risco significativo para o doente; 6) uso consistente de métodos conhecidos para diminuir os riscos de infecção no local cirúrgico; 7) impedimento da retenção inadvertida de instrumentos ou compressas em feridas cirúrgicas; 8) garantia da identificação precisa de todos os espécimes cirúrgicos; 9) comunicação efectiva entre todos os membros da equipa e troca de informações críticas sobre

de controlo de objectos cirúrgicos há um conjunto de regras que deve ser seguido a nível internacional e nacional que deve ser seguido pelos profissionais de saúde que integram a equipa.

2. À semelhança do que acontece em outras organizações a nível internacional, também a Associação dos Enfermeiros de Sala de Operações Portugueses estabeleceu um conjunto de recomendações relativas à contagem de compressas, instrumentos cirúrgicos e materiais corto-perfurantes que entende deverem ser seguidas a fim de reduzir a incidência do abandono destes objectos no campo operatório<sup>58</sup>.

Os procedimentos de contagem apenas poderão ser dispensados em intervenções médico-cirúrgicas específicas, de risco reduzido (por exemplo, numa cistoscopia ou numa cirurgia de catarata). As intervenções em que a contagem não é obrigatória constituirão, deste modo, uma excepção – por regra, os procedimentos de contagem devem ser seguidos.

De acordo com as recomendações nacionais e internacionais, as contagens são procedimentos conjuntos, que envolvem dois elementos da

o doente, de modo a garantir o decurso seguro da cirurgia; 10) estabelecimento, pelos hospitais e sistemas de saúde pública, de uma rotina de vigilância quanto à capacidade, volume e resultados cirúrgicos («Orientações da OMS...», *cit.*, p. 14 e ss.). Entre nós, o Departamento da Qualidade na Saúde apresentou, em Maio de 2015, o relatório de monitorização de 2014 de implementação do projecto *Cirurgia Segura Salva Vidas* (disponível in: [www.dgs.pt](http://www.dgs.pt)).

<sup>58</sup> A primeira dessas recomendações vai ao encontro da necessidade de estabelecimento de protocolos de contagem para cada artigo a ser controlado durante a intervenção cirúrgica. É entendimento generalizado que a existência de protocolos de contagem favorece o desempenho da equipa e protege quer a segurança dos doentes, quer a dos próprios profissionais. As recomendações podem ser encontradas no livro publicado pela Associação dos Enfermeiros de Sala de Operações Portugueses – *Práticas recomendadas para bloco operatório*, 3ª ed., 2013, p. 71 e ss. Tais recomendações têm, naturalmente, muitos elementos em comum com as que encontramos referidas por outras organizações de enfermagem a nível internacional, bem como com as apresentadas pela Aliança Mundial para a Segurança do Doente da OMS – cf. «Orientações da OMS...», *cit.*, p. 114 e ss. Estas *Práticas recomendadas para bloco operatório* publicadas pela Associação dos Enfermeiros de Sala de Operações Portugueses têm sido reconhecidas pela Ordem dos Enfermeiros, que entende que tais práticas devem ser seguidas pelos enfermeiros cujo exercício profissional se desenvolve em contexto perioperatório. Refira-se, ainda, que o Conselho Directivo da Ordem dos Enfermeiros aprovou, em 19 de Fevereiro de 2015, a proposta do Conselho de Enfermagem de reconhecimento da especialidade clínica em enfermagem perioperatória. Tal proposta será remetida para discussão e eventual aprovação em Assembleia Geral Extraordinária a realizar durante o ano de 2015.



equipa. Se a equipa de enfermagem for completa, a contagem deve ser feita pelos enfermeiros instrumentista e circulante. Se não existir enfermeiro instrumentista, a contagem deve ser realizada, em conjunto, pelo cirurgião ou por outro elemento da equipa estéril em quem ele delegue esta tarefa (o que acontecerá na generalidade dos casos) e pelo enfermeiro circulante.

A contagem de compressas, dos instrumentos cirúrgicos e dos materiais corto-perfurantes deve ser realizada e registada antes do início do procedimento, antes do encerramento da ferida (no primeiro plano de encerramento) e antes do encerramento da pele. Uma nova contagem deve ser realizada nos casos em que forem abertos para a mesa novos materiais cirúrgicos, nas situações em que o enfermeiro instrumentista ou o circulante forem substituídos e também nos casos em que a incisão for reaberta após o final da contagem. O resultado da contagem deve ser comunicado ao cirurgião de forma audível e o enfermeiro deve assegurar-se de que o cirurgião tomou conhecimento desse resultado. As contagens devem ser registadas numa folha de contagem ou no documento de registo de enfermagem<sup>59</sup>.

Quando não houver coincidência entre as contagens inicial e final, deve ser feita uma nova contagem. Se a discrepância se mantiver, os enfermeiros devem informar imediatamente o cirurgião. Iniciar-se-á, então, um procedimento de procura do objecto cirúrgico em falta (no pavimento, nos recipientes de resíduos, na roupa...). O cirurgião deve proceder a um rastreio manual, fazendo uma análise metódica do campo operatório.

Se, ainda assim, não for possível alcançar a coincidência nas contagens, antes de o cirurgião fechar o campo operatório o paciente deve ser submetido a um exame radiográfico para se localizar e, seguidamente, extrair o objecto abandonado. O recurso a radiografias permitirá agora resolver o problema também em muitas situações em que a discrepância se verifica na contagem das compressas, uma vez que, de há uns anos a esta parte, é prática corrente a utilização de gazes e compressas com

<sup>59</sup> Os “objectivos essenciais para uma cirurgia segura” identificados pela Aliança Mundial para a Segurança do Doente da OMS (cf. *supra*, nota 57) estão compilados na designada *Lista de Verificação de Segurança Cirúrgica*, onde se refere expressamente que antes de o doente sair da sala de operação o enfermeiro deve confirmar verbalmente “as contagens de instrumentos, compressas e corto-perfurantes” (cf. a Norma da Direcção-Geral da Saúde nº 2/2013, de 12 de Fevereiro de 2013, actualizada em 25 de Junho do mesmo ano).

marcador radiopaco (fio de iodo opaco aos Raios X), o que facilitará a sua localização.

Em situações de emergência em que não seja possível proceder à contagem, o enfermeiro deve informar o cirurgião para que sejam realizados, também neste caso, exames radiográficos. Tais exames devem ser feitos antes de o doente sair da sala de operações, se o estado do doente o permitir, ou posteriormente, o mais rapidamente possível. Deve ser feito um registo preciso quer da razão da não realização da contagem, quer dos resultados observados nas radiografias.

3. Existem já métodos alternativos de controlo dos objectos cirúrgicos. No que diz respeito às compressas, as novas técnicas de contagem automatizada – com utilização de compressas com código de barras e compressas com etiquetas de identificação por radiofrequência – aumentam a precisão da contagem e de detecção das compressas inadvertidamente abandonadas<sup>60</sup>.

No entanto, enquanto estes novos métodos não forem ainda de uso generalizado, as contagens manuais continuam a ser o meio de prevenção disponível para evitar o abandono de corpos estranhos no campo operatório. E, apesar do esforço das organizações nacionais e internacionais na identificação das boas práticas nesta matéria, a verdade é que, em muitos casos, se verificam erros nas contagens – os enfermeiros concluem pela conformidade das contagens em circunstâncias em que tal conformidade não existe<sup>61</sup>.

Embora a contagem das compressas e dos demais objectos cirúrgicos seja uma tarefa a executar pelos profissionais de enfermagem, tem-se entendido que a exploração metódica do campo operatório antes do encerramento, a realizar pelo cirurgião, pode contribuir para a diminuição da probabilidade de serem abandonados corpos estranhos. Deste modo, independentemente do resultado das contagens efectuadas pelos enfermeiros, sobre o cirurgião impende o dever de proceder sempre a um rastreio manual antes de fechar o campo operatório<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Neste sentido, com indicação de estudos realizados, cf. «Orientações da OMS...», *cit.*, p. 114.

<sup>61</sup> Em um estudo sobre objectos abandonados no campo operatório, os autores concluíram que em 88% dos casos se acreditou erroneamente que a contagem final coincidia com as anteriores (cf. GAWANDE, Atul, *et al.*, «Risk Factors...», *cit.*, p. 234).

<sup>62</sup> O rastreio manual a realizar pelo cirurgião é uma prática que tem sido defendida pelo *American College of Surgeons* como componente essencial da prevenção do abandono

4. Deste modo, quando um doente vem a sofrer ofensas à integridade física ou vem mesmo a morrer no decurso do abandono de um objecto cirúrgico no campo operatório, terá de se determinar quem, na equipa cirúrgica, violou as normas de cuidado. Na aferição do preenchimento do tipo de ilícito negligente terá de se averiguar se o agente violou o dever objectivo de cuidado no caso concreto – o legislador, no artigo 15º do CP, utiliza a expressão “segundo as circunstâncias”. Deste modo, será necessário ter em consideração a prática no serviço em causa. Será relevante, designadamente, apurar se no serviço se utiliza compressas com marcador radiopaco, se há sistemas de contagem automática de compressas, se na cirurgia em causa interveio um enfermeiro instrumentista. Só deste modo poderemos apurar os deveres que impendiam sobre cada elemento da equipa e, conseqüentemente, determinar se a violação da norma de cuidado se traduziu, no caso concreto, em uma violação do dever de cuidado que venha a fundamentar a imputação do resultado à conduta do agente<sup>63</sup>. Naturalmente, para que venha a justificar-se a punição do agente a título de ofensa à integridade física ou de homicídio por negligência, para além do tipo de ilícito negligente terá de mostrar-se preenchido também o tipo de culpa respectivo<sup>64</sup>.

de compressas, instrumentos cirúrgicos e corto-perfurantes no campo operatório (cf. «Statement on the Prevention...», *cit.*).

<sup>63</sup> A violação de normas (jurídicas ou não jurídicas) de comportamento constitui apenas um indício de violação do dever objectivo de cuidado – na valoração jurídico-penal da conduta o que está em causa não é a violação de qualquer regra da arte, mas sim a violação que for tipicamente relevante. Por outro lado, pode excepcionalmente divisar-se uma violação do dever objectivo de cuidado por parte do profissional de saúde, ainda que ele tenha observado o prescrito nas *leges artis* – há situações em que o conhecimento ou a suspeita de um perigo não considerado pelas normas obriga a cuidados acrescidos (neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal I*, 35º Cap., §§ 21 e 22, DIAS, Jorge de Figueiredo / BRANDÃO, Nuno, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, t. I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, artigo 137º, § 8 b), FARIA, Paula Ribeiro de, *A adequação social da conduta no direito penal – ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Porto: Publicações da Universidade Católica, 2005, p. 942 e 963, e, a mesma autora, in: *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, artigo 148º, § 9. Vide, ainda, ROXIN, Claus, *Allgemeiner Teil I*, § 24, n.ºs 16 e 19).

<sup>64</sup> Sobre a estrutura dogmática do facto negligente, v., *supra*, nota 13. Apelando a uma eliminação, até certo ponto, da distinção entre ilícito e culpa ao nível da realização negligente, FARIA, Paula Ribeiro de, «O risco penalmente relevante – uma tarefa de interpretação da norma penal», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 411-412.

Os casos podem assumir os contornos mais diversos. Tentemos, no entanto, identificar algumas *situações tipo*:

4.1. Se o cirurgião tiver cumprido o seu dever de revisão manual do campo operatório e se houver conformidade nas contagens realizadas pelos enfermeiros, por regra, o cirurgião poderá confiar no que lhe é dito pelos seus colaboradores e fechar o campo cirúrgico. Neste caso, se vier a verificar-se uma “falsa coincidência” nas contagens – se tiver ocorrido um erro na contagem das compressas por parte dos profissionais de enfermagem – pode suceder que só o enfermeiro (ou enfermeiros) deva(m) ser responsabilizado(s) pelas ofensas provocados pelo abandono do objecto cirúrgico no campo operatório. Por um lado, dada a complexidade de certas intervenções, é admissível que através da exploração manual do campo operatório o cirurgião não consiga detectar a presença de um corpo estranho (designadamente, quando se tratar de uma compressa ou de um outro objecto de pequenas dimensões). Conseqüentemente, nestes casos, o facto de o cirurgião não ter encontrado qualquer objecto estranho através do rastreio manual poderá não traduzir uma violação do dever a que o cirurgião estava obrigado. Por outro lado, a contagem e recontagem do material é uma função dos enfermeiros, pelo que se estes transmitirem ao cirurgião a conformidade nas contagens realizadas, este profissional poderá, por regra, confiar na informação recebida.

4.2. Há, porém, como vimos, situações em que o princípio da confiança não pode ser convocado<sup>65</sup>. Se, no caso concreto, apesar da comunicação da conformidade das contagens realizadas pelos enfermeiros, o cirurgião tiver razão concreta para duvidar de tal informação, o doente deverá ser submetido a um exame radiográfico antes de sair da sala de operações. Cessará, neste caso, o princípio da confiança e o cirurgião deverá certificar-se, através de radiografias, de que nenhum corpo estranho foi esquecido no campo operatório<sup>66</sup>. Nos casos em que, havendo motivo

<sup>65</sup> Cf. *supra*, § 4, ponto 3.2.

<sup>66</sup> Jorge Barreiro, referindo a situação em Espanha, entende que o cirurgião deve proceder sempre ao exame radiográfico da zona operada de modo a evitar o abandono de corpos estranhos, ainda que tenha recebido por parte dos enfermeiros a informação de conformidade das contagens por estes realizadas (e independentemente de ter qualquer razão concreta para duvidar de tais contagens). Deste modo, segundo Jorge Barreiro, o cirurgião poderá



concreto para duvidar da contagem feita pelos enfermeiros, o cirurgião não submeter o paciente ao exame radiológico e tiver sido esquecido qualquer corpo estranho que venha a provocar lesões no paciente, o cirurgião poderá vir a ser responsabilizado, eventualmente, juntamente com os enfermeiros, pelas ofensas que o paciente vier a sofrer em consequência de tal esquecimento.

4.3. Uma terceira hipótese será a de o cirurgião não fazer qualquer rastreio manual e proceder ao encerramento do campo operatório antes mesmo de ouvir os enfermeiros acerca da conformidade entre as duas contagens. Em um caso desta natureza, o cirurgião poderá vir a ser considerado o único responsável pelas ofensas provocadas por um eventual corpo estranho esquecido no campo operatório<sup>67</sup>.

ser responsabilizado se não tiver realizado o exame radiográfico e, apesar da conformidade da contagem, tiver sido esquecido um qualquer objecto estranho que tenha provocado lesões ao paciente (JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible...*, cit., p. 152 e 156 e ss.). No entanto, nas palavras de Villacampa Estiarte, “a exigência de realização de exame radiográfico em todas as intervenções cirúrgicas é um absurdo” (VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Responsabilidad penal...*, cit., p. 220, nota 387). Por um lado, entende a autora, o facto de a contagem e recontagem do material utilizado ser uma tarefa específica de determinados profissionais presentes na sala operatória deve garantir de modo suficiente o não abandono de corpos estranhos. Por outro lado, exigir ao cirurgião chefe de equipa que adopte medidas de comprovação da adequação da actividade dos seus colaboradores em situações em que não se verificam indícios que façam suspeitar da incorrecção da actuação daqueles, significará uma sobrecarga desnecessária do cirurgião e traduzirá uma contradição com a pressuposta vigência do princípio da confiança. Por fim, a exigência de realização de exames radiográficos em todas as intervenções cirúrgicas implicaria um inadequado e desnecessário aumento dos custos nos serviços de cirurgia (*ibidem*). Os argumentos apresentados por Villacampa Estiarte parecem-nos argumentos fortes. Consideramos que poderá ser convocado ainda o próprio interesse dos pacientes. Por um lado, a realização do exame radiográfico implicará um risco acrescido para o doente, risco que não se justificará nos casos em que houver conformidade na contagem do material e não houver motivo para duvidar de tal contagem. Por outro lado, implicará também (injustificadamente) uma maior duração da intervenção, com a consequente ocupação quer dos profissionais de saúde, quer da própria sala de operações, o que terá consequências ao nível da capacidade de resposta dos serviços aos doentes que a eles recorrem.

<sup>67</sup> Assim, também, REYS, Lesseps dos, «Responsabilidade civil dos médicos», *RFML*, 5 (2000), p. 310. Porém, – refira-se uma vez mais –, a decisão final dependerá sempre das circunstâncias concretas. Veja-se, de seguida, um caso retirado da jurisprudência francesa, referido por Paula Ribeiro de Faria (FARIA, Paula Ribeiro de, «A Responsabilidade Penal dos Médicos – os tipos legais de crime do Código Penal», *Rev. Port. Anest.*, (1999), p. 74 e ss.). No decurso

## § 6. Conclusão

A convocação do princípio da confiança como princípio delimitador dos deveres de cuidado nas relações que se estabelecem entre os vários profissionais de saúde apresenta-se hoje como um caminho a seguir para fazer face ao aumento dos riscos associado à agressividade e à complexidade da medicina. Se sobre o chefe de equipa impender um dever de controlo constante em relação aos demais membros da equipa, aquele profissional não poderá dedicar-se com a atenção necessária às tarefas médicas que especificamente lhe competem. Afirmando-se o princípio da confiança com validade geral, quer nas relações horizontais, quer nas relações verticais, permite-se a cada profissional concentrar-se nas tarefas que lhe são concretamente atribuídas. Sendo a contagem dos objectos cirúrgicos uma tarefa a executar pelos profissionais de enfermagem, o cirurgião chefe de equipa deve, por regra, poder confiar na informação que lhe é transmitida pelos enfermeiros. Deste modo, delimita-se o âmbito de responsabilidade de cada elemento da equipa e torna-se claro que a segurança do doente é responsabilidade de todos.

de uma cesariana, um médico obstetra deixou duas compressas na cavidade abdominal da paciente. Consequentemente, a doente veio a sofrer dores persistentes. Realizada uma segunda intervenção por outros cirurgiões, foram retiradas as referidas compressas que se tinham colado aos intestinos. Não haverá dúvida de que o abandono de duas compressas no corpo da paciente constitui uma conduta em violação das regras de cuidado. No entanto, no caso, o médico obstetra veio invocar que nas circunstâncias concretas não havia sido possível proceder ao controlo das compressas. Desde logo, o médico assistente havia sido chamado de urgência, ficando o obstetra sozinho na sala. Por outra parte, dado o elevado risco de hemorragia que uma cesariana envolve, tinha havido urgência no encerramento do campo operatório. E, em terceiro lugar, o tempo de anestesia (epidural) estava a esgotar-se. Fica claro, deste modo, a necessidade de contemplar todas as circunstâncias do caso concreto.