

The background of the cover is a photograph of a vast, choppy ocean under a pale, overcast sky. The horizon line is positioned in the upper third of the image. The water is a deep blue-grey with white-capped waves, and the sky is a uniform, light greyish-blue.

ANUÁRIO DE DIREITOS HUMANOS

**Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos
Escola de Direito da Universidade do Minho**

2017

ANUÁRIO DE DIREITOS HUMANOS
2017

Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos

Escola de Direito

Universidade do Minho

Dezembro de 2017

FICHA TÉCNICA

Título

Anuário de Direitos Humanos - nº 0

Organização e Edição

Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos
Escola de Direito
Universidade do Minho
Campus de Gualtar
4710-057 Braga
+351253601841/+351253601810
ciidh@direito.uminho.pt

Diretora

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Intervenientes

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Cristina Dias

Diana Sofia Araújo Coutinho

Fernando Conde Monteiro

Manuel Simas Santos

Margarida Santos

Pedro Miguel Freitas

Rossana Martingo Cruz

Sónia Moreira

Local e Data

Braga, dezembro de 2017

ISSN

2184-1853

Com a publicação deste número inaugural do *Anuário de Direitos Humanos* realiza-se um objetivo há muito almejado pela Escola de Direito e pelo Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII). Depois de cumpridos mais de dez anos sobre o ensino pós-graduado em Direitos humanos, em cujo mestrado tem sido possível produzir dissertações dos investigadores do DH-CII de reconhecido valor, e após cerca de nove anos de existência do Centro, com uma variada produção científica, tanto dos seus investigadores como de colaboradores externos, entendeu-se que seria agora necessário criar uma revista, sob a forma de anuário, para publicação periódica dos resultados da investigação em direitos humanos desenvolvida quer no âmbito do Mestrado, quer no do Centro. Este número materializa, portanto, essa ideia.

Pretende-se que este Anuário venha a ser indexado. Por isso, a seu tempo, serão designados os órgãos científicos e consultivos da revista, de modo a garantir os requisitos necessários à sua indexação, nomeadamente em modo de revisão por pares em regime de *blind review*. Isso sucederá após um ano de publicação. Até lá, o Anuário recolherá alguns dos trabalhos realizados por investigadores integrados e convidados. A ampla disseminação da investigação realizada no âmbito dos Direitos Humanos justifica que o anuário publique em algumas das principais línguas, designadamente, em inglês, francês, espanhol e português.

Pretende-se, deste modo, contribuir para o estudo, publicação e divulgação, em acesso aberto, de temas de direitos humanos, nas suas mais diversas dimensões, como é apanágio do Centro de Direitos Humanos e como sempre foi pretensão da Escola de Direito da Universidade do Minho. Razão pela qual este projeto é o resultado do esforço conjunto da Direção do DH-CII e da Presidência da Escola de Direito. É nossa fonte de inspiração a agenda das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável 2030, em particular o objectivo 16 “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”, esperando que a investigação desenvolvida e dada a conhecer nas páginas do Anuário possa constituir um contributo para o debate sobre as formas pela qual as nossas sociedades podem atingi-lo.

Cabe aqui uma palavra de agradecimento aos investigadores que aprovaram este projeto e que se entusiasmarão com a sua realização e, em particular, à Sra. Prof.^a Doutora Anabela Gonçalves que aceitou dirigir esta revista.

Pensamos que esta é a melhor forma de fechar mais um ciclo de programação estratégica e começar um novo e ainda mais ambicioso programa de investigação para os próximos anos.

Clara Calheiros
(Presidente da Escola de Direito)

Mário Ferreira Monte
Patrícia Jerónimo
Teresa Coelho Moreira
(Comissão diretiva do DH-CII)

ÍNDICE

Nota prévia - 7 -

Previous note..... - 9 -

Breve comentário ao projecto de convenção sobre o reconhecimento de sentenças estrangeiras da Conferência de Haia

Anabela Susana de Sousa Gonçalves - 13 -

Gestação de substituição – breves notas sobre a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português

Cristina Dias..... - 29 -

Uma breve reflexão sobre a telemedicina: um caso de sucesso ou fracasso?

Diana Sofia Araújo Coutinho - 45 -

Pena de morte: reflexões epistemológicas sobre o sentido ou a ausência de sentido da punibilidade no âmbito jurídico-penal

Fernando Conde Monteiro - 69 -

Nótula sobre os Recursos de Execução de Penas

Manuel Simas Santos/Margarida Santos - 87 -

Em torno do dolo eventual e negligência consciente (ou da [im]possibilidade do encerramento de uma discussão permanente)

Pedro Miguel Freitas - 105 -

A afinidade – breve consideração

Rossana Martingo Cruz..... - 129 -

A capacidade dos menores para consentir actos médicos na ordem jurídica portuguesa

Sónia Moreira..... - 139 -

O Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos publica o seu número 0 do *Anuário de Direitos Humanos* com o intuito de apresentar uma parte dos trabalhos de produção científica de alguns dos seus investigadores durante o ano de 2017. Os contributos presentes neste número 0 perpassam várias áreas do Direito, tendo uma identidade comum: a investigação no âmbito dos Direitos Humanos. Os textos que agora se publicam demonstram a variedade da produção científica e o dinamismo da equipa de investigadores do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, contando ainda com relevantes colaborações externas.

O Anuário de Direitos Humanos será lançado gratuitamente, no final de cada ano. Estará disponível em versão online e traduzir-se-á num conjunto de artigos científicos resultantes do trabalho produzido pelos investigadores do Centro e Convidados durante o ano correspondente.

Os trabalhos vão apresentados por ordem alfabética do primeiro nome dos Autores correspondentes. Na apresentação dos textos, respeitou-se a forma, grafia e referenciação escolhidos pelos Autores, sem prejuízo do esforço de uniformização que foi feito.

O nosso agradecimento a todos quantos se envolveram na concretização e execução deste primeiro lançamento do Anuário.

A Directora

PREVIOUS NOTE

The Interdisciplinary Research Center for Human Rights publishes its number 0 of the Human Rights Yearbook with the intention of presenting part of the scientific production work of some of its researchers during the year 2017. The contributions in this number 0 span several areas of law, with a common identity: research on the field of Human Rights. The texts that are now published demonstrate the variety of scientific production and the dynamism of the Center's team of researchers, with relevant external collaborations.

The Human Rights Yearbook will be released free of charge at the end of each year. It will be available in online version and will correspond to a set of scientific articles resulting from the work produced by the researchers of the Center and Guests during the corresponding year.

The works will be presented in alphabetical order of the first name of the corresponding Authors. In the presentation of the texts, the form, spelling and reference chosen by the Authors was respected, without prejudice to the standardization effort that was made.

Our thanks to all those involved in the implementation and execution of this first launch of the Yearbook.

The Director

Anuário nº 0

Textos resultantes dos trabalhos de produção científica de

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

Cristina Dias

Professora Associada com Agregação na Escola de Direito da Universidade do Minho

Diana Sofia Araújo Coutinho

Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho

Fernando Conde Monteiro

Professor Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

Manuel Simas Santos

Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça

Margarida Santos

Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

Pedro Miguel Freitas

Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

Rossana Martingo Cruz

Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho

Sónia Moreira

Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

BREVE COMENTÁRIO AO PROJECTO DE CONVENÇÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS DA CONFERÊNCIA DE HAIA

*Anabela Susana de Sousa Gonçalves**

Resumo

Os indivíduos e agentes económicos na União Europeia têm ao seu dispor um conjunto de instrumentos que lhes permite o exercício efectivo dos seus direitos nos vários Estados-Membros, favorecendo a previsibilidade e a segurança jurídica e facilitando a resolução dos litígios transnacionais na União. Estas necessidades também se sentem fora do espaço da União Europeia. Por esta razão, começou-se a desenhar um projecto com uma vocação de amplitude mundial referente ao reconhecimento de sentenças. O objectivo deste breve estudo é a análise da última versão do projecto de Convenção sobre o reconhecimento de sentenças da Conferência de Haia, datada de Novembro de 2017, e será sobre esta que nos vamos debruçar.

Palavras-chave

Reconhecimento de sentenças estrangeiras; matérias civis e comerciais; Convenção de Haia; Direito Internacional Privado.

1. Nota prévia

As pessoas quando adquirem direitos em certos países têm expectativas que esses direitos sejam reconhecidos em outros países e, preferencialmente, de forma fácil e com os menores encargos possíveis. A estabilidade e continuidade das relações e posições jurídicas adquiridas pelas pessoas e agentes económicos num certo país, em qualquer outro país onde estas se tenham de deslocar ou exercer as suas actividades, relacionam-se com a tutela das

* Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

legítimas expectativas e com a necessidade de previsibilidade e segurança jurídica e paz social, preocupações que estão na base das ordens jurídicas¹. Na União Europeia existe já um conjunto bastante sustentado de instrumentos que regula as relações jurídicas privadas transnacionais e que garante, através do princípio da confiança e do reconhecimento mútuo de decisões, que as fronteiras políticas que existem na União Europeia não são um obstáculo ao exercício e reconhecimento de direitos. Estes instrumentos legais estão na base do *Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça*, previsto no art. 67º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), que tem na cooperação judiciária em matéria civil uma das suas políticas estruturantes. A política de cooperação judicial em matéria civil tem por objeto a regulamentação de relações jurídicas privadas em contacto com mais do que uma ordem jurídica e tem, como um dos seus objectivos, favorecer a previsibilidade e a segurança jurídica e facilitar a resolução dos litígios transnacionais na Europa². Esta política baseia-se no princípio da confiança entre os Estados-Membros e no princípio do reconhecimento mútuo de decisões (como resulta dos art. 64º, n.º 4, e do art. 81º, ambos do TFUE) e, por isso, de acordo com o art. 81º, n.º 2, al. a), são adotadas as medidas que promovam o reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros das decisões judiciais e extrajudiciais e a respectiva execução, e de acordo com a alínea c) da mesma disposição legal, a cooperação judiciária em matérias civis é também conseguida através da compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição.

Actualmente, a política de cooperação em matéria civil conta já com um desenvolvimento considerável, uma vez que tem sido assumida nos vários Conselhos Europeus como um instrumento estruturante para o avançar da integração europeia³. Assim, podemos agrupar

¹ V., neste sentido e sobre o princípio da confiança, Dário Moura Vicente, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 41-41. Também sobre este princípio, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, *A Mudança de Paradigma*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 165-177.

² Sobre a política de cooperação judiciária em matéria civil e comercial e os instrumentos legislativos existentes nesta área, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «Cooperação Judiciária em Matéria Civil» in *Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 339-391.

³ Na sessão do Conselho Europeu de 15 e 16 de outubro de 1999, em Tampere, é lançada a iniciativa de criação de um Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça, como uma linha de ação essencial para a integração europeia: Conselho Europeu, *Conclusões da Presidência*, Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999, em <http://register-consilium.eu.int> [consultado em 1/6/2016]. O mesmo é reiterado posteriormente, em 2004, em que o Conselho Europeu lança o Programa de Haia, com o objetivo de encetar

os vários atos legislativos da União adotados ao abrigo da política europeia de cooperação judiciária em matéria civil em quatro áreas fundamentais: a rede judiciária europeia em matérias civil e comercial; matérias civis e comerciais; direito da família e sucessões; aspetos processuais e questões conexas. A título de exemplo, nas matérias civis e comerciais, podemos incluir, actualmente: o Regulamento n.º 1215/2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I *bis*); o Regulamento n.º 2015/848 relativo aos processos de insolvência; o Regulamento n.º 864/2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II); e o Regulamento n.º 593/2008, relativo à lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Também a título de exemplo nas matérias de direito da família e sucessões, podemos agrupar: o Regulamento n.º 2201/2003, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II *bis*), o Regulamento n.º 4/2009, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares; o Regulamento n.º 1259/2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial; o Regulamento n.º 650/2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu; o Regulamento n.º 2016/1103 que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais; o Regulamento n.º 2016/1104 que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas.

Pelas linhas em que se estrutura política de cooperação judiciária em matéria civil e comercial, e que foram brevemente expostas, podemos concluir que os indivíduos e agentes económicos na União Europeia têm ao seu dispor um conjunto de instrumentos que lhes

novos esforços para dinamizar a implementação do princípio do reconhecimento mútuo na União Europeia, segundo uma ideia da confiança mútua entre os Estados-Membros: Conselho Europeu, Conselho Europeu de Bruxelas, 4/5 de novembro de 2004, Conclusões da Presidência, n.º 14292/04, em <http://resgister-consilium.europa.eu>, [consultado em 1/6/2016].

permite o exercício efectivo dos seus direitos nos vários Estados-Membros, favorecendo a previsibilidade e a segurança jurídica e facilitando a resolução dos litígios transnacionais na União. Todavia, são instrumentos jurídicos limitados ao espaço territorial da União Europeia⁴ e a necessidade de previsibilidade e segurança jurídica, facilidade de resolução dos litígios transnacionais, reconhecimento de direitos adquiridos em outros países e tutela das legítimas expectativas existe também fora da União Europeia. Ora, a regulamentação das relações privadas internacionais num plano mais global tem lugar na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

2. Antecedentes do projecto de convenção sobre o reconhecimento de sentenças da Conferência de Haia

Foi precisamente na Conferência de Haia que se começou a desenhar um projecto com uma vocação de amplitude mundial referente ao reconhecimento de sentenças. Os trabalhos iniciaram-se em 1992, com um projecto ambicioso em torno de duas questões: normas de competência internacional; e reconhecimento de decisões estrangeiras⁵. Estes trabalhos deram origem à *Convenção de Haia de 30 de junho de 2005 sobre os Acordos de Eleição de Foro*. A partir de 2012 avança-se para a redação de um texto limitado ao reconhecimento de sentenças estrangeiras, sendo a primeira versão do mesmo apresentado em 2016⁶. Após esta primeira versão, mais duas reuniões se sucederam em que o texto foi discutido e alterado,

⁴ E alguns ainda mais limitados, porque excluem alguns países ou porque incluem apenas alguns Estados-Membros. Através de protocolos anexos ao Tratado de Amesterdão, o Reino Unido, a Irlanda e a Dinamarca não participam das medidas adotadas ao abrigo do Título IV do Tratado que institui a Comunidade Europeia, o que significa que estes Estados, à partida, não estão sujeitos aos atos jurídicos adotados ao abrigo daquelas normas, ainda que em certas circunstâncias possam participar. V. sobre, Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «Cooperação Judiciária em Matéria Civil», *Cit.*, pp. 352-353. Temos ainda regulamentos que foram elaborados no âmbito da cooperação reforça, no âmbito dos arts. 326.º a 334.º do TFUE, e que por isso só vinculam os Estados-Membros participantes. V., sobre, Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «Cooperação Judiciária em Matéria Civil», *Cit.*, pp. 355-356.

⁵ Informações recolhidas em <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments/>, consultado em 30.11.2017.

⁶ *Idem, ibidem.*

sendo a última versão do projecto de Convenção datada de Novembro de 2017 e será sobre esta que nos vamos debruçar⁷.

A visão que lançamos para este recente texto tem necessariamente de ser coordenada com as soluções legais já existentes na União Europeia no âmbito da cooperação judiciária em matéria civil e comercial sobre o reconhecimento de decisões estrangeiras, que são as matérias sobre as quais o projecto de Convenção incide. Referimo-nos, nomeadamente, às soluções previstas no Regulamento Bruxelas I *bis*⁸, que estabelece um sistema uniforme de reconhecimento de sentenças estrangeiras e outros atos públicos na União e que é um dos actos legislativos de maior sucesso da União no âmbito da cooperação judiciária. Esta visão coordenada é tão mais importante, porque em 2006, a União Europeia decidiu aderir à Conferência da Haia de Direito Internacional Privado⁹. Para tal, foi necessário fazer uma alteração ao estatuto da Conferência, pois, até então, não era permitida a adesão de uma organização internacional. A adesão da União tornou-se efetiva a partir de 3 de abril de 2007, passando esta a poder negociar, no âmbito da Conferência da Haia, as questões plurilocalizadas de cooperação judiciária em matéria civil que afetem o mercado interno, nomeadamente, os instrumentos de compatibilidade referentes a conflitos de leis e de jurisdições com influência no espaço da União Europeia.

Assim sendo, temos de tomar como ponto de partida que esta proposta de Convenção se destina essencialmente a regular o reconhecimento e execução de decisões entre os Estados-Membros e terceiros, já que entre Estados-Membros existe o Regulamento Bruxelas I *bis*. Não podemos ainda esquecer que o sistema que resulta do Regulamento Bruxelas I *bis* tem por base a harmonização que resulta do Direito da União Europeia em matérias civis e comerciais e uma certa cultura e identidade europeia, suporte que não existirá em relação a esta futura Convenção à qual pode aderir qualquer país no âmbito da Conferência de Haia.

⁷ *Idem, ibidem.*

⁸ Que veio substituir o Regulamento 44/2001 (Bruxelas I) sobre a mesma matéria que, por sua vez, transpôs para um acto jurídico da União a Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e Comercial. Sobre o regulamento Bruxelas I *bis*, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «A revisão do regulamento Bruxelas I relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial» in Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 39-59.

⁹ Decisão do Conselho de 5 de outubro de 2006 relativa à adesão da Comunidade à Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (2006/719/CE).

3. O projecto de convenção sobre o reconhecimento de sentenças da Conferência de Haia

3.1. Âmbito de aplicação

O Projecto estabelece, como âmbito de aplicação material da Convenção, o reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial (art. 1º). Decisão é definida no art. 3º, n.º 1, al. a), de acordo também com a definição do art. 2º al. a) do Regulamento Bruxelas I *bis*, assumindo o sentido de qualquer decisão sobre o mérito dada por um tribunal, independentemente da designação que assuma, bem como as decisões de fixação do montante das custas do processo pelo tribunal ou secretaria do tribunal. Uma decisão cautelar ou provisória não é considerada uma decisão para efeitos de aplicação da Convenção. Parece-nos que o projecto ao estabelecer um artigo de definições (o art. 3º), deveria ter indicado algumas das características necessárias para caracterizar uma matéria como civil e comercial, a bem de uma interpretação uniforme da Convenção entre os futuros Estados Contratantes, e autónoma face ao direito nacional desses mesmos Estados. Não o fazendo, o art. 2º ao estabelecer as matérias excluídas do âmbito de aplicação da futura Convenção, ajuda a delimitar o que deve ser entendido por matérias civis e comerciais.

Estão, então, excluídas do âmbito de aplicação do projecto: o estatuto e a capacidade jurídica das pessoas singulares [al. a)]; obrigações alimentares [al. b)]; outros assuntos de direito da família, incluindo regimes matrimoniais e outros direitos ou obrigações decorrentes de casamento ou relações semelhantes [al. c)]; testamentos e sucessões [al. d)]; insolvência, composição, resolução de instituições financeiras e questões análogas [al. e)]; o transporte de passageiros e mercadorias [al. f)]; poluição marinha, limitação de responsabilidade por reivindicações marítimas, reboques e salvamentos de emergência [al. g)]; responsabilidade por danos nucleares [al. h)]; a validade, nulidade ou dissolução de pessoas colectivas ou associações de pessoas singulares ou colectivas e a validade das decisões dos seus órgãos [al. i)]; a validade das inscrições nos registos públicos [al. j)]; difamação [al. k)]; privacidade ou divulgação pública não autorizada de informações relativas à vida privada [al. l)]; propriedade intelectual e questões análogas [al. m)]. Estão

ainda excluídas matérias referentes à arbitragem (art. 2º, n.º 3). Note-se, todavia, que a exclusão da propriedade intelectual e questões análogas é limitada pelo art. 5º, n.º 3, e art. 6º, al a), que regulam em que termos uma sentença que decide sobre um direito de propriedade intelectual ou um direito análogo pode ser reconhecido e executado.

A exclusão de matérias feita pode-se compreender pela especificidade das mesmas e pela existência de outras convenções internacionais sobre o reconhecimento daquelas matérias, não sendo aconselhável uma sobreposição de fontes internacionais. Assim sucede, por exemplo em relação às obrigações de alimentos da *Convenção de Haia de 23 de Novembro de 2007 sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família*, ou em relação à arbitragem da *Convenção de Nova Iorque de 1958 relativa ao Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*.

Quanto ainda às matérias excluídas encontramos ainda nesta última versão a inclusão da privacidade ou divulgação pública não autorizada de informações relativas à vida privada, que se junta à difamação já prevista em versões anteriores. Esta clarificação parece-nos, em primeiro lugar, positiva. A difamação, que é uma figura jurídica oriunda dos países do sistema da *Common Law*, poderá ser equiparada de certa forma à violação de alguns tipos de direitos de personalidade no nosso direito civil de influência germânica. Logo, em primeiro lugar, se está identificado o ilícito civil existente nos países de *Common Law*¹⁰, cremos que em nome da segurança jurídica é correcta a inclusão do ilícito mais aproximado nos outros sistemas jurídicos (ou seja, o tipo de direito de personalidade cuja violação está em causa)¹¹. Este esclarecimento é, portanto, positivo por uma questão de clarificação de conceitos.

¹⁰ Sobre o conceito de a difamação, na modalidade de libel e slander dos sistemas de Common Law, v. Christian von Bar, *The Common European Law of Torts, The Core Areas of Tort Law, ist Approximation in Europe, and its Accommodation in the Legal System*, Vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 271 e segs; Gerhard Wagner, «Comparative Tort Law» in the *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 1020 e segs. Cfr. Simon Deakin, Angus Johnston, Basil Markesinis, Markesinis-Deakin's *Tort Law*, 5.ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 648 e segs.

¹¹ Sobre o sistema de protecção dos direitos de personalidade de inspiração alemã, no qual se baseia o nosso regime jurídico, v. B.S. Markesinis, *Markesinis The German Law of Obligations, Volume II The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3.ª Ed. with corrections and additions, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 33 e segs, sobre o § 823 I do BGB e pp. 63 e segs; Walter van Gerven, Jeremy Lever, Pierre Larouche, *Tort Law, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 141 e segs e pp. 166-167

A exclusão das questões de difamação e da privacidade ou divulgação pública não autorizada de informações relativas à vida privada do âmbito de aplicação do Projecto de Convenção parece-nos, todavia, de justificação difícil. Esta exclusão não encontra paralelo no âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas I *bis*¹², cujo art. 7º, n.º 2, se aplica às situações de responsabilidade extracontratual, inclusive aquelas que resultam da violação de direitos de personalidade, como pode ser inferido da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹³. Encontramos sim uma exclusão idêntica no art. 1º, n.º 2, al. g), do Regulamento Roma II. Esta revelou-se uma matéria controversa nos trabalhos preparatórios do Regulamento Roma II, tendo sido deixada em suspenso por falta de consenso político e pela urgência em adoptar o regulamento. Todavia, art. 30º, n.º 2, do Regulamento Roma II prevê uma futura alteração do seu conteúdo no sentido de incluir estas matérias)¹⁴. Como já demonstrámos, seria natural que um Regulamento como Roma II, que visa unificar o regime conflitual da responsabilidade extracontratual, acolhesse naturalmente as matérias de responsabilidade extracontratual que resultam da difamação, evitando os problemas que resultam do *depeçage* e da segmentação artificial das relações jurídicas unitárias¹⁵. Seguindo o mesmo raciocínio, o Parlamento Europeu, ao abrigo da cláusula de revisão do art. 30º, n.º 2, apresentou um projecto de revisão do regulamento Roma II para regulamentar as matérias que constam desta exclusão da al. g), do n.º 2, do art. 1º¹⁶. Em consequência, também no âmbito desta futura Convenção nos parece que estas matérias deveriam ser incluídas no seu âmbito de aplicação.

Ainda no âmbito das matérias excluídas no art. 2º, cremos desnecessário o esclarecimento que se encontra no n.º 5, no sentido de que a Convenção não afecta os direitos e imunidades

¹² V. as matérias elencadas no seu art. 1º, n.º 2, do Regulamento Bruxelas I *bis*.

¹³ Para alguns exemplos, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O lugar onde ocorreu o facto danoso nos delitos online» in FODERTICS: Estudios sobre Nuevas Tecnologías y Derecho 4.0, Federico Bueno de Mata (coord.), Comares, Granada, 2015, pp. 199-207; *idem*, «The Cross-Border Regulation of Online Data Privacy and the Judicial Cooperation» in Kooperation, Tagungsband des 18. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2015, Hrsg. Eric Schweighofer, Franz Kummer, Walter Hötendorfer, Österreichische Computer Gesellschaft & Eric Schweighofer, 2015, pp. 487-494.

¹⁴ Como demonstramos em Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Da responsabilidade extracontratual em Direito Internacional Privado, A mudança de paradigma, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 199-206.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 265-267.

¹⁶ *Idem, ibidem*.

dos Estados e organizações internacionais. Este esclarecimento poderia eventualmente revelar-se útil no contexto de um eventual relatório explicativo da futura Convenção, mas já nos questionamos sobre a colocação deste esclarecimento numa norma. Na realidade, o facto de um Estado intervir como parte de uma relação jurídica, só por essa razão, não classifica a natureza da mesma¹⁷. Estando o âmbito de aplicação material da Convenção circunscrito no art. 1º (matérias civis ou comerciais, excluindo as matérias administrativas, fiscais ou aduaneiras), parece claro que o elemento relevante para a aplicação da projectada Convenção é a natureza da relação jurídica e não as partes que intervêm.

Em termos de aplicação espacial, o sistema de reconhecimento previsto na futura Convenção será aplicável nos Estados Contratantes em relação aos julgamentos que provêm dos outros Estados Contratantes, nos termos do art. 4º, n.º 1, e de acordo com as condições estabelecidas no art. 5º, n.º 1.

3.2. Regras de reconhecimento e execução

As regras gerais sobre o reconhecimento e execução de decisões estão previstas no capítulo II do Projecto de Convenção. Neste âmbito, não podemos deixar de criticar a pouca ambição deste projecto que se reflecte na ausência de regras de competência internacional, e que são importantes para criar uma base de apoio comum que sustente um sistema de reconhecimento e execução de decisões uniforme. Temos apenas normas de reconhecimento de decisões estrangeiras que se querem comuns a vários Estados, presumivelmente com o objectivo de facilitar, aumentar a celeridade e tornar menos oneroso o processo de reconhecimento de direitos adquiridos no estrangeiro, sem ter em conta que este tipo de sistemas de reconhecimento deve ter como suporte um conjunto de regras de competência internacional comuns. A ausência de normas de competência internacional comuns é a grande crítica que pode ser feita ao projecto apresentado, levando-nos a questionar de onde resulta tal confiança na assunção de jurisdição por parte de Estados terceiros.

¹⁷ Nem poderia ser esse o elemento, pois basta pensar na variedade de entidades públicas e diversidade de vínculos de certas entidades com a administração central que existem nos vários ordenamentos jurídicos.

São, então, reconhecidas de acordo com o sistema do projecto de Convenção as decisões que tenham efeito no Estado de origem e, nos mesmos termos, serão executadas aquelas que tenham força executória no Estado de origem (art. 4º, n.º 3). Não podendo existir revisão de mérito das decisões do tribunal de origem (art. 4º, n.º 2), a recusa de reconhecimento ou execução apenas pode ocorrer nas situações de recusa estabelecidas no projecto de Convenção.

Os pressupostos para o reconhecimento e execução estão previstos no art. 5º e no art. 6º do Projecto de Convenção. Nos termos do art. 5º, uma decisão que provenha de um Estado Contratante pode ser reconhecida ou executada em outro Estado contratante se preencher uma das condições previstas na norma. A título de exemplo, se a pessoa contra quem o reconhecimento ou a execução é solicitada residia habitualmente no Estado de origem da decisão no momento em que essa pessoa se tornou parte no processo no tribunal de origem [art. 5º, al. a)]; ou a pessoa singular contra quem o reconhecimento ou a execução é solicitada teve o seu principal local de negócios no Estado de origem no momento em que essa pessoa se tornou parte no processo no tribunal de origem e em cujo pedido se baseia a decisão judicial resulta das atividades desse negócio [art. 5º, al. b)]; ou a pessoa contra quem o reconhecimento ou a execução é solicitada é a pessoa que fez o pedido em que se baseia a decisão judicial [art. 5º, al. c)]; o réu tenha mantido uma filial, agência ou outro estabelecimento sem personalidade jurídica no Estado de origem no momento em que esta se tornou uma parte no processo no tribunal de origem, e o pedido em que se baseia a decisão judicial surgiu fora das atividades dessa filial, agência ou estabelecimento [art. 5º, al. d)]; entre outras.

Olhando para o art. 5º, n.º 1, do Projecto de Convenção, a residência habitual é um elemento importante para a aplicação do mesmo, como resulta da referida norma. Compreende-se, em nome da segurança jurídica, que o art. 3º, n.º 2, defina o que deve ser considerado residência habitual das pessoas colectivas, seguindo o disposto no art. 63º do Regulamento Bruxelas I *bis*. Já que este esclarecimento é feito, seria também expectável que se clarificasse o que deve ser entendido por residência habitual das pessoas singulares. O esclarecimento deste conceito está ausente do Regulamento Bruxelas I *bis* (que aliás adopta o conceito de domicílio) e no Regulamento n.º 2201/2003 sobre a competência,

reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental (Bruxelas II *bis*), mas esta lacuna pode e tem vindo a ser suprida pelo TJUE¹⁸. Ora, não existindo no âmbito da Conferência de Haia um tribunal que interprete as Convenções adoptadas e cujas decisões se imponham aos Estados, seria recomendável a definição deste conceito que é básico para a aplicação da projectada Convenção, sob pena da existência de uma divergência interpretativa por parte dos tribunais dos Estados contratantes dar origem a uma divergência na aplicação da Convenção entre os Estados Contratantes.

Nos vários pressupostos estabelecidos no art. 5º, é de salientar no seu n.º 2 a salvaguarda estabelecida para os contratos de consumo e de trabalho quando a competência resulta de um pacto de jurisdição (em que é necessário que o consentimento tenha sido dado perante o tribunal, oralmente ou por escrito) ou impedindo a aplicação do n.º 1, al. f), g), c) aos contratos descritos. Esta salvaguarda deve-se ao facto de o trabalhador e de o consumidor serem considerados a parte negocialmente mais débil, tendo uma especial protecção por parte da União Europeia, quer no plano da lei aplicável, quer no plano da competência internacional¹⁹. Não se compreende, todavia, porque é que não existe uma idêntica salvaguarda para o contrato de seguro, contrato em relação ao qual a legislação da União também considera existir uma parte contratualmente mais fraca e que goza da mesma protecção que o contrato de consumo e o contrato de trabalho no Regulamento Bruxelas I *bis*²⁰. Além disso, as duas salvaguardas estabelecidas na proposta de Convenção para o

¹⁸ V. no âmbito do Regulamento Bruxelas II *bis*, Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças», *Unio Unio EU Law Journal*, Nº 0, pp. 124-147; *idem, idem*, «Jurisdição Internacional e Litispendência em Matéria de Responsabilidades Parentais no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II *bis*) - Acórdão do STJ de 20.01.2016, Proc. 6987/13.6TBALM.L1.S1», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 55, 2016, pp. 33-46.

¹⁹ Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «A evolução das regras reguladoras da competência internacional no âmbito do contrato de trabalho internacional na Convenção de Bruxelas, na Convenção de Lugano e no Regulamento 44/2201» in *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Almedina, 2005, pp. 35-66; *idem*, «Pactos de Jurisdição no contrato de trabalho internacional» in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, *Stvdia Ivridica* 95, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. I, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 899-926; *idem*, «Evolução da regulamentação europeia dos contratos de consumo internacionais celebrados por via electrónica», *Scientia Ivridica*, 2013, n.º 331, pp. 5-32; *idem*, «O contrato de trabalho internacional no regulamento n.º 593/2008 (Roma I)» in *Para Jorge Leite*, *Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 367-389; *idem*, «The E-Commerce International Consumer Contract in the European Union», *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 9, Number 1, summer 2015, pp. 5-20.

²⁰ Contrato de seguro, Hélène Gaudemet-Tallon, *Compétence et execution des judgments en Europe*, *Matières civile et commercial*, 5ª Ed. LGDJ, 2015, Issy-les-Moulineaux, pp. 345-357; Helmut Heiss,

contrato de trabalho e de consumo não são equiparáveis às existentes no Regulamento Bruxelas I *bis*, em prejuízo do trabalhador e do consumidor europeu. Torna-se, assim, estranho que uma decisão proveniente de um Estado-Membro que não respeite as garantias estabelecidas pelo Regulamento Bruxelas I *bis* para o contrato de trabalho, para o contrato de seguro e para o contrato de consumo possa não ser reconhecida e executada num Estado-Membro (ao abrigo do art. 45º, n.º 2, al. e) i) do Regulamento), mas se provier de um país terceiro goze do sistema de reconhecimento da projectada Convenção, sobretudo porque os motivos de recusa, previstos no art. 7º, são muito reduzidos, tal como são no Regulamento Bruxelas I *bis*²¹.

O art. 6º estabelece condições de reconhecimento e execução para salvaguardar matérias de competência exclusiva. É uma norma que nos parece, todavia, incompleta já que a salvaguarda das competências exclusivas deveriam estender-se a todas aquelas matérias enunciadas no art. 24º do Regulamento Bruxelas II *bis*. Em primeiro lugar, porque estão em causa matérias de interesse estratégico para os Estados e em que, através de regras de competência exclusiva, se evita que outros Estados reivindiquem a competência para as decidir. Em segundo lugar, reiterando o argumento *supra* referido: a competência exclusiva para decidir sobre estas matérias no âmbito da União Europeia é garantida pelo não reconhecimento e execução de decisões que desrespeitem as regras de competência exclusiva definidas no art. 24º do Regulamento (art. 45º, n.º 2, al. e) ii) do Regulamento), no âmbito de um espaço em que vigora o princípio da confiança e do reconhecimento mútuo. Ora, é de estranhar que não existam iguais cautelas quando as decisões provenham de Estados terceiros à União.

Os motivos de recusa de reconhecimento e execução estão elencados no art. 7º e são reduzidos. A decisão pode ser recusada, se: foram violados os direitos de defesa do réu não lhe permitindo um tempo suficiente para preparar a sua defesa ou tendo sido notificado de

«Introduction to Articles 10-16» in ECPIL, European Comments on Private International Law, Ulrich Magnus e Peter Mankowski (eds), Sellier European Law Publishers, 2016, Köln, pp. 410-437.

²¹ Sobre os motivos de recusa no Regulamento Bruxelas I *bis*, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «A revisão do regulamento Bruxelas I relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial» in Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 52-59.

forma incompatível com os princípios fundamentais do Estado requerido [al. a)]; a decisão tiver sido obtida por fraude [al. b)]; o reconhecimento ou execução seja manifestamente incompatível com a reserva de ordem pública do Estado requerido [al. c)]; o processo no tribunal de origem viole um pacto de jurisdição [al. d)]; a decisão seja incompatível com uma decisão proferida no Estado requerido em um litígio entre as mesmas partes [al. e)]; ou a decisão seja incompatível com uma decisão anterior proferida em outro Estado entre as mesmas partes sobre o mesmo assunto, desde que a decisão anterior esteja em condições para ser reconhecida no Estado requerido [al. f)]; a decisão implique a violação de um direito de propriedade intelectual, de acordo com outra lei que não seja o direito interno do Estado de origem [al. g)]. Tendo em consideração os motivos de recusa enunciados temos dúvidas em relação à al. b), no sentido de determinar a que situações se pretende aludir com a designação de fraude. Cremos que esta norma precisaria de maior rigor terminológico ou, pelo menos, de uma explicação sobre as situações que pretende abarcar. Também nos merece algumas reservas a al. g) que, na realidade, prevê uma revisão de mérito da decisão do tribunal de origem, em oposição com a proibição da revisão de mérito que consta no art. 4º, n.º 2.

Ainda nos termos do art. 7º, n.º 2, o reconhecimento ou a execução podem ser adiados ou recusados se estiver, entre as mesmas partes e referente ao mesmo pedido, outro processo pendente perante um tribunal do Estado requerido, desde que a acção tenha sido proposta em primeiro lugar perante o tribunal do Estado requerido e exista uma conexão estreita entre a disputa e o Estado requerido.

A mesma incongruência com a proibição da revisão de mérito consta no art. 10º, referente ao reconhecimento e execução de indemnizações, inclusive sob a forma de *punitive* ou *exemplary damages*, que não corresponda à compensação do dano efectivamente sofrido. Também no Regulamento Roma II a existência de indemnizações não compensatórias exemplares ou punitivas de carácter excessivo por força de aplicação de lei estrangeira em resultado da aplicação do Regulamento, pode despoletar a aplicação da reserva de ordem pública do Estado do foro, nos termos do seu art. 26º. Os *punitive damages*, figura típica dos países de *common law*, ainda que de utilização mais alargada no direito norte-americano²²,

²² Neste sentido, Marco Lopez de Gonzalo, «Punitive damages e ordine pubblico», RDIPP, 2008 (1), pp. 77.

são um instituto que confere uma indemnização à vítima de factos ilícitos, para punir o agente por actos especialmente censuráveis, podendo não corresponder à existência de quaisquer danos ou, frequentemente, superando em montantes elevados os danos efectivamente existentes²³. O montante final atribuído pode ser revisto pelo juiz ou pelo tribunal de recurso, ainda que nos Estados-Unidos o júri possa fixar o valor com grande discricionariedade, pois como testemunha John Y. Gotanda, «[f]or over 200 years, the Supreme Court declined to place any limits on juri awards of punitive damages»²⁴, podendo atingir valores extremamente elevados²⁵. Os *punitive damages* têm uma natureza sancionatória de comportamentos ilícitos graves, visando punir o agente, repondo a paz social, mas visam também um interesse geral de prevenção contra comportamentos similares futuros, assumindo uma natureza simultaneamente preventiva. Além disso, tem ainda como objectivo compensar danos considerados irreparáveis do lesado e o pagamento de despesas processuais²⁶. Todavia, não é a natureza da figura que pode originar a intervenção da reserva de ordem pública dos Estados-membros, de acordo com a previsão do art. 26.º de Roma II, mas a forma como o montante atribuído a título de *punitive damages* é apurado²⁷. O que está em causa não é a natureza da figura, mas a forma como é apurada e o seu eventual carácter excessivo²⁸. O objectivo de intervenção da reserva de ordem pública

²³ Marco Lopez de Gonzalo, «Punitive damages e ordine pubblico», *Cit.*, p. 78 e p. 85; John Y. Gotanda, «Damages in Private International Law», RCADI, 2007, t. 326, pp. 322 e segs; Dário Moura Vicente, *Da responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 699-700.

²⁴ John Y. Gotanda, «Damages in Private International Law», *Cit.*, pp. 345-346.

²⁵ V. os vários exemplos retirados da jurisprudência norte-americana, que claramente nos demonstram a exorbitância dos montantes atribuídos, John Y. Gotanda, «Damages in Private International Law», *Cit.*, pp. 342 e segs.

²⁶ Neste sentido, John Y. Gotanda, «Damages in Private International Law», *Cit.*, p. 323. V., ainda, a distinção que o referido Autor traça entre os *punitive damages* e os «moral damages» e «aggravated damages», que o Autor admite não ser muito clara: *idem, ibidem*, pp. 323-324.

²⁷ Sobre os problemas colocados pela atribuição de *punitive damages*, a eventual contradição com a reserva de ordem pública internacional dos Estados e as questões que se colocam no reconhecimento e execução de sentenças que os concedem, v. Marta Requejo Isidro, «Punitive damages y su notificación en el contexto del convenio de la Haya de 15 de Octubre de 1965», REDI, 48, 1996 (2), pp. 71 e segs; *idem*, «Punitive Damages From a Private International Law Perspective» in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law Yearbook, Helmut Koziol – Vanessa Wilcox (eds.), Vol. 25, 2009, Springer, Wien, pp. 237 e segs.

²⁸ Com maior pormenor sobre os *punitive* ou *exemplary damages*, Anabela Susana de Sousa Gonçalves, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, A Mudança de Paradigma, Almedina, Coimbra, 2013, p. 538 e pp. 542-547.

nestas situações será evitar situações de enriquecimento injustificado da vítima à custa do lesante, o que é extensível às indemnizações compensatórias excessivas²⁹. cremos, por isso, que o que estará em causa neste art. 10º serão também as situações de *punitive* ou *exemplary damages* excessivos, em relação aos quais se permite o não reconhecimento. Todavia, mais uma vez, a determinação sobre se a compensação é ou não excessiva face aos danos sofridos implica uma análise de mérito da decisão, que é proibida pelo art. 4º, n.º 2, do projecto de Convenção, vislumbrando-se aqui novamente uma certa contradição.

Uma norma que nos parece importante está prevista no art. 12º, que estabelece que às transações judiciais concluídas perante um tribunal de um Estado Contratante e que sejam executórias no Estado de origem, será aplicável a Convenção para efeitos de reconhecimento e execução.

Por fim, a regra relativa ao procedimento para o reconhecimento e execução das decisões traduz novamente a pouca ambição deste projecto de Convenção, ao remeter para a lei nacional dos Estados demandados, nos termos do art. 14º. Não existindo uma regulamentação de um procedimento mais célere e simplificado face àquele que existe nas leis nacionais, as vantagens desta projectada Convenção serão poucas e, com toda a probabilidade, ainda que seja aprovada, não terá grande êxito, como já aconteceu com outras Convenções de Haia que seguem esta solução. Não esqueçamos que dentro da União Europeia já existe um sistema de reconhecimento automático de decisões e que este projecto de Convenção terá essencialmente interesse nas situações que envolvam um Estado-Membro e um Estado terceiro. Não nos parece que a indicação existente na parte final do art. 14º, n.º 1, no sentido de os Estados deverem agir de forma expedita, seja suficiente. Além disso, de acordo com o art. 16º a presente Convenção não impede o reconhecimento ou a execução de julgamentos nos termos da legislação nacional, o que reduz ainda mais a utilidade da mesma.

4. Conclusões

²⁹ *Idem, ibidem.*

Em conclusão podemos dizer que este é um projecto importante para os indivíduos e agentes económicos no sentido de garantir a estabilidade de relações e posições jurídicas através de fronteiras, permitindo o reconhecimento de direitos preferencialmente de forma mais fácil e com menos encargos, respondendo às legítimas expectativas dos sujeitos jurídicos envolvidos em relações jurídicas transnacionais e aumentando a certeza e segurança jurídica na regulamentação das mesmas. É também um projecto dirigido para as relações jurídicas estabelecidas entre a União e países terceiros, já que na União Europeia, como vimos, existe um sistema bastante desenvolvido de cooperação judiciária nas matérias civis e comerciais.

Apesar de reconhecermos as dificuldades de uma negociação internacional, cremos que este projecto poderia ser mais ambicioso e abarcar também as matérias de competência internacional, que devem servir de suporte a um sistema de reconhecimento de decisões, já que a existência de regras de competência internacionais comuns é um garante da construção da confiança necessária para os Estados concordarem em facilitar o sistema de reconhecimento de decisões estrangeiras. Em decorrência disto, deixamos a crítica adicional no sentido de considerarmos que dentro das matérias abordadas o projecto poderia estabelecer um procedimento mais rápido de reconhecimento e execução, em lugar de remeter para as legislações nacionais.

O projecto de convenção sobre o reconhecimento de sentenças da Conferência de Haia pode ainda ser melhorado em alguns pontos que fomos indicando ao longo deste breve comentário e é expectável que o seja, pois este projecto ainda está em fase de negociação.

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO – BREVES NOTAS SOBRE A SUA ADMISSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

*Cristina Dias**

Resumo

A Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com alterações introduzidas pelas Leis n.º 59/2007, de 4 de setembro, n.º 17/2016, de 20 de junho, n.º 25/2016, de 22 de agosto, e n.º 58/2017, de 25 de julho) sofreu alterações sucessivas nos últimos tempos, desde o alargamento do leque de beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida à admissibilidade da gestação de substituição em certos casos. Impõe-se, por isso, uma breve análise e primeira apreciação da admissibilidade legal do contrato de gestação de substituição, tal como a admitiu a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, regulamentada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, ou seja, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez. Será talvez muito cedo para refletirmos seriamente sobre estes contratos e os problemas que podem levantar na sua aplicação prática, mas tentaremos apontar algumas fragilidades.

Palavras-chave

Procriação medicamente assistida; gestação de substituição; filiação.

I. Notas prévias

Falar de gestação de substituição pressupõe o conhecimento prévio da regulamentação legal da procriação medicamente assistida em Portugal (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com

* Professora Associada com Agregação na Escola de Direito da Universidade do Minho

alterações introduzidas pelas Leis n.º 59/2007, de 4 de setembro, n.º 17/2016, de 20 de junho, n.º 25/2016, de 22 de agosto, e n.º 58/2017, de 25 de julho - LPMA), sobretudo das técnicas de procriação medicamente assistida admitidas e os seus beneficiários. Como se sabe, a LPMA sofreu alterações sucessivas nos últimos tempos, desde o alargamento do leque de beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) à admissibilidade da gestação de substituição em certos casos (que estudaremos).

A utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida gera vários problemas jurídicos, não sendo evidentemente possível nem desejável, neste contexto, analisá-los a todos. Dedicar-nos-emos à gestação de substituição, com uma breve referência ao seu enquadramento na LPMA.

O art. 2.º, n.º 1, da LPMA, apresenta como técnicas de PMA a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, o diagnóstico genético pré-implantação e outras técnicas laboratoriais de manipulação genética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias¹. Acrescenta depois o n.º 2 do mesmo artigo, introduzido pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto (que regulou o acesso à gestação de substituição), que a presente lei se aplica ainda às situações de gestação de substituição previstas no seu art. 8.º.

Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual (art. 6.º, n.º 1, da LPMA). As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica (n.º 2).

Deixando de parte algumas considerações que se justificariam em torno de tal solução face ao princípio da igualdade e da não discriminação em razão do sexo, atendendo ao tema central deste texto, julgamos que a lei parte do princípio de que só uma mulher pode gerar uma criança e, por isso, só admite o recurso às técnicas de PMA às mulheres (sós ou casadas ou unidas de facto com pessoa de sexo diferente ou do mesmo sexo). Admitir que um

¹ Os arts. 3.º a 18.º da referida lei aplicam-se a todas as técnicas. Só são reguladas especificamente a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e o diagnóstico genético pré-implantação, determinando o art. 47.º a aplicação das normas da fertilização *in vitro* às restantes técnicas.

homem só possa recorrer a tais técnicas implicaria uma diferente forma de regular e admitir a gestação de substituição, o que não foi pretendido pelo legislador.

Poderá discutir-se a compatibilidade do acesso a técnicas de PMA a todas as mulheres com o princípio da subsidiariedade dos métodos de PMA, previsto no art. 4.º, n.º 1, da LPMA. Sem aprofundarmos esta questão, sempre podemos dizer que a própria lei ressalva, no n.º 3 do mesmo art. 4.º, a utilização das técnicas de PMA por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade. Com esta previsão legal, o princípio em causa, que era regra geral na redação original da lei, apenas se aplica aos casos de recurso às técnicas de PMA por casais de sexo diferente (apesar de a lei não ser muito explícita quanto a isto). Ou seja, a regra é a de que todas as mulheres, inférteis ou não, podem recorrer às técnicas de PMA quando, por serem sós ou estarem casadas ou unidas de facto com outra mulher, não tenham outra forma de procriar.

Seguindo lógica idêntica (de que só a mulher pode gerar um ser humano) o art. 8.º, com a redação dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, regula o acesso à gestação de substituição em casos excepcionais, mantendo-se a regra de que os negócios de gestação de substituição são nulos.

Apenas quase um ano depois dessa lei, pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, o legislador regulamentou a gestação de substituição, nos termos que veremos de seguida.

II. Gestação de substituição – análise do art. 8.º da LPMA, na redação dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, e da sua admissibilidade

A redação original do art. 8.º da LPMA considerava nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição (na altura, maternidade de substituição)². Em

² A mudança terminológica tem, no nosso entendimento, razão de ser. Na verdade, não há maternidade de substituição, mas uma gestação para outrem. A maternidade implica o estabelecimento de um vínculo jurídico de filiação e não é isso que aqui está em causa. Trata-se de uma gestação de substituição, já que a mulher que a ela se submete suporta uma gravidez por conta de outrem que, esta sim, será a mãe da criança. Não há uma maternidade de substituição, uma vez que esta será estabelecida desde sempre a favor da mãe de receção.

consequência, e além das sanções criminais que estavam previstas no art. 39.⁹³, a mulher que suportasse uma gravidez de substituição de outrem era havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer (traduzindo o princípio geral do direito da filiação de que a maternidade resulta do facto biológico do nascimento – arts. 1796.⁹, n.⁹ 1, e 1803.⁹ do Código Civil)). E seria assim mesmo que esse vínculo não correspondesse à verdade biológica, já que as células reprodutoras poderiam provir da mãe de receção ou até de uma terceira dadora. Se a mãe de gestação fosse casada, a paternidade estabelecer-se-ia por via da presunção da paternidade do marido da mãe (art. 1826.⁹ do Código Civil). Caso contrário, poderia estabelecer-se por reconhecimento voluntário (perfilhação) ou judicial, nos termos gerais do Código Civil.

A alteração legislativa introduzida pela Lei n.⁹ 25/2016, de 22 de agosto, e regulamentada pelo Decreto Regulamentar n.⁹ 6/2017, de 31 de julho, regulou o acesso à gestação de substituição, não em termos gerais, mas apenas nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez (art. 1.⁹ da Lei n.⁹ 25/2016, de 22 de agosto).

Começa o art. 8.⁹ por dar uma noção de gestação de substituição, no seu n.⁹ 1, como sendo qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. Trata-se, portanto, de um acordo mediante o qual “uma das partes (a mãe portadora ou de gestação) assume perante a outra (mãe ou casal de receção) três obrigações principais: iniciar e completar uma gravidez; entregar à mãe de receção a criança resultante da gestação; e reconhecer a mãe de receção como mãe jurídica, abstendo-se da reivindicação de quaisquer direitos parentais sobre o menor”⁴.

Este acordo deve ser feito por escrito e configura um contrato de prestação de serviço atípico (a gestação por conta de outrem).

A admissibilidade ou não do contrato de gestação de substituição varia de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico, em paralelo com os limites ao princípio da liberdade contratual desse mesmo ordenamento. Conforme refere Jorge Duarte Pinheiro, o sistema

³ De destacar que, sendo ambos nulos, a lei apenas sanciona criminalmente os negócios onerosos, nos termos do art. 39.⁹ da LPMA.

⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 187.

romano-germânico contém mais restrições à autonomia privada do que o sistema anglo-americano. Por isso, não será de estranhar a separação que se observa entre os ordenamentos de um e de outro sistema no que toca à gestação de substituição. “No sistema anglo-americano, há uma oscilação entre a permissão e a proibição. No sistema romano-germânico, predomina a orientação contrária à figura da mãe portadora”⁵. Portugal seguia, até à Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, a tendência manifestada nos países com maior proximidade sociocultural, determinando a nulidade dos negócios jurídicos de maternidade de substituição.

Não pretendemos aqui analisar os argumentos contra ou a favor da realização deste contrato, já que é nosso propósito analisar a solução legal atual, mas convém apontar, pelo menos, os principais argumentos a favor da gestação de substituição⁶. Assim, um dos principais argumentos prende-se com o princípio de favorecimento da vida humana [art. 24.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)], multiplicando as hipóteses de nascimento de um ser humano.

Por outro lado, e este seria um segundo argumento, só o contrato de gestação de substituição permite o acesso à maternidade das mulheres que não conseguem completar com sucesso uma gravidez, “evitando que elas sejam discriminadas relativamente àquelas que, graças às técnicas de PMA, acabam por gerar crianças que nem sequer conseguiriam conceber pela prática de relações sexuais”⁷. Respeitar-se-ia, assim, o direito de constituir família em condições de plena igualdade, que abarca o direito de procriar (art. 36.º, n.º 1, da CRP).

Finalmente, a gestação de substituição está de acordo com o princípio da autonomia privada, que a própria Constituição da República Portuguesa tutela no âmbito do direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º da CRP) ou à liberdade (art. 27.º, n.º 1, da CRP). Contra este argumento sempre se poderá invocar a ordem pública ou os bons costumes (art. 280.º, n.º 1, do CC) para ferir de nulidade os negócios que a contrariem. Tal afetaria, sem

⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 189.

⁶ Sobre a matéria, v., VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe – questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 63-88, que indica também os argumentos contra a gestação de substituição (mesma obra, pp. 47-61).

⁷ JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 191. O autor critica os argumentos apresentados, já que quer a criação da vida humana quer a procriação não são valores absolutos.

dúvida, os contratos de gestação de substituição a título oneroso (que atentam contra o valor da dignidade humana: “a gestação é tida como um serviço qualquer, ignorando-se totalmente a sua natureza íntima, e a criança é equiparada a um objecto, ao resultado de uma actividade”)⁸. Já o contrato de gestação de substituição a título gratuito poderá ser válido se a mãe de receção for a mãe genética, “por não haver colisão com aquele que seria o critério exclusivo ou predominante de estabelecimento da filiação (o critério biológico)”⁹. Evitar-se-ia, assim, uma discriminação dos casais compostos por mulheres impossibilitadas de concluir uma gestação com sucesso, que não poderiam ter filhos, perante os casais inférteis, que já poderiam ter filhos mediante o recurso às técnicas de procriação assistida¹⁰.

Paralelamente, alguns autores defendiam a nulidade do contrato, tal como determinava a lei, por impor a uma das partes que ela suporte uma gestação, havendo uma instrumentalização do corpo de uma pessoa para que outra pessoa venha a receber um filho. Resultaria, assim, do princípio da dignidade da pessoa humana a inadmissibilidade da gestação de substituição¹¹.

Como já referimos, a redação atual do art. 8.º da LPMA admite a gestação de substituição, mas apenas nas condições nele previstas. Ou seja, a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem (n.º 2).

Nos termos do seu n.º 3, a gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante.

⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 192. FERNANDO ARAÚJO, *Procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 42 e 43, parece admitir, por seu lado, os contratos de gestação de substituição mesmo onerosos (“aluguer de útero”), ao referir, numa altura em que ainda não existia a LPMA, que poderia até introduzir-se “alguma medida de regulamentação, de supervisão ou de licenciamento dos respectivos contratos”.

⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *ibidem*.

¹⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pp. 192 e 193.

¹¹ V., por exemplo, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2009, p. 255.

Elimina-se, assim, os argumentos relacionados com o estabelecimento da maternidade e o princípio da verdade biológica.

A possibilidade de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição está sujeita a autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2 (n.º 4).

Admite-se apenas a celebração de contratos de gestação de substituição gratuitos, sendo proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio (n.º 5)¹².

Não é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas (n.º 6).

Celebrado o contrato, impõe-se determinar o modo de estabelecer a filiação da criança que venha a nascer. Nos termos do n.º 7 do mesmo artigo, a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.

Quanto aos requisitos materiais e formais do negócio de gestação de substituição, dispõem os n.ºs 8 a 12 do art. 8.º. Assim, impõe o n.º 8 que, no tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no art. 14.º da presente lei. Também os

¹² Considerava JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, 2.ª ed., p. 256, numa altura em que a gestação de substituição não era permitida, que, existindo um contrato de gestação de substituição a título oneroso, o contrato seria nulo, havendo a obrigação de restituição de tudo que tivesse sido prestado (art. 289.º, n.º 1). Mas, o facto de deverem ser restituídas as quantias pagas a título de retribuição pelo serviço de gestação por conta de outrem, isso não significava que à mãe de gestação fosse absolutamente vedado o direito a uma compensação pelas despesas e danos decorrentes da celebração e cumprimento de um contrato nulo, se estivessem preenchidos os requisitos da responsabilidade civil pré-contratual (art. 227.º) e não houvesse motivo para excluir a indemnização com base em culpa da lesada (art. 570.º).

Continuando a ser nulo o contrato de gestação de substituição oneroso, julgamos ser de aplicar a mesma solução proposta pelo autor, que, aliás, a refere na mesma obra já citada, 5.ª ed., p. 194, nota 451.

direitos e os deveres previstos nos arts. 12.º e 13.º são aplicáveis em casos de gestação de substituição, com as devidas adaptações, aos beneficiários e à gestante de substituição.

A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez (n.º 10). Tal contrato não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade (n.º 11).

Assim sendo, apenas os contratos de gestação de substituição celebrados nestes termos serão válidos, sendo nulos todos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto no art. 8.º (n.º 12). São ainda nulos os contratos celebrados nos termos referidos, mas celebrados a título oneroso.

A este propósito, dispõe o art. 39.º da LPMA que quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias (n.º 1); quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias (n.º 2); quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias (n.º 3); quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de multa até 120 dias (n.º 4); quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 2 anos (n.º 5); quem, em qualquer circunstância, retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, é punido com pena de prisão até 5 anos (n.º 6). A tentativa é punível (n.º 7).

O art. 3.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, previa a adoção da necessária regulamentação, no prazo máximo de 120 dias após a publicação da lei. Com considerável atraso apenas este ano surgiu o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, regulamentando a lei que regula o acesso à gestação de substituição.

A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, estabelece, como vimos, as condições em que é possível recorrer à gestação de substituição, apenas concebida para situações absolutamente excecionais e com requisitos de admissibilidade estritos. Ou seja, o recurso à gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem, e sempre sujeito à celebração de contratos de gestação de substituição, que depende de autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) e audição prévia da Ordem dos Médicos.

Pode ler-se no preâmbulo do referido Decreto Regulamentar que a *“necessidade imperiosa de cumprimento dos requisitos já legalmente fixados exige, portanto, que a regulamentação concretize as condições indispensáveis à plena aplicação das soluções legislativas adotadas, garantindo-se que a mesma não cria constrangimentos adicionais que não constem de lei expressa, sob pena de violação da reserva de lei.*

Assim, atendendo à necessidade de assegurar a unidade e coerência legislativa, foram envolvidos na regulamentação da referida Lei os mesmos especialistas que estiveram na base da regulamentação da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, através do Despacho n.º 11613/2016, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 188, de 29 de setembro (...)

(...) [I]mporta através do presente decreto regulamentar definir o procedimento de autorização prévia a que se encontra sujeita a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição, assim como o próprio contrato de gestação de substituição, cuja supervisão compete ao CNPMA, devendo garantir-se que os contratos de gestação de substituição asseguram a prevalência dos interesses da criança sobre quaisquer outros e que os interesses da mulher gestante são tidos em devida consideração.

Destaca-se a importância de privilegiar a ligação da mãe genética com a criança, ao longo do processo de gestação de substituição, designadamente no âmbito da celebração e da execução do próprio contrato, circunscrevendo-se a relação da gestante de substituição com a criança nascida ao

mínimo indispensável, pelos potenciais riscos psicológicos e afetivos que essa relação comporta. Isto, obviamente, sem prejuízo das situações em que a gestante de substituição é uma familiar próxima, em que poderá existir, habitualmente, uma relação entre a gestante de substituição e a criança nascida. Procura-se, ainda, assegurar a máxima segurança médica possível, acautelando o envolvimento de todas as partes, numa decisão alicerçada na tutela de interesses comuns e, em especial, dos interesses da criança.

Seguindo o princípio de equilíbrio e prevenção de possíveis complicações físicas e psicológicas para a gestante de substituição, deve ser garantida à mesma, no âmbito do próprio contrato, um acompanhamento psicológico antes e após o parto.

Por fim, dada a necessidade de PMA no âmbito das situações de gestação de substituição, é premente assegurar o princípio da igualdade de tratamento no recurso às técnicas de PMA, em especial, no contexto do Serviço Nacional de Saúde, entre os beneficiários desta alternativa terapêutica e os beneficiários que reúnam os requisitos previstos nos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.os 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, assim como a correta qualificação da gestante de substituição e do casal beneficiário para efeitos de aplicação do regime de proteção de parentalidade”.

Importa, assim, analisar e refletir sobre esta regulamentação.

O art. 8.º, n.º 4, da LPMA, sujeita a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição a autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. O art. 2.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, dispõe que o pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição é apresentado ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) através de formulário disponível no respetivo sítio da internet (<http://www.cnpma.org.pt/>), cujo modelo é criado por este Conselho, subscrito conjuntamente pelo casal beneficiário e pela gestante de substituição (n.º 1). Tal pedido de autorização prévia deve ser acompanhado dos seguintes elementos e documentação: a) Da identificação do casal beneficiário e da gestante de substituição, escolhida por aquele casal; b) Da aceitação das condições previstas no contrato-tipo de gestação de substituição por parte do casal beneficiário e da gestante de substituição; c) Da documentação médica, com origem no centro de PMA no qual a técnica de PMA ou técnicas de PMA necessárias à concretização da gestação de substituição serão

efetuadas, destinada a comprovar que a mulher elemento do casal beneficiário se encontra nas condições previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 8.º da LPMA; d) De uma declaração de psiquiatra ou psicólogo favorável à celebração do contrato de gestação de substituição; e) De uma declaração do Diretor do centro de PMA no qual a técnica ou técnicas de PMA necessárias à concretização da gestação de substituição serão efetuadas, aceitando a concretização nesse centro do ou dos tratamentos a realizar (n.º 2).

Nos termos do n.º 3 do art. 2.º, no prazo máximo de 60 dias a contar da apresentação do pedido de autorização prévia, o CNPMA delibera sobre a admissão ou rejeição do pedido de autorização prévia e, em caso de admissão, envia a documentação referida na al. c) do número anterior à Ordem dos Médicos, solicitando o respetivo parecer dessa entidade, observadas as necessárias garantias de confidencialidade. No decurso desse prazo de 60 dias, o CNPMA pode excecionalmente solicitar ao requerente informações ou documentos complementares ao pedido apresentado, suspendendo-se o prazo até à receção das informações ou documentos (n.º 4).

A Ordem dos Médicos tem um prazo máximo de 60 dias, a contar da receção da documentação referida no n.º 3, para apresentar o seu parecer ao CNPMA (n.º 5), que não tem carácter vinculativo (n.º 6). No caso de a Ordem dos Médicos não emitir o seu parecer no prazo fixado pelo n.º 5, pode o procedimento prosseguir e vir a ser decidido sem o parecer (n.º 7).

O CNPMA deve decidir se autoriza ou rejeita a celebração do respetivo contrato de gestação de substituição, no prazo máximo de 60 dias a contar da receção do parecer da Ordem dos Médicos ou da expiração do prazo referido no n.º 5, no caso de a Ordem dos Médicos não apresentar o seu parecer no prazo fixado (n.º 8). Para esse efeito, o CNPMA deve tomar as diligências que considere adequadas e necessárias para a decisão, designadamente, a realização de uma reunião com a gestante de substituição e o casal beneficiário, e a realização de uma avaliação completa e independente do casal beneficiário e da gestante de substituição, por uma equipa técnica e multidisciplinar designadamente na área da saúde materna e da saúde mental (n.º 9).

Determina o art. 3.º do Decreto Regulamentar que o CNPMA aprova o contrato-tipo de gestação de substituição, que contém os elementos essenciais do contrato, disponibilizando-

o no respetivo sítio da internet. Por acordo das partes, podem ser aditadas cláusulas ao referido contrato-tipo (n.º 2).

Constam do contrato-tipo, entre outras, cláusulas tendo por objeto: a) As obrigações da gestante de substituição no que respeita ao cumprimento das orientações médicas do obstetra que segue a gravidez e a realização dos exames e atos terapêuticos por este considerados indispensáveis ao correto acompanhamento clínico da gravidez, tendo em vista assegurar a evolução normal da gravidez e o bem-estar da criança; b) Os direitos da gestante de substituição na participação nas decisões referentes à escolha do obstetra que segue a gravidez, do tipo de parto e do local onde o mesmo terá lugar; c) O direito da gestante de substituição a um acompanhamento psicológico antes e após o parto; d) As obrigações e os direitos da gestante de substituição, tais como a possibilidade de recusa de se submeter a exames de diagnóstico, como a amniocentese, ou a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação; e) A prestação de informação completa e adequada sobre as técnicas clínicas e os seus potenciais riscos para a saúde; f) A prestação de informação ao casal beneficiário e à gestante de substituição sobre o significado e as consequências da influência do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal; g) As disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição; h) As disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor; i) A possibilidade de denúncia do contrato por qualquer das partes, no caso de se vir a verificar um determinado número de tentativas de gravidez falhadas e em que termos tal denúncia pode ter lugar; j) Os termos de revogação do consentimento ou do contrato e a suas consequências; k) A gratuitidade do negócio jurídico e a ausência de qualquer tipo de imposição, pagamento ou doação por parte do casal beneficiário a favor da gestante de substituição por causa da gestação da criança, para além do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes; l) Os subsistemas ou seguros de saúde que podem estar associados ao objeto de contrato; m) A forma de resolução de conflitos a adotar pelas partes em caso de divergência que se suscite sobre a interpretação ou execução do negócio jurídico (n.º 3).

As declarações negociais da gestante de substituição e dos beneficiários manifestadas no contrato de gestação de substituição são livremente revogáveis até ao início dos processos terapêuticos de PMA, sem prejuízo do disposto na al. e) do n.º 1 do art. 142.º do Código Penal (que determina que não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando for realizada, por opção da mulher, no caso gestante de substituição, nas primeiras 10 semanas de gravidez) – art. 4.º.

Impunha-se também regular os direitos parentais, ou seja, quem beneficia do regime de proteção de parentalidade (subsídios nas situações de risco clínico durante a gravidez, de interrupção da gravidez, de risco específico, de nascimento de filhos, de adoção e de assistência a filhos e a netos). Assim, dispõe o art. 6.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar em análise que, no que respeita ao casal beneficiário, o parto da gestante de substituição é considerado como seu para efeitos de licença parental. No que respeita à gestante de substituição, o seu parto beneficia de regime equivalente ao previsto para situação de interrupção da gravidez, no âmbito da aplicação do regime de proteção de parentalidade (n.º 2). O regime das faltas e dispensas relativas à proteção na parentalidade é aplicável à gestante de substituição, e ao casal beneficiário, na qualidade de pais da criança (n.º 3).

Uma última nota para referir que o acesso a técnicas de PMA no âmbito do Serviço Nacional de Saúde pelo casal beneficiário e a gestante de substituição, nos termos legalmente definidos, deve obedecer aos mesmos critérios que são aplicados aos beneficiários com acesso a técnicas de PMA ao abrigo da LPMA, e não pode ser objeto de tempos de espera distintos dos aplicáveis a esses beneficiários (art. 5.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho).

III. Considerações finais

A abertura dada pelo nosso ordenamento jurídico à admissibilidade da gestação de substituição não traduz, como vimos pela análise do seu regime jurídico, qualquer aceitação de todos os contratos de gestação de substituição ou o “aluguer de útero”. Na verdade, a

sua admissibilidade está restrita a situações excecionais e claramente definidas na lei (e que exigiam uma resposta médica e científica no contexto da PMA).

Será talvez muito cedo para refletirmos seriamente sobre a regulamentação destes contratos e os problemas que podem levantar na sua aplicação prática, mas podemos apontar algumas fragilidades.

De referir o facto de a lei não permitir a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas (n.º 6 do art. 8.º). E se essa relação económica existir entre uma mãe que pretende ajudar a concretizar o sonho da sua filha que não pode gerar um filho? A lei não admite expressamente exceções neste contexto, cabendo evidentemente a apreciação da situação ao CNPMA.

A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, remete, no seu art. 8.º, n.º 8, para o art. 14.º, quanto aos requisitos do consentimento, determinando que o consentimento prestado para a gestação de substituição, nomeadamente pela gestante de substituição, é livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos (n.º 4). Ora, pareceria que a gestante de substituição não poderia realizar uma interrupção voluntária da gravidez nos termos em que a lei penal lhe permite (nas primeiras 10 semanas de gravidez).

O Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, veio esclarecer a situação e, de certa forma, corrigir essa hipótese. De facto, além de referir no art. 3.º, n.º 3, al. j), que o contrato de gestação de substituição deve prever os termos da revogação do consentimento e as suas consequências, acrescenta, no art. 4.º, como analisámos, a possibilidade de revogação das declarações negociais até ao início dos processos terapêuticos de PMA, mas sem prejuízo da possibilidade conferida à gestante de substituição de interromper voluntariamente a gravidez, por sua opção, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

É verdade que daqui podem decorrer alguns problemas, já que a gestante de substituição que interrompe a gravidez, ainda que coberta legalmente e, portanto, lícitamente, não cumpre o contrato celebrado com o casal beneficiário, pelo que será importante saber que cláusulas contratuais quanto a esta matéria serão aceites pelo CNPMA.

Outra questão problemática, e abordada por Rafael Reis num artigo publicado no Jornal Público, a 20 de julho de 2016, diz respeito à não consagração legal do direito ao

arrependimento da mãe portadora após o nascimento. A legislação sobre a gestação de substituição estará em contradição com um princípio basilar da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade, garantido pelo Código Civil. De facto, “o casal beneficiário, após o nascimento, pode, nem que seja à força (utilizando a via judicial) arrancar dos braços da mãe portadora a criança acabada de nascer, como se esta fosse propriedade sua e, portanto, em autêntica execução específica.

Pode parecer estranha a defesa deste “direito ao arrependimento”. Porém, a verdade é que, nos ordenamentos jurídicos, como o do Reino Unido, onde a figura é regulada desde a década de oitenta do século XX, os membros do casal beneficiário sabem que não podem dar por garantida a entrega da criança, tendo necessariamente que pedir ao Tribunal uma ratificação retrospectiva do procedimento, que apenas é concedido nos casos em que a criança já lhes tenha sido entregue (assim se assegurando não ter havido arrependimento da portadora).

Estas cautelas resultam da concessão à experiência da vida: o arrependimento da gestante acontece mais vezes do que se desejaria, e, pelo menos na perspectiva de quem pensou muito mais do que nós sobre o assunto, é tão grave retirar à força a criança da mãe gestante, quanto frustrar as expectativas do casal beneficiário. Assim, mais vale avisar os destinatários que a gestação de substituição é arriscada para (todos) os envolvidos. Com este regime, a gestante também sabe que pode ter que ficar com a criança gerada, quando não contava com isso. Pense-se, por exemplo, nos casos em que os membros do casal beneficiário não estão em condições de a receber, simplesmente porque, desafortunadamente, morreram antes de o parto ocorrer (...)” (<https://www.publico.pt/2016/07/20/sociedade/opiniao/erro-crasso-na-maternidade-de-substituicao-1738773>). E neste último caso, pode até configurar-se a aplicação da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, se a filiação se estabelecer em relação ao casal beneficiário, excluindo a gestante de substituição, ou a instituição de um tutor à criança órfã.

Um outro problema que pode surgir, ainda que não específico deste contrato de gestação de substituição, é o do conhecimento da mãe gestante pelo filho. O art. 15.º da LPMA inclui as situações de gestação de substituição no âmbito do dever de sigilo ou confidencialidade quanto à identidade da gestante, não tendo, assim, o filho possibilidade de conhecer a

identidade da sua mãe de gestação. Reconhecendo o art. 26.º da CRP o direito à identidade pessoal, onde se inclui o conhecimento da origem genética, pode, também neste domínio da gestação de substituição (como noutros), invocar-se essa garantia constitucional face à confidencialidade prevista no referido art. 15.º da LPMA.

Finalmente, podemos ainda problematizar o facto de resultar do art. 8.º da LPMA a limitação dos beneficiários no acesso à gestação de substituição. Isto é, da redação do art. 8.º da LPMA deduz-se que apenas podem recorrer à gestação de substituição casais (do mesmo ou de diferente sexo), uma vez que se refere a “beneficiários”. Assim, apesar de o art. 6.º da LPMA permitir o acesso a técnicas de procriação medicamente assistida a mulheres sós, estas não poderão recorrer à gestação de substituição, ainda que preenchendo os estritos requisitos da lei, o que poderá configurar uma diferenciação e tratamento discriminatório.

Não é fácil fazer um juízo de prognose futura quanto ao que poderá acontecer em consequência da celebração destes contratos e do nascimento de uma criança por via da gestação de substituição, nos termos admitidos pelo nosso ordenamento jurídico. Quem sabe até os eventuais problemas referidos não se verifiquem na prática ou surjam outros que, neste momento, não conseguimos antever.

UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE A TELEMEDICINA: UM CASO DE SUCESSO OU FRACASSO?

*Diana Sofia Araújo Coutinho**

Resumo

Pretendeu-se fazer uma breve reflexão sobre alguns aspetos jurídicos da telemedicina. A telemedicina não é um conceito novo, todavia nos últimos anos assistimos à sua evolução gradual com repercussões no mundo jurídico. Os benefícios da telemedicina são muito sedutores, desde cuidados mais convenientes e acessíveis para os pacientes, redução de custos de saúde, alargamento do acesso a consultas de especialistas, etc. Porém, a telemedicina requer a especialização técnica e equipamentos (dispendiosos), pode reduzir a continuidade dos cuidados e as interações do paciente com os médicos. No nosso artigo, começamos por analisar o conceito de telemedicina, as suas áreas de atuação e os seus prós/contras. A nossa principal intenção foi entender como a relação médico-paciente (direitos e deveres) e a proteção de confidencialidade/privacidade estão configuradas na telemedicina. A relação médico-paciente deve assentar numa relação de confidencialidade. A telemedicina pode ser caracterizada como o uso de telecomunicações para diagnóstico médico, realização de consultas, cirurgias, entre outros, e envolve a troca de informações sensível ao paciente à distância. Assim, procuramos entender se a relação médico-paciente e os direitos dos pacientes são prejudicados. Finalmente, analisamos a perspectiva da legislação da União Europeia em matéria de telemedicina.

Palavras-Chave

Telemedicina; pacientes; confidencialidade; privacidade; dados pessoais.

I. A telemedicina no âmbito das tecnologias da informação e comunicação (TIC)

* Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM), Investigadora Colaboradora do DH-CII, Doutoranda em Ciências Jurídicas Privatísticas

1. Considerações gerais sobre o uso das TIC no contexto de saúde

As tecnologias da informação e comunicação (TIC) estão presentes em todas (ou quase todas) as áreas: desde a ciência à economia, passando pelas artes, desporto, ensino, política, etc. O impacto das TIC é reconhecido e sentido em todos os campos de atuação do ser humano (pessoal e profissional) e na sua vida em sociedade.

Nesta linha de ideias, as TIC têm vindo assumir um papel importante no contexto da saúde, atuando em diferentes áreas, com benefícios para os cidadãos (utentes¹) e para os prestadores dos cuidados de saúde (hospitais, clínicas, médicos, enfermeiros e demais profissionais de saúde). A evolução da tecnologia - com repercussões significativas na área da ciência -, veio permitir um avanço, outrora inimaginável, da medicina². Na área da saúde, o recurso às TIC apresenta-se como um fator essencial para a formação de uma relação mais acessível, eficiente e, quiçá, segura de cuidados de saúde³, permitindo o acesso à saúde a um maior número de pessoas. A utilização das TIC na área da saúde concede uma (nova) possibilidade ao utente, ou seja, permite o recurso a cuidados que de outra forma o paciente não teria acesso. Na utilização das TIC deve ser assegurada a garantia da qualidade e eficiência dos serviços médicos prestados.

A área de atuação das TIC na saúde incluí a telemedicina, objeto do nosso estudo. No entanto, importa referir que a utilização das TIC na área da saúde - conforme melhor veremos *infra* - não se limita ao caso da telemedicina. As TIC comportam sistemas de informação e comunicação que no contexto da saúde se traduzem na utilização de sistemas, formas e tecnologias para fins de prestação de cuidados médicos, mas também para fins administrativos ou de gestão⁴. Estes serviços são utilizados no contexto da saúde pública e privada (hospitais, clínicas, farmácias, centros de análises clínicas e exames médicos de

¹ Doravante utilizaremos indiscriminadamente a expressão “utentes”, “pacientes” ou “doentes”.

² RITA ESPANHA, *Saúde e comunicação numa sociedade em rede – o caso português*, 1.ª edição, Lisboa, Monitor, 2009, p. 3.

³ Sobre os sistemas de saúde veja-se JORGE ALMEIDA SIMÕES, *Retrato político da saúde - dependência do percurso e inovação da saúde: da ideologia ao desempenho*, reimpressão da 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005.

⁴ RITA ESPANHA/ RUI BRITO FONSECA, «Tecnologias de informação e comunicação» in Plano Nacional de Saúde 2011-2016, [S.I], [s.n.], Março 2010, p.6, disponível em <http://pns.dgs.pt/files/2010/07/TIC1.pdf>, consultado em 06/03/2017.

diagnóstico, enfermagem, tratamentos médicos, etc)⁵. Neste domínio, as TIC comportam ainda a utilização de ferramentas como o registo eletrónico das informações médicas do paciente⁶, instrumentos criados para a prevenção, diagnóstico, tratamento dos pacientes, assim como instrumentos de monitorização e gestão da saúde do paciente. As TIC permitem a marcação de consultas e exames médicos por meios não presenciais, como a internet, telefone, sms, etc. As TIC permitem aos pacientes a consulta da sua situação (marcação de exames, cirurgias, consultas) através da internet⁷. A evolução da tecnologia é de tal modo significativa que já é possível, em alguns países, a realização de cirurgias sem a presença de um médico na sala de cirurgia. Nesta ligação entre as TIC e a saúde encontramos a figura do robô cirurgião. Este robô pode operar como um cirurgião na mesma sala ou em outro hospital (de outro país *inclusive*).

É, assim, incontestável a presença e influência das TIC na área da saúde. Rita Espanha refere que “a maior evolução no papel da informação no sistema de saúde e, em particular, na relação médico-paciente, prende-se com o enorme fluxo de informação médica ou de saúde com presença na Internet.”⁸

2. O conceito de telemedicina

No contexto da utilização das TIC na área da saúde surge a figura da telemedicina. Não existe uniformidade sobre o conceito de telemedicina (não existe uma única definição de telemedicina), aliás, verificam-se algumas divergências doutrinárias e técnicas⁹.

⁵ *Idem, ibidem*

⁶ Os registos eletrónicos permitem aos profissionais de saúde, com segurança e celeridade, o acesso a todas (ou quase todas) as informações de carácter pessoal e o historial médico dos pacientes. Assim, estes registos independentemente do local e momento da prestação de serviços médicos permitem facilitar a avaliação, o diagnóstico, o tratamento e as prescrições médicas, contribuindo para a melhoria do atendimento e da relação médico-paciente. *Idem*, p. 7.

⁷ É o caso em Portugal do SIGIC (Sistema Integrado de Gestão de Inscritos para Cirurgia).

⁸ RITA ESPANHA, *Saúde e comunicação numa sociedade em rede – o caso português*, op. cit., p. 3.

⁹ Segundo José da Costa ainda não existe um conceito ou definição consensual de telemedicina, apenas existem definições mais ou menos próximas que focam com maior detalhe algum dos elementos “estruturais” da telemedicina. Por exemplo, o foco na ideia da prática médica, o foco na questão da distância ou na utilização das TIC. JOSÉ HENRIQUE DA COSTA FERREIRA, *Telemedicina: Dos conceitos à prática*, Universidade de

O que imaginamos quando alguém fala em telemedicina? A imagem mais popular é provavelmente a de um médico a consultar um paciente através de uma plataforma de videoconferência. Porém, uma definição de telemedicina abrange uma dimensão mais ampla de serviços de saúde do que apenas consultas médicas em tempo real através de vídeo. A telemedicina inclui todos os serviços clínicos prestados através das TIC¹⁰.

Começando pela análise terminológica, telemedicina deriva da palavra grega “tele” que significa à distância e da palavra latina “medicina” que significa a cura, o tratamento, o remédio¹¹. Daqui resulta o significado (comum) de telemedicina: o exercício da medicina à distância¹². Assim, podemos afirmar que a característica essencial da telemedicina é o exercício da medicina à distância, isto é, a separação no espaço da prestação de cuidados médicos desde os cuidados básicos de saúde, à realização de cirurgias, consultas, acompanhamento médico, entre outros. Portanto, a realização da medicina à distância apenas é possível através da utilização das TIC. É com recurso às TIC que se torna possível o diagnóstico, o tratamento, a prevenção de doenças, o acompanhamento médico, a troca de informações médicas, a pesquisa e investigação, etc.

A Associação Médica Mundial define telemedicina como “o exercício da medicina à distância, cujas intervenções diagnóstico, decisões de tratamento e recomendações baseadas em dados, documentos e outra informação transmitida através de sistemas de telecomunicação”¹³. Dias Pereira refere que a telemedicina é uma combinação de áreas: da medicina com a informática e com as telecomunicações¹⁴. Esta combinação de áreas terá

Coimbra, Faculdade de Economia, Coimbra, Fevereiro de 2002, p. 18. Dissertação de Mestrado em Gestão da Informação nas Organizações.

¹⁰ A telemedicina pode ser utilizada para diagnóstico, prevenção e tratamento de vários problemas de saúde, por exemplo: alergias, infeções, conjuntivite, vômitos, etc. Os serviços de telemedicina variam conforme a especialidade médica, por exemplo, um cirurgião pode usar a telemedicina para fazer o acompanhamento pós-operatório; um dermatologista pode aconselhar um tratamento ao paciente através de uma videochamada, etc.

¹¹ JOSÉ HENRIQUE DA COSTA FERREIRA, *Telemedicina: Dos conceitos à prática, op. cit.*, p. 15.

¹² *Idem*, p. 16.

¹³ Declaração de Telavive sobre a responsabilidade e normas éticas na utilização da telemedicina, adotada em 51.ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Telavive, Israel, em Outubro de 1999.

¹⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, Centro de Direito Biomédico, 9, Faculdade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 550-551.

reflexos no plano jurídico¹⁵, nomeadamente, no direito da medicina e no direito da informática¹⁶.

3. Das figuras afins aos tipos de telemedicina

As divergências sobre o conceito de telemedicina advêm, em grande medida, das semelhanças versus diferenças que a telemedicina aparenta com outras figuras, nomeadamente, com figuras similares ou vertentes da própria telemedicina. Embora as expressões sejam idênticas (ou muito parecidas) os significados são distintos, estando dependente da sua área de atuação¹⁷.

A telemedicina não é sinónimo de e-saúde (*e-health*) ou de telesaúde (*telehealth*). De facto, existem grandes similitudes entre as duas figuras, a saber, ao nível de educação médica, monitoramento de pacientes de saúde eletrónica, consulta de pacientes via videoconferência, utilização de aplicações de saúde sem fio, transmissão de relatórios médicos, entre outros. Referia-se, todavia, que não existe consensualidade sobre esta diferenciação de conceitos. Na verdade, deparamo-nos, não raras vezes, com a utilização da expressão *e-health* enquanto utilização das TIC numa vertente de “gestão da saúde pública: visa proteger as populações promovendo a saúde”¹⁸ (configurando um tipo de telemedicina), quer como um conceito global que contempla todos os serviços de saúde fornecidos usando as TIC (*inclusive* a telemedicina) enquanto prestação de serviços médicos (neste caso, a telemedicina configura uma vertente da telesaúde)¹⁹. Só que a e-saúde é um conceito mais amplo do que o conceito de telemedicina. A e-saúde pode envolver serviços de saúde mais amplos (como serviços de saúde pública), enquanto a telemedicina é um tipo

¹⁵ Cujas análises serão feitas nos capítulos seguintes.

¹⁶ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, op. cit., p.551.

¹⁷ JOSÉ HENRIQUE DA COSTA FERREIRA, *Telemedicina: Dos conceitos à prática*, op. cit., p. 17.

¹⁸ *Idem*, p. 34.

¹⁹ De acordo com o Centro de Pesquisa de Telesaúde da Califórnia “a telesaúde é uma coleção de meios ou métodos para melhorar o atendimento à saúde, saúde pública e educação em saúde e suporte usando tecnologias de telecomunicações” CALIFORNIA TELEHEALTH RESOURCE CENTER, disponível em <http://www.caltrc.org/telehealth/what-is-telehealth>, consultado em 06/03/2017.

específico de telesaúde que envolve um médico que presta algum serviço médico à distância. Assim, o conceito de *e-health* é mais abrangente, englobando “outros serviços como os portais de informação de saúde, as farmácias online, as bases de dados eletrónicas e a prescrição e transmissão eletrónica de receitas médicas”²⁰. Vejamos alguns exemplos práticos que nos podem ajudar na distinção dos dois conceitos. No caso da e-saúde temos a utilização de uma aplicação móvel de saúde pública que alerta o público sobre um surto de doença, ou seja, tem um objetivo de prevenção geral e pretende chegar a um maior número de destinatários. Na telemedicina também podemos ter o uso de uma aplicação para telemóvel, só que essa aplicação tem um objetivo de prevenção específica e um destinatário concreto, ou seja, o que se pretende é que o médico possa tratar os seus pacientes (e não todos os pacientes) remotamente via vídeo-chat. Na *e-health* temos uma plataforma de videoconferência para a educação/formação médica, enquanto na telemedicina temos uma solução de software que permite aos prestadores de cuidados primários enviarem fotos do paciente, para um diagnóstico rápido, a um especialista que se encontre em outro hospital (país). A telesaúde tem uma vertente mais pública e global e a telemedicina é focada no paciente concreto e no seu caso.

De acordo com José Ferreira há uma distinção técnica intrínseca ao conceito de telemedicina relacionado com o tempo, ou seja, a telemedicina pode ser exercida em tempo diferido (numa vertente de dimensão de estudo/ensino)²¹ ou em tempo real (teleprática)²² dependendo se existe ou não interatividade entre o médico e o paciente²³. A telemedicina é utilizada em diferentes áreas de atuação da medicina e contextos (exercício da medicina em contexto público ou privado). A telemedicina pode desdobrar-se em várias especialidades (tipos ou áreas de atuação). A título meramente exemplificativo indicamos a

²⁰ ALEXANDRE LIBÓRIO PEREIRA, «Telemedicina e Farmácia Online: Aspetos Jurídicos da eHEALTH» in João Loureiro/André Dias Pereira/Carla Barbosa, *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. 4, Coimbra, Almedina, 2016, p.56.

²¹ Aproxima-se do conceito de *e-health*. *Idem*, p.56

²² Conforme refere Joaquim Barranca, a telemedicina pode ser praticada tendo por base dois conceitos base: real time (síncrona) e store and forward (assíncrona). Estes conceitos divergem essencialmente no momento em que a informação é transmitida e na interação entre os intervenientes. Joaquim José Barranca Aplicações de telemedicina usando WEBRTC, IPL/U.PORTO, Leiria, Março de 2016. p. 6. Projeto de Mestrado em Gestão de Sistemas de Informação Médica, disponível em https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/1964/1/Joaquim%20Jos%C3%A9%20Abrantes%20Pinto%20Bernardes%20Barranca_MGSIM.pdf, consultado em 13/02/2017.

²³ JOSÉ HENRIQUE DA COSTA FERREIRA, *Telemedicina: Dos conceitos à prática*, op. cit., p. 35.

teleassistência, televigilância, teleconsulta, “interação entre dois médicos”/teleconferência, telecirurgia, telepresença, teleradiologia²⁴.

Como refere Dias Pereira, a teleassistência traduz-se numa “interação entre o médico e o paciente geograficamente isolado ou que se encontre num tipo de meio a que não tem acesso a um médico local (por exemplo, no caso de calamidades e situações de urgência)”²⁵. Por seu turno, a televigilância (também denominada de telecuidados) é uma vertente da telemedicina que se traduz na interação entre o médico e o paciente através do qual o paciente (por si só ou com auxílio de um enfermeiro ou de outro profissional de saúde) transmite ao médico informação médica (exemplo da pressão arterial). Assim, mediante aquela informação o médico consegue acompanhar o estado do paciente. Esta vertente da telemedicina é particularmente utilizada nos pacientes com doenças crónicas (exemplo da hipertensão, diabetes, deficiências físicas, sida e gravidez de risco)²⁶. Já a teleconsulta traduz-se na interação direta estabelecida entre o paciente e o médico utilizando qualquer telecomunicação²⁷, a mais frequente é a internet.²⁸ A chamada interação entre dois médicos reconduz-se aos casos em que um dos médicos se encontra junto do paciente (fisicamente no mesmo espaço) e o outro médico num qualquer local (por exemplo, um especialista que se encontre em país diferente) interagindo eletronicamente na transmissão da informação²⁹. Esta interação pode ser feita por teleconferência, apesar desta forma não ser exclusiva da interação entre dois médicos. A teleconferência mais não é do que a utilização de um sistema de comunicação de vídeo e áudio que permite a prática da telemedicina em tempo real (desde a troca de informações entre médicos à realização de consultas, acompanhamento do paciente, entre outras). A forma mais conhecida é o *whiteboard*, ou seja, a “disponibilização de uma área no ecrã onde todos podem escrever ou desenhar”³⁰. A telecirurgia é a realização

²⁴ Outras vertentes existem, sobretudo relacionadas com especialidades da medicina, como a telepsiquiatria, teledermatologia, teleoptimologia, telenefrologia, teleobstetria, teleoncologia, telepatologia, telereabilitação, etc.

²⁵ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, op. cit., p. 553.

²⁶ *Idem*, *ibidem*.

²⁷ *Idem*, p. 554.

²⁸ Nesta vertente da telemedicina aumentam os riscos de quebra da confidencialidade e privacidade dos dados do paciente e também questões inerentes à identidade e credenciais do médico. *Idem*, *Ibidem*.

²⁹ *Idem* *ibidem*.

³⁰ JOSÉ HENRIQUE DA COSTA FERREIRA, *Telemedicina: Dos conceitos à prática*, op. cit., p. 16.

de cirurgias à distância. A telepresença é uma vertente moderna da telecirurgia, ou seja, “veio melhorar o que era disponibilizado na telecirurgia; proporciona melhores meios aos cirurgiões para operarem à distância”³¹. A teleradiologia permite a expansão do acesso aos diagnósticos de raios-X, facultando aos hospitais que não disponham de um centro de radiologia (ou não é o mais desenvolvido) a troca de informações com centros de radiologia, obtendo num curto espaço de tempo uma resposta de forma segura com um radiologista qualificado. A telepresença recorre à robótica, o cirurgião “usa um sistema robotizado, com os mesmos instrumentos que estão a ser usados no doente, e tendo, em tempo real o feedback do equipamento do destino, o que proporciona ao médico a sensibilidade do toque permitindo uma maior precisão, velocidade e agilidade”³².

4. Os benefícios e as desvantagens da telemedicina

A telemedicina é hoje uma realidade, contudo ainda não tem um alcance de atuação consensual e não abrange todos os pacientes, lugares e áreas de atuação. As reticências e entraves que existem em relação à telemedicina prendem-se, em grande medida, com as desvantagens (contras) inerentes a esta figura. As desvantagens andam lado a lado com os benefícios (prós) do recurso à telemedicina. Vejamos de seguida alguns dos benefícios e das desvantagens da telemedicina.

Como vantagens da telemedicina destaque-se, desde logo, a razão inerente à sua criação³³: o exercício da medicina em lugares remotos, derrubando barreiras geográficas.³⁴. A telemedicina amplia o acesso dos pacientes a cuidados de qualidade, especialmente para as regiões/populações carentes e permite a ligação/trabalho conjunto de diferentes países³⁵.

³¹ *Idem, ibidem.*

³² *Idem, ibidem.*

³³ O aparecimento da telemedicina remonta aos Estados Unidos da América e surgiu como forma de ajudar a combater a escassez de cuidados médicos, especialmente, nas zonas rurais mais remotas. A telemedicina aproxima os cidadãos da saúde.

³⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil, op. cit.*, p. 551.

³⁵ A primeira operação transatlântica realizou-se em 2001, a partir dos Estados Unidos (Nova Iorque), onde cirurgiões utilizaram um robô para retirar a vesícula de um paciente que se encontrava em França. Informação disponível em: < <http://www.terra.com.br/informatica/2001/09/19/008.htm> >, consultada em 06/03/2017.

Por exemplo, pequenos hospitais sem especialista em determinada área podem através da telemedicina colmatar essa lacuna, revelando-se em alguns casos como a única opção. Assim, o paciente independentemente do lugar onde se encontra e do tempo pode ter acesso a conhecimentos de especialistas, cuidados de saúde mais convenientes e ao respetivo tratamento médico. Acresce ainda que a telemedicina se revela extremamente útil nos casos de catástrofes e situações de emergência, pois não sendo possível ter acesso aos cuidados de saúde recorre-se à telemedicina. Na perspetiva do doente, a telemedicina proporciona uma maior comodidade no tratamento (o paciente não precisa de se deslocar até ao médico, o que é particularmente importante no caso das pessoas idosas e outros pacientes com menor mobilidade física), a celeridade da prestação dos serviços médicos e os menores custos (o paciente não precisa de se deslocar ao hospital, reduz o número de deslocações necessárias às urgências, etc). Além disso, a telemedicina reflete-se num mecanismo que se adequa às novas exigências da evolução de uma sociedade que faz um uso recorrente das TIC. O paciente dos nossos dias vive num mundo cada vez mais conectado e espera um tipo diferente de experiência (e exige) os melhores cuidados de saúde. A telemedicina envolve os pacientes permitindo-lhes um contacto mais frequente com o médico e de uma maneira conveniente. Tal facto, como veremos *infra*, significa mais perguntas feitas pelo paciente e que devem ser respondidas pelos médicos, uma relação mais forte entre o médico e o paciente, pacientes com elevado grau de conhecimentos e habilitações. A telemedicina pode proporcionar a melhor qualidade de cuidados prestados aos doentes.

Na perspetiva do prestador de saúde (hospital/médico), a telemedicina apresenta-se como o corolário da evolução da ciência aplicada à medicina. É imprescindível para a prática de uma medicina que procura dar uma melhor resposta aos problemas dos pacientes, ajudar e facilitar o diagnóstico e o tratamento médico. A telemedicina permite a utilização de equipamentos inovadores e atuais, o armazenamento de informação que pode ser útil (a médio e longo prazo) na relação médico-paciente, na obtenção de uma segunda opinião médica e ainda numa vertente de estudo e evolução médico-científica. A telemedicina torna mais fácil o acompanhamento dos pacientes e a certificação do seu estado. A telemedicina

pode contribuir para a diminuição de gastos com o transporte ou com o quadro de profissionais³⁶.

Como entraves ou desvantagens da telemedicina destacamos a maior probabilidade de erro no diagnóstico realizado ao paciente e o maior risco de violação da privacidade/confidencialidade da relação médico-paciente³⁷. A telemedicina pode reduzir a interação pessoal entre o paciente e o médico, pois a interação online pode cair na impessoalidade, exigindo-se um contato físico para um diagnóstico completo³⁸. Outra desvantagem prende-se com os elevados custos para os prestadores de saúde referentes aos equipamentos e instrumentos utilizados³⁹. A telemedicina exige uma formação técnica e aquisição de equipamentos que varia consoante a exigência da prática médica ao equipamento/instrumento tecnológico. Por exemplo, uma aplicação de vídeo-chat ou videochamada requer uma menor formação do pessoal e tem custos de aquisição mais baixos (limita-se à compra de uma webcam). Pelo contrário, o exercício da telemedicina entre médicos que se encontrem em diferentes hospitais/países (por exemplo, para a realização de uma cirurgia) pressupõe uma formação mais exigente e o acesso a equipamentos mais caros⁴⁰. Na maior parte das vezes o insucesso da telemedicina prende-se com as dificuldades ou deficiências inerentes à instalação dos projetos de telemedicina⁴¹. Além disso, os pacientes e mesmo os profissionais de saúde ainda olham com desconfiança para a telemedicina. Por vezes, essa desconfiança deriva da falta de conhecimento ou esclarecimento necessário para entender e perceber como funciona a telemedicina.

³⁶ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil, op. cit.*, p.553.

³⁷ *Idem, Ibidem.*

³⁸ Em sentido contrário (a favor da telemedicina) reconhece-se que as visitas médicas em pessoa (presenciais) são claramente valiosas e necessárias em muitas circunstâncias. Todavia, a telemedicina é a melhor opção para complementar essas visitas: para fazer check-ins simples aos pacientes, acompanhar a evolução do seu estado de saúde sem que estes tenham que se deslocar até ao médico. Por exemplo, no caso de acompanhamento de uma pequena infeção/gripe uma visita em pessoa pode não ser necessário, a telemedicina pode ajudar o paciente poupando-lhe tempo e dinheiro.

³⁹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil, op. cit.*, p.553.

⁴⁰ Nos Estados Unidos verificam-se casos em que o doente pode simplesmente fazer o login online e solicitar uma visita com um médico de uma “empresa” de telemedicina. Tal situação poderá levar a situações de quebra da continuidade dos cuidados médicos, pois, esses médicos são escolhidos aleatoriamente e não acompanham o paciente.

⁴¹ Para maiores desenvolvimentos cfr. JOSÉ HENRIQUE DA COSTA FERREIRA, *Telemedicina: Dos conceitos à prática, op. cit.*, pp. 24-28.

Face ao exposto *supra*, somos a concluir que as vantagens e desvantagens da telemedicina andam lado a lado. Talvez nos próximos anos a maior popularidade e aceitação da telemedicina permita que as desvantagens sejam resolvidas, proporcionando a prática plenamente eficaz da telemedicina. Atendendo aos constantes avanços tecnológicos e políticas de mudança, que cada vez mais suportam a telemedicina, não vislumbramos como impossível chegar-se a formas de melhorar a telemedicina e torná-la um método plenamente viável e vantajoso de prestação de cuidados de saúde.

II. A relação médico-paciente e o direito à confidencialidade e privacidade dos dados pessoais na telemedicina

1. Enquadramento

O impacto da telemedicina na relação médico-paciente, na prática do exercício da medicina e nos direitos dos pacientes suscitou o aparecimento de normas jurídicas (nacionais e internacionais) que visam regular a prática da telemedicina.⁴²

Ao nível da regulamentação internacional destaque-se a Declaração de Telavive sobre a Responsabilidade e Normas Éticas da Associação Médica Mundial. Esta Declaração tem uma importância significativa, porquanto veio estabelecer princípios disciplinadores no âmbito da telemedicina sobre a relação médico-paciente, as responsabilidades do médico e do paciente, o consentimento e confidencialidade do paciente, a qualidade dos serviços médicos prestados, a segurança e armazenamento dos dados pessoais, a qualidade da informação, entre outros.⁴³

⁴² ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil, op. cit.*, p. 551.

⁴³ MICHELE DOS SANTOS GOMES DA ROSA/ SÍLVIA LEMOS FAGUNDES «Olhar diferenciado da Bioética e os seus comprometimentos sociais em Telemedicina», AMRIGS, vol. 57, n.º 2, Porto Alegre, abr.-jun.2013, p.157, disponível em <http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&expSearch=686179&indexSearch=ID>, consultado em 12/02/2017.

De acordo com Dias Pereira, o exercício da telemedicina não implica o surgimento de uma nova disciplina médica “antes significa o aumento de possibilidade de melhoria da qualidade e eficiência dos serviços médicos.”⁴⁴ Os médicos e demais profissionais de saúde estão vinculados a cumprir as normas éticas e profissionais de deontologia, assim como as demais obrigações impostas por lei. No entanto, atendendo que a telemedicina é praticada em moldes distintos da medicina tradicional torna-se relevante perceber como se caracteriza a relação médico-paciente e quais são as principais fragilidades desta relação no âmbito da telemedicina. Na verdade, na telemedicina o consentimento informado e a proteção de dados pessoais constituem os pilares da relação médico-paciente.

2. A relação médico-paciente

A telemedicina constitui, por um lado, uma “nova posição do paciente/ utente perante os cuidados de saúde e informação médica e de saúde, pode ser vista sobre a óptica de um ganho de autonomia devido ao acesso às TIC”⁴⁵. Aliás, uma boa prática da telemedicina poderá contribuir para uma relação médico-paciente mais forte. O paciente deve ter um papel participativo nos cuidados de saúde, e conforme referimos *supra*, os pacientes cada vez mais conhecem os seus direitos e reivindicam esses direitos. Por outro lado, como referimos *supra*, há um maior risco de quebra da confidencialidade/privacidade da relação médico-paciente e um maior distanciamento pessoal entre o médico e o paciente (o exercício da atividade médica já não implica a presença física no mesmo espaço).

Como em qualquer relação médico-paciente também a relação desenvolvida no âmbito da telemedicina pressupõe a obtenção do consentimento informado do paciente. Ao direito ao consentimento informado corresponde o respetivo dever de informar o paciente das informações necessárias à prática de qualquer ato médico⁴⁶. A prestação de informação e a obtenção do consentimento informado poderá ser mais fácil ou mais difícil de se concretizar,

⁴⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, op. cit., p. 552.

⁴⁵ RITA ESPANHA, *Saúde e comunicação numa sociedade em rede – o caso português*, op. cit., p.3.

⁴⁶ Como refere Dias Pereira “os pacientes em telemedicina gozam dos mesmos direitos à informação e ao consentimento que os pacientes tradicionais” ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, op. cit., p. 555.

pois varia na ordem da complexidade do procedimento e depende do tipo (modalidade) de telemedicina. Por exemplo, numa mera consulta realizada à distância ou no acompanhamento pós-operatório de um paciente com recurso às TIC, atendendo ao grau de cuidado em causa, pode ser mais simples a prestação das informações sobre o recurso à telemedicina e a obtenção do consentimento informado. Pelo contrário, já será mais difícil/complexo a transmissão de informação e obtenção do consentimento informado nos casos de realização de uma cirurgia à distância com recurso a um robô⁴⁷, pois neste caso o dever de informação pressupõe a transmissão de informação mais pormenorizada face à complexidade da prática do ato médico. Por conseguinte, será necessário perceber se o paciente compreendeu o alcance da informação que lhe foi transmitida e se efetivamente consente na prática do ato médico. Importa frisar que esta variação de “graus” de complexidade na transmissão da informação/obtenção do consentimento informado não significa que na telemedicina o médico tem um “encargo menor” ou “menos obrigação” de cumprir o dever de informação comparando com o exercício da medicina tradicional. O médico está sempre obrigado a cumprir o dever de informação e a obter o consentimento informado. No entanto, este dever pode ser mais ou menos exigente, ou seja, compreender a prestação de informações mais detalhadas ou não atendendo à complexidade da intervenção médica⁴⁸. Além disso, a prática da telemedicina pode exigir a necessidade de transmissão de informações eletrónicas (exemplo, medição da tensão arterial). Ora, tais informações exigem o esclarecimento prévio do doente (ou das pessoas que o auxiliem) para que este possa colaborar com o médico na vigilância do seu estado de saúde através da telemedicina⁴⁹.

Concordamos com Dias Pereira quando refere que “o médico deve informar o paciente de acordo com o critério do paciente concreto.”⁵⁰ Assim, o facto de um paciente estar melhor informado não desonera o médico de explicar as informações atinentes à prática do ato médico, assim como responder às questões colocadas pelos pacientes e esclarecer as suas

⁴⁷ *Idem, ibidem.*

⁴⁸ *Idem*, p.556.

⁴⁹ JOSÉ HENRIQUE DA COSTA FERREIRA, *Telemedicina: Dos conceitos à prática*, op. cit., p. 63.

⁵⁰ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, op. cit., p. 556.

dúvidas e incorretas informações que possa ter⁵¹. Sempre que se estabeleça uma relação entre o médico, o (tele) médico e o paciente que compreende mais do que a mera “conversa informal, uma troca de opiniões entre colegas”⁵² exige-se a ambos os médicos o cumprimento do dever de informar e de obtenção do consentimento informado.

O paciente deverá ser informado de como decorrerá o procedimento, quem participará na prática do ato médico, as diferenças em relação aos métodos tradicionais, as consequências da prática do ato médico, os riscos para a sua saúde, os benefícios, as alternativas, a possibilidade de escolha, os custos, entre outros aspetos. Recai sobre o médico o dever de aferir se o paciente percebeu o alcance da informação que lhe foi transmitida, ou seja, se o consentimento será prestado de uma forma esclarecida.

Na maioria dos países, a telemedicina ainda não é uma prática corrente ou uma “alternativa” real ao exercício da medicina tradicional, portanto ainda não recai sobre o médico o dever de informar o paciente desta alternativa⁵³. Porém, quando a telemedicina (e nos lugares que tal possa ocorrer) for considerada uma verdadeira alternativa recairá sobre o médico o dever de informar o paciente desta possibilidade.

A responsabilidade da prestação da informação pode recair sobre mais de que um médico, por exemplo, sobre o médico que acompanha o doente e o telecirurgião⁵⁴. Na realidade, deve atender-se ao tipo telemedicina praticada (por exemplo: telecirurgia) e às relações estabelecidas entre os intervenientes. Por conseguinte, valem os princípios da medicina exercida em equipa e da colaboração entre os médicos, reconhecendo que o médico que acompanha “fisicamente” o paciente poderá estar melhor posicionado para cumprir o dever de informação. No projeto de telemedicina deverá existir sempre um plano de reserva ou de emergência para aquelas situações em que o recurso à telemedicina se revela frustrado ou impossível de concretizar.

Em telemedicina vigora o dever geral de documentação das informações médicas, registando-se todas as informações consideradas necessárias. Os pacientes têm o direito de obter cópias dessa documentação. Para a prestação do consentimento vigora, em Portugal,

⁵¹ *Idem, ibidem.*

⁵² *Idem*, p. 558

⁵³ *Idem, ibidem.*

⁵⁴ *Idem*, p. 558

o princípio da liberdade de forma, sem prejuízo de se estabelecer a obrigatoriedade de forma escrita em alguns casos. Parece-nos que atendendo à natureza e características da telemedicina deverá exigir-se, além do consentimento verbal, o consentimento por escrito. No documento podem constar informações como a identificação dos intervenientes (pacientes, médicos, estabelecimento de saúde), tipo de ato médico que será praticado, os casos em que poderá ser ou não adequado (face ao diagnóstico ou tratamento) a utilização da telemedicina, as medidas de segurança a utilizar (por exemplo, senhas de autenticação), entre outros elementos. No entanto, salienta-se que o documento escrito nunca pode substituir o dever de esclarecimento que recai sobre o médico: é apenas um elemento complementar na obtenção do consentimento informado.

3. A confidencialidade e privacidade dos dados pessoais

Tal como no exercício da medicina tradicional também o exercício da telemedicina implica o respeito fundamental pela confidencialidade e privacidade das informações transmitidas no âmbito da relação médico paciente⁵⁵. A relação médico-paciente assenta numa relação de confiança, de respeito mútuo, de respeito pela autonomia do paciente e pela confidencialidade médica. Aliás, a violação de tais direitos poderá ser suscetível de originar responsabilidade médica (disciplinar, penal e civil).

Ora, acontece que atendendo às características intrínsecas da telemedicina (a prática da medicina à distância com recurso às tecnologias da informação e comunicação) o risco de propagação da informação, do acesso a dados do paciente e a violação da confidencialidade são mais suscetíveis de ocorrer. Estamos, assim, perante uma área onde existe uma maior incerteza, insegurança e desconfiança nas informações trocadas⁵⁶. Na verdade, a questão da proteção de dados na telemedicina é um dos aspetos mais frágeis, sobretudo face à maior

⁵⁵ Nos termos da Constituição da República Portuguesa o direito à privacidade e confidencialidade configura um direito fundamental na vertente de direitos, liberdades e garantias.

⁵⁶ JOSÉ HENRIQUE DA COSTA FERREIRA, *Telemedicina: Dos conceitos à prática*, op. cit., p. 64.

probabilidade ou risco destes dados serem violados⁵⁷. A segurança e a privacidade são dois pilares fundamentais da informática médica, assumindo uma importância reforçada na telemedicina. Por conseguinte, há um dever redobrado que se impõe na telemedicina: a utilização de medidas de segurança que garantam a proteção de dados dos pacientes⁵⁸. Por exemplo, se o médico considerar (fundadamente) que a prática da telemedicina pode colocar em risco a proteção da confidencialidade da relação médico-paciente deve informar o paciente de tal facto e recorrer a uma alternativa (se possível). É, assim, necessário garantir não só a qualidade do serviço médico prestado através da telemedicina, mas também a segurança desse serviço.

Além disso, atendendo à natureza da relação médico-paciente e à confidencialidade dos dados pessoais, a telemedicina não deve ser exercida sem a verificação e autenticação das condições técnicas para se realizar a intervenção médica (por exemplo, a localização do hospital, as condições de ligações, de funcionamento dos aparelhos) e a validação das credenciais médicas e do estabelecimento de saúde (evitando situações de prática ilícita da medicina).

O médico não pode revelar as informações obtidas, no exercício e por causa da atividade de telemedicina, sem o consentimento do paciente (salvo os casos admitidos na lei para proteção do interesse do indivíduo ou um interesse público) sob pena de quebra da relação de confiança. O dever de confidencialidade estende-se à informação que consta do registo médico. Na telemedicina existe o risco acrescido de violação dos registos médicos (por maior número de pessoas): o risco de acesso, modificação, visualização, cópia, utilização, exposição e eliminação dos registos eletrónicos.

III. A Telemedicina e o Direito da União Europeia: entre a promoção da telemedicina e a proteção dos direitos do paciente

⁵⁷ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, op. cit., p. 557.

⁵⁸ JOSÉ HENRIQUE DA COSTA FERREIRA, *Telemedicina: Dos conceitos à prática*, op. cit., p. 64.

Conforme referimos no capítulo anterior, a prática da telemedicina suscita preocupações ao nível da relação médico-paciente, em particular a preocupação pela manifestação de um consentimento informado e pela garantia da privacidade e segurança dos dados pessoais dos pacientes. Tal preocupação não é indiferente ao direito da União Europeia. Aliás, valores como a privacidade e a segurança, em diferentes áreas, constituem preocupações essenciais do direito da União Europeia. Veremos de seguida que a União Europeia se tem pronunciado sobre a prática da telemedicina, sobretudo manifestando preocupação com a segurança e a privacidade dos dados pessoais.

Começamos por constatar que a procura pela melhoria contínua dos cuidados de saúde foi sempre uma preocupação da União Europeia⁵⁹. De acordo com o art. 6.º-A e o art. 9.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), a União Europeia tem como objetivos, entre outros, a proteção e a melhoria da saúde humana. Tal preocupação manifestou-se no Tratado de Lisboa, em 2007, no qual se consagrou a noção de saúde pública (art. 168.º do Tratado), apesar do Tratado de Maastricht, em 1993, já estabelecer como um dos objetivos da comunidade europeia a prossecução da saúde pública (art. 129.º do referido Tratado). Na mesma linha, o Tratado de Amesterdão, em 1999, consagrava a proteção à saúde. Destaca-se ainda a diretiva 2011/24/UE, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços⁶⁰, que promove a livre prestação de cuidados de saúde na União Europeia e pronuncia-se sobre a *e-saúde*, conforme veremos melhor *infra*.

As características da telemedicina suscitam preocupação pela ideia de uniformidade e cooperação, isto é, sendo a telemedicina a prática de atividade médica à distância pressupõe a possibilidade de interação e contacto com diferentes países (ordenamentos jurídicos). Por conseguinte, exige-se uma maior garantia de segurança e certeza jurídica nas relações estabelecidas no âmbito da telemedicina. Neste domínio, o direito da União europeia tem procurado contribuir para essa garantia de estabilidade e segurança jurídica na proteção de

⁵⁹ ANTÓNIO CORREIA CAMPOS/JORGE SIMÕES, *O Percurso da Saúde: Portugal na Europa*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 77.

⁶⁰ De referir também, neste domínio, o Regulamento n.º 883/2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social, com vista a facilitar a circulação de pessoas na União Europeia.

dados pessoais e da privacidade. Paralelamente, a União Europeia tenta promover a telemedicina como um método alternativo viável à medicina tradicional.

A conceção de telemedicina à luz do direito da União Europeia assemelha-se à definição que referimos no primeiro capítulo⁶¹. Na maioria dos países membros da União Europeia não existe regulamentação sobre a telemedicina⁶². Numa posição intermédia temos o caso de Portugal, ou seja, apesar de não existir regulamentação específica sobre telemedicina existem regras deontológicas que abrangem esta matéria⁶³. Numa posição “extrema” temos o caso de países “como a Polónia, em que a licitude do ato médico exige a presença física simultânea do paciente e do profissional de saúde no mesmo local”⁶⁴. De modo global, podemos afirmar que cabe aos Estados-Membro regular as questões do direito da saúde e da medicina. Tal facto influencia a própria regulamentação (ou não regulamentação) da telemedicina: alguns Estados reconduzem a telemedicina à questão do direito da informática, outros ao direito da medicina, outros ao domínio da segurança social, etc. Além disso, as diferenças entre os vários ordenamentos jurídicos na regulamentação das questões de responsabilidade médica, do consentimento informado, da privacidade e confidencialidade dos dados pessoais podem constituir um obstáculo ao exercício da telemedicina.

Em 2010, a União Europeia lançou “Uma agenda digital para a Europa”⁶⁵, estabelecendo como um dos objetivos a utilização da telemedicina até 2020. Nesta medida, a União

⁶¹ “Entende-se por «telemedicina» a prestação de serviços de saúde através da utilização das tecnologias da informação e das comunicações em situações em que o profissional de saúde e o doente (ou dois profissionais de saúde) não se encontrem no mesmo local. A telemedicina compreende a transmissão segura de informações e dados médicos, necessários para a prevenção, diagnóstico, tratamento e seguimento dos doentes, por meio de texto, som, imagens ou outras vias”. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, «Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre os benefícios da telemedicina para os doentes, os sistemas de saúde e a sociedade, COM(2008) 689», disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52008DC0689>, consultado em 25/11/2017.

⁶² ALEXANDRE LIBÓRIO PEREIRA, «Telemedicina e Farmácia Online: Aspetos Jurídicos da eHEALTH», *op. cit.*, p.56

⁶³ Por exemplo, no Código Deontológico dos Médicos.

⁶⁴ ALEXANDRE LIBÓRIO PEREIRA, «Telemedicina e Farmácia Online: Aspetos Jurídicos da eHEALTH», *op. cit.*, p.56

⁶⁵ COMISSÃO EUROPEIA: COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÉ DAS REGIÕES, «Uma agenda digital para a Europa», disponível em <https://infoeuropa.eu/registro/000043826/documento/0001>, consultado em 25/11/2017.

Europeia considera que a utilização das TIC na saúde pode contribuir para “melhorar a qualidade dos cuidados de saúde, reduzir custos e promover uma vida autónoma, *inclusive* em locais distintos”⁶⁶, ou seja, as vantagens do recurso à telemedicina que referimos *supra*. Como refere Vera Raposo, a prática da telemedicina representa um contributo essencial para o desenvolvimento da medicina e da prestação dos cuidados de saúde na Europa⁶⁷. A concretização dos objetivos da agenda digital será realizada através da chamada saúde em linha. A saúde em linha permite as consultas médicas em linha, desenvolve os cuidados de urgência e tecnologias portáteis que permitem acompanhar o paciente à distância.

A telemedicina como serviço de saúde esteve *ab initio* incluída no âmbito de aplicação dos artigos 56.º e 57.º do TFUE, estando sujeita à liberdade geral em matéria de livre circulação de serviços⁶⁸. Assim, de acordo com o TFUE os tratamentos médicos são qualificados como serviços, integrando-se no âmbito das competências da União Europeia para legislar sobre o assunto. Em 2001, com a diretiva 2011/24/UE abordou-se a questão da *e-health*, estabelecendo-se no art. 14.º o regime da saúde em linha e no art. 15.º o princípio de cooperação em matéria de avaliação das tecnologias da saúde. A diretiva aplica-se à telemedicina que envolva médicos e pacientes de países diferentes. Por conseguinte, sempre que a telemedicina opere para além das fronteiras de um Estado, o regime da Diretiva 2011/24/UE será aplicável. Pelo contrário, a diretiva não é aplicável quando a telemedicina opera dentro das fronteiras de um Estado, neste caso a competência para regulamentar a prestação de cuidados de saúde incumbe a cada Estado-Membro⁶⁹.

O direito da União Europeia tem tratado a telemedicina como um serviço de saúde e como um serviço de informação⁷⁰. Conforme refere Vera Raposo “in what concerns healthcare and the practise of medicine there are n uniform regulations at the European level. Concerning health services the most relevant achievement to regulate this domains

⁶⁶ *Idem*, p. 33.

⁶⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, *Telemedicine: The legal framework (or the lack of it) in Europe*, [S.I.], [s.n.], 2016. p. 2, disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4987488/>, consultado em 12/02/17.

⁶⁸ *Idem*, p.3.

⁶⁹ *Idem*, p.5

⁷⁰ *Idem*, p. 1

Directive 2011/24/EU (...) However, many issues still lack uniform regulation, mainly the domain of medical liability and medical *leges artis*”⁷¹

Os direitos dos pacientes em telemedicina estão garantidos pela diretiva 2011/24/UE: o direito a receber tratamento médico noutro estado membro (art. 1.º) e o direito a ser reembolsado (art. 7.º); o direito de acesso ao registo médico (art. 4.º n.º 2 alínea f)⁷²; o direito do paciente a ser informado da disponibilidade, qualidade e segurança do serviço utilizado, bem como informações sobre a autorização ou o estatuto de registo (art. 4.º, n.º 2, alínea a) e alínea b)); o direito a que sejam aplicados procedimentos de queixa transparentes permitindo que os pacientes procurem soluções no caso de sofrerem qualquer dano devido ao tratamento recebido, em conformidade com a legislação do Estado-Membro de tratamento (art. 4.º n.º 2, alínea c)), entre outros direitos previstos no art. 4.º da diretiva.

Na proteção de dados pessoais, de informação e telecomunicações⁷³ chamamos à colação a diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas; a diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho⁷⁴, relativa às pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados; a diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, sobre o comércio eletrónico e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (crf. art. 7.º e 8.º). Além disso, a União Europeia tem levado a cabo várias iniciativas para promover a utilização da telemedicina tentando que se torne acessível a todos os cidadãos europeus⁷⁵.

⁷¹ A nossa tradução “no que diz respeito aos cuidados de saúde e à prática da medicina, não existem regulamentos uniformes a nível europeu. No que diz respeito aos serviços de saúde a conquista mais relevante para regulamentar este domínio é a Directiva 2011/24 / UE (...) No entanto, muitas questões continuam a estabelecer uma regulamentação uniforme, principalmente o domínio da responsabilidade médica e do *leges artis*.” *Idem, ibidem*.

⁷² Na directiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços, estipulou-se que “a fim de garantir a continuidade do tratamento, os doentes que tenham recebido tratamento tenham direito a que este fique consignado num processo clínico escrito ou informático e tenham acesso pelo menos a uma cópia desse registo nos termos e nas condições das medidas nacionais de aplicação das disposições da União sobre a protecção dos dados pessoais, nomeadamente as Directivas 95/46/CE e 2002/58/CE.”

⁷³ A nível internacional destaca-se a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (garantia da confidencialidade das comunicações).

⁷⁴ Objeto de posterior alteração pelo Regulamento (CE) n.º 1882/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁷⁵ Para mais desenvolvimentos veja-se VERA LÚCIA RAPOSO, Telemedicine: The legal framework (or the lack of it) in Europe, *op.cit.*, p.3.

Vera Raposo coloca a hipótese de aplicação da diretiva 2005/36/UE, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais, no sentido de saber qual a ordem jurídica nacional (ou ordens jurídicas) que define (m) os requisitos de exercício da telemedicina⁷⁶. Esta diretiva apenas se aplica “quando o prestador de serviços se desloca para o território do Estado-Membro de acolhimento para exercer temporária e ocasionalmente a atividade em causa” (art. 5.ºD). Ora, o prestador de serviços médicos não se move para outro Estado-Membro, o prestador pratica a medicina a partir de um determinado país, razão pela qual não poderá ser aplicada esta diretiva à matéria de telemedicina. Como refere Vera Raposo, cabe a cada Estado-Membro (à entidade nacional competente) regulamentar os aspetos médico-legais e deontológicos da prática médica e da prestação de cuidados de saúde com base no seu ordenamento jurídico, *inclusive* os aspetos respeitantes à prática da telemedicina (princípio do país de origem)⁷⁷. Nessa medida, Vera Raposo refere que nenhum outro requisito pode ser imposto ao profissional de saúde, nem mesmo aqueles exigidos pela ordem jurídica do país onde o ato médico é recebido⁷⁸. Conforme decorre da diretiva 2000/31/CE e da diretiva 2011/24/UE (crf. art. 3.º, alínea d) o profissional de saúde que pratique telemedicina só precisa de estar registado no país onde se encontre (fisicamente) estabelecido.

Na liberdade de escolha concedida aos utentes pela diretiva 2011/24/UE destaca-se a importância do cumprimento do dever de informação e de obtenção do consentimento informado que se estende à telemedicina. A relação médico paciente pressupõe a troca de informações relevantes que se consubstanciam em dados recolhidos pelo médico e suscetíveis de serem divulgados a outros profissionais de saúde. O paciente deve ser alertado desse facto e do risco de divulgação de dados, e só depois de conhecer e perceber tal informação poderá consentir na prática do ato médico. Neste âmbito, releva-se importante a diretiva relativa à proteção de dados pessoais mencionada *supra*, pois estabelece que o consentimento deve ser prestado de forma livre, casuístico e por escrito (o

⁷⁵ *Idem*, p. 6.

⁷⁶ *Idem*, p. 6.

⁷⁷ *Idem*, *Ibidem*

⁷⁸ *Idem*, *ibidem*

que poderá ajudar no ónus de prova)⁷⁹. Nesta matéria, deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade dos dados recolhidos, a essencialidade, a necessidade e finalidade de recolha e tratamento dos dados, o respeito pelo sigilo no tratamento dos dados (o tratador dos dados deve ser um profissional de saúde). Ora, repetimos, a proteção de dados assume uma relevância reforçada em matéria de telemedicina⁸⁰ atendendo que o exercício da telemedicina pode envolver vários Estados, incluindo Estados fora da União Europeia. Por conseguinte, a aplicação da diretiva à telemedicina poderá suscitar algumas dificuldades. Por exemplo, no caso de transmissão de dados com Estados não membros devem ser tomadas medidas adicionais e garantir-se o nível de proteção adequado por parte da Estado não membro (nos termos do art. 25.º da diretiva). Além disso, a aplicação da diretiva poderá revelar-se difícil, pois na telemedicina o acesso e tratamento de dados não se limita a profissionais de saúde (com dever de sigilo): os dados podem ser tratados por informáticos.

O exercício da telemedicina é abrangido pela directiva 2000/31/CE, relativa ao comércio eletrónico. Nesta medida, de acordo com o art. 3.º da diretiva⁸¹, o prestador de serviços tem de cumprir as exigências legais do país onde se situa o estabelecimento, e não da ordem jurídica em que o serviço é recebido (com algumas exceções no art. 3.º, n.º 3 da diretiva 2000/31 / CE)⁸². O art. 5.º da diretiva estabelece os requisitos a que devem obedecer os prestadores de serviço⁸³. O art. 8º confere aos Estados-Membros a tarefa de controlar se os

⁷⁹ O ónus de prova recai sobre o responsável pelo tratamento.

⁸⁰ Nos termos do art. 29.º da diretiva 95/46/CE, o grupo de trabalhos estabeleceu que os dados de saúde devem abranger: “quaisquer dados pessoais estritamente relacionados com o estado de saúde da pessoa, tais como dados genéticos ou dados sobre o consumo de medicamentos, álcool e drogas e quaisquer outros dados contidos nos ficheiros clínicos sobre o tratamento de um paciente, incluindo dados administrativos (número de segurança social, data de admissão no hospital, etc.), de modo a que qualquer dado que não seja relevante para o tratamento do paciente não seja inserido nos ficheiros médico.” ALEXANDRE LIBÓRIO PEREIRA, «Telemedicina e Farmácia Online: Aspetos Jurídicos da eHEALTH», *op. cit.*, p. 6.

⁸¹ “Cada Estado-Membro assegurará que os serviços da sociedade da informação prestados por um prestador estabelecido no seu território cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no domínio coordenado.”

⁸² VERA LÚCIA RAPOSO, Telemedicine: The legal framework (or the lack of it) in Europe, *op. cit.*, p. 9

⁸³ De acordo com o art.5.º “Informações gerais a prestar: 1. Além de outros requisitos de informação constantes do direito comunitário, os Estados-Membros assegurarão que o prestador do serviço faculte aos destinatários do seu serviço e às autoridades competentes um acesso fácil, directo e permanente, pelo menos, às seguintes informações: a) Nome do prestador; b) Endereço geográfico em que o prestador se encontra estabelecido; c) Elementos de informação relativos ao prestador de serviços, incluindo o seu endereço electrónico, que permitam contactá-lo rapidamente e comunicar directa e efectivamente com ele;

d) Caso o prestador de serviços esteja inscrito numa conservatória de registo comercial ou num registo público equivalente, a identificação dessa conservatória e o número de registo do prestador de serviços, ou meios equivalentes de o identificar nesse registo; e) Caso determinada actividade esteja sujeita a um regime

profissionais de saúde respeitam as suas regras profissionais ao oferecerem serviços da sociedade de informação e incentiva a criação de um Guia Europeu de Boas Práticas “para determinar os tipos de informações que podem ser fornecidas para efeitos de comunicação comercial”.

Considerações finais: sucesso ou fracasso da telemedicina?

Se é certo que a telemedicina configura uma verdadeira revolução à prática da medicina tradicional (no modo de praticar a medicina, nas implicações e alcance que esse exercício pode atingir) também é certo que a telemedicina ainda não constitui uma efetiva alternativa à medicina tradicional. Às dificuldades (desvantagens) inerentes à execução prática da telemedicina (desde os custos de implementação, ineficácia e/ou desadequação de um projeto de telemedicina ou das tecnologias a utilizar), associada às reticências da classe médica (por vezes, a não qualificação dos profissionais para a utilização das TIC) e desconhecimento/desconfiança dos pacientes, acrescem os entraves colocados pelo direito material dos diversos ordenamentos jurídicos. Estes entraves fazem-se sentir sobretudo ao nível da matéria da responsabilidade dos médicos (diferença de regimes jurídicos entre os Estados-Membros e diferenças dentro de cada ordenamento jurídico consoante o contexto – público ou privado- da prática médica), da preocupação pela relação médico-paciente, das regras deontológicas, do consentimento informado e da privacidade e confidencialidade dos dados pessoais. Assim, apesar da tentativa de vários Estados (incluindo no contexto da União Europeia) fomentarem a prática médica através da telemedicina, a realidade é que

de autorização, os elementos de informação relativos à autoridade de controlo competente; f) No que respeita às profissões regulamentadas: - organização profissional ou associações semelhantes em que o prestador esteja inscrito,- título profissional e Estado-Membro em que foi concedido, - a citação das regras profissionais aplicáveis no Estado-Membro de estabelecimento e dos meios de aceder a essas profissões;

g) Caso o prestador exerça uma actividade sujeita a IVA, o número de identificação a que se refere o n.º 1 do artigo 22.º da sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios - sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme (29). 2. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros assegurarão que, no mínimo, sempre que os serviços da sociedade da informação indiquem preços, essa indicação seja clara e inequívoca e explicitamente obrigatoriamente se inclui quaisquer despesas fiscais e de entrega.”

ainda estamos longe de ver a telemedicina como uma alternativa viável ao exercício da medicina tradicional, com ressalva de alguns países (como é o caso dos Estados Unidos da América).

O direito da União Europeia tem gradualmente conferindo mais importância às questões da saúde, incluindo a temática da telemedicina. No entanto, a natureza e características da telemedicina exigem uma regulamentação conducente às particularidades da prática da medicina à distância (pelo o facto de envolver a prática da medicina em diferentes países e com recurso às TIC) e à harmonização entre os Estados. A atuação da União Europeia aparece ainda limitada pela competência dos Estados-Membros. Não existe ainda regulamentação específica sobre a telemedicina, compete aos Estados-Membros regular o exercício desta prática médica.

Apesar das dificuldades na implementação da telemedicina e das desvantagens apontadas *supra*, consideramos que os benefícios que subjazem à telemedicina podem ser o motor pela busca de uma melhoria e pela sua efetiva utilização. A telemedicina é um marco na história da evolução da ciência e da tecnologia e pode contribuir para a melhoria das condições e tratamento dos pacientes. O exercício da telemedicina pode levar a atingir-se resultados que de outra forma não seriam possíveis, permitindo a prática de novas experiências médicas, elevando a medicina a um novo patamar. É nesta perspetiva que devem ser criadas condições para o exercício da telemedicina, procurando assegurar a confidencialidade e privacidade dos dados pessoais e a obtenção do consentimento informado. Atendendo às diferenças de regulamentação interna entre os Estados poderá ser utópico almejar uma harmonização em matéria de telemedicina. No entanto, parece-nos que se poderá avançar ainda um pouco mais, sobretudo nos campos das questões de privacidade e confidencialidade dos dados pessoais.

Em suma, consideramos que o papel e impacto da telemedicina não pode ser ainda considerado um sucesso, todavia não representa um fracasso. A telemedicina encontra-se ainda a construir o seu caminho e apoiando-se nas suas vantagens deverá combater as suas desvantagens.

PENA DE MORTE: REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS SOBRE O SENTIDO OU A AUSÊNCIA DE SENTIDO DA PUNIBILIDADE NO ÂMBITO JURÍDICO-PENAL

*Fernando Conde Monteiro**

Resumo

O Autor reflete sobre a legitimidade da existência da pena de morte no contexto mais vasto de uma reflexão epistemológica sobre a ciência jurídico-penal. Chega à conclusão de que tal reação pode ou não ter lugar, dependendo de um ato de vontade do legislador, naturalmente condicionado por pressupostos histórico-culturais.

Palavras-chave

Epistemologia; ciência jurídico-penal; reações criminais; pena de morte.

Introdução

A pena de morte sempre esteve presente ao longo de milénios nos diferentes ordenamentos jurídicos.¹ A sua aceitação, contudo, viria a ser fortemente questionada com o movimento iluminista de cariz democrático que teve lugar no ocidente e que foi responsável pelo surgimento do novo direito penal imanente ao estado democrático e liberal.² A partir daí desenvolveu-se um movimento abolicionista da pena de morte que ainda hoje tem lugar.

* Professor Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

¹ Para uma curta perspetiva histórica, FERNANDO CONDE MONTEIRO, «A pena de morte no âmbito do sistema jurídico-penal – reflexões críticas», Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2013, p. 249.

² Sobre este movimento, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, Criminologia, O homem delinquente e a sociedade criminógena, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 7-9.

Comemorando-se entre nós cento e cinquenta anos da abolição da pena de morte para crimes civis,³ iremos debruçar-nos sobre algumas das questões epistemológicas inerentes a esta consequência jurídico-penal no seio mais vasto da designada ciência jurídico-penal.

A pena de morte no âmbito da designada ciência jurídico-penal

A ciência jurídico-penal

Ponto de partida: o indivíduo e o coletivo na sua historicidade e particularidade

Todos nós, enquanto entes individuais, exprimimos opiniões diariamente sobre uma multidão de temas, que vão de assuntos puramente individuais até questões transcendentais. Dependendo do teor das matérias e principalmente da presença ou ausência de critérios de validação das proposições a proferir ou proferidas, assim como do grau de conhecimento das mesmas e colocando de parte artifícios de linguagem, que possam camuflar finalidades do nosso discurso, sempre as nossas proposições poderão ser caracterizadas como exprimindo mais ou menos conteúdos subjetivos, maior ou menor objetividade e portanto expressando o erro em mais ou menos situações, assim como conteúdos de verdade.⁴ Se compararmos as nossas afirmações ou negações com outros seres individuais, facilmente detetamos pontos de convergência e igualmente de divergência, por múltiplos motivos: erros de perceção, generalizações abusivas, lugares-comuns, matérias indecidíveis no plano da sua resolução epistemológica, etc.⁵

³ Sobre o trajeto histórico da abolição da pena de morte, FERNANDO CONDE MONTEIRO, *cit.*, pp. 249-250.

⁴ De notar que há matérias relativamente às quais, em princípio, ignoramos sequer se as proposições que sobre elas poderemos fazer poderão estar certas ou erradas, v.g., metafísica. Neste sentido, LUDWIG WITTGENSTEIN, no final do seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, afirma perentoriamente que “O que se não pode falar, deve-se calar”.

⁵ Sobre o conceito de personalidade como compreendendo propriedades complexas e confusas, DEAN BURNETT, *O cérebro idiota, uma viagem através dos mistérios do nosso cérebro*, (trad.) Lisboa, Presença, 2017, pp. 170 – 199.

Se assim se passam as coisas no âmbito individual, também no domínio coletivo a realidade não se configura radicalmente diferente. Igualmente neste plano podemos encontrar de tudo, desde juízos objetivos e coincidentes com o mundo fenomenal até expressões do puro domínio da superstição, passando igualmente por lugares-comuns, preconceitos, concepções ideológicas, etc.

De tudo isto resulta sem mais que, enquanto indivíduos, nos caracterizamos por uma complexa trama de juízos de diferente e oposta natureza, desde puros juízos de racionalidade até à irracionalidade tout court, desde expressões de certeza até há mais pura expressão de aleatoriedade, enfim, toda a pessoa humana é um poço infinito de contradições.⁶ Portanto, o ser humano, enquanto tal, não constitui qualquer expressão de cientificidade, é um ser por inerência limitado, contraditório, sujeito necessariamente ao mal, ainda que imbuído igualmente de racionalidade, evoluindo em diferentes matérias, aberto também ao bem.⁷ Deste modo, a existência dos seres humanos, neste plano individual, é marcada, como anteriormente referimos, pela intensa subjetividade, aleatoriedade, historicidade, exprimindo também a objetividade no plano físico, psicológico, etc., mas sem nunca ser dominada por uma cientificidade inexistente.

Por outro lado, num âmbito coletivo, a historicidade e a culturalidade são por demais evidentes. Racionalidade e irracionalidade convivem lado a lado, gerando inevitáveis contraditoriedades e onde o mal e o bem convivem de forma mais ou menos assimétrica. Nenhuma sociedade pode ser considerada como um espelho de virtudes ou expressão do supremo bem, todas elas em maior ou menor grau expressam tensões, conflitualidade, ruturas, enfim, processos de existência onde o aleatório está inevitavelmente presente.⁸ Pura racionalidade ou cientificidade são-lhe características alheias.

⁶ De notar que uma grande parte destas contradições assenta na dupla natureza do ser humano, a meio-termo entre uma imensa mole de sentimentos e emoções (lembremos o pioneirismo neste campo de Freud até às modernas abordagens da neurologia, passando, por exemplo, pela etologia) e uma racionalidade encontrando-se em conflito permanente, sobre tudo isto, FERNANDO CONDE MONTEIRO, «Algumas reflexões sobre o direito penal a partir da psicanálise», Revista Jurídica da Universidade Portucalense, n.º 15, 2012, p. 69 e segs.

⁷ De referir, que as noções de bem e mal são por nós entendidas em sentido amplo, como expressões que se movimentam a partir de uma norma-padrão cujo conteúdo abrange desde aspetos lógicos e empíricos até questões axiológicas e metafísicas.

⁸ Sobre o problema da aleatoriedade e o direito como reflexo mais vasto da realidade tout court, FERNANDO CONDE MONTEIRO, «O direito penal como expressão de jogos de lotaria ou uma reflexão epistemológica sobre aleatoriedade neste ramo jurídico», Manuel Costa Andrade et al (orgs.), Direito Penal,

A ciência como expressão de juízos de objetividade

A ciência matemática: curtas reflexões epistemológicas

As ciências matemáticas, enquanto ciências de padrões,⁹ caracterizam-se pela extrema logicidade das suas proposições. De qualquer maneira, apresentam questões epistemológicas não resolvidas. Efetivamente o projeto de David Hilbert no sentido da sua total axiomatização ainda não foi levado a cabo. Desde logo, pela presença de questões indecidíveis. Portanto, mesmo no domínio da pura logicidade encontramos obstáculos intransponíveis.¹⁰

As ciências empíricas

Da aplicação da ciência matemática (logicidade) aos factos da natureza nasceram as ciências da natureza ou ciências empíricas. Tratou-se assim de estabelecer relações determinísticas entre fenómenos, empiricamente observáveis, sob a forma de leis ou teorias gerais (v.g., teoria da gravidade, lei de Coulomb, etc.). Fundamental neste âmbito foi o facto de os fenómenos em causa serem observáveis, testáveis, quantificáveis, de as proposições poderem ser refutáveis. Os modelos da física clássica ou da química podem, por exemplo, reconduzirem-se a este paradigma.¹¹

Deste modo, a universalidade e a objetividade das suas afirmações foram alcançáveis, possibilitando-se num segundo momento a sua aplicação prática com fins utilitários, nomeadamente (tecnologia).

Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 589-611; «Aleatoriedade e Direito», PATRÍCIA JERÓNIMO (org.), Temas de investigação em Direitos Humanos para o Século XXI, Braga, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 49-58.

⁹ Neste sentido, KEITH DEVLIN, Matemática, A Ciência dos Padrões, A Procura de uma Ordem na Vida, na Mente e no Universo, (trad.), Porto, Porto Editora, 2002, pp. 9-10.

¹⁰ Sobre as proposições indecidíveis no âmbito da matemática, PAUL J. COHEN, Set theory and the continuum hypothesis, New York, W. A. Benjamin, 1996.

¹¹ Sobre isto, FERNANDO CONDE MONTEIRO, «Algumas reflexões epistemológicas sobre o direito penal», Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa (orgs.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, p. 758.

De qualquer maneira, um modelo deste teor não ficou imune a críticas de cariz epistemológico. Por um lado, a sua aplicação não pode ter lugar à totalidade dos fenómenos, desde logo da física (v.g., impossibilidade de conhecer na prática a posição de todas as moléculas de um gás, previsão atmosférica, etc.). Depois, a sua provisoriedade implicou (implica) a suscetibilidade de se colocar em causa as suas asserções.¹² Para além do seu determinismo poder ser também colocado em causa e isto independentemente do facto de as nossas categorias de perceção e de entendimento do real serem naturalmente limitadas¹³ e ainda de igualmente os conceitos utilizados serem categorias necessariamente relativizadas, isto é, carregados de teorias (pense-se em questões como energia, massa, espaço, tempo da física clássica comparativamente com a teoria da relatividade, por exemplo).¹⁴

A física quântica: alguns quebra-cabeças face aos paradigmas anteriores

Para além desta física do infinitamente pequeno trazer novos conceitos de categorias anteriores (energia, espaço-tempo, etc.), o facto de ter quebrado em definitivo com os pressupostos deterministas (ou pseudodeterministas), tornando-se probabilista,¹⁵ para além de nunca conseguir romper com a influência em maior ou menor medida das observações sobre os fenómenos, implicou novos desafios epistemológicos em que a indeterminação,

¹² Sobre a ideia popperiana de considerar a falsificabilidade como elemento de demarcação entre conhecimentos científicos e não científicos, KARL POPPER, *Conjectures and Refutations*, Londres, Routledge and Keagan Paul, 1963, pp. 33-39.

¹³ Lembremos desde logo a contribuição humeniana, passando pelo criticismo kantiano, para desembocar na psicologia gestaltista e nos limites do conhecimento humano expressos pelas ciências neurológicas, de que de resto a própria evolução científica disto mesmo deu testemunho (v.g, relativismo do espaço-tempo, paradoxos imanentes à física quântica, princípio do indeterminismo, etc.). Sobre o agnosticismo no âmbito destas ciências (físicas), L. LAUDAN, in *Progress and its problems*, Berkley, University of California Press, 1977, pp. 125-127, afirma: “ninguém foi capaz de dizer sequer o que deve entender-se por “mais perto da verdade”, para já não falarmos da apresentação de critérios determinando como se poderia medir essa proximidade.”

¹⁴ Fundamental neste âmbito, N. R. HANSON, *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación*, trad., Madrid, Alianza, 1977, p. 151.

¹⁵ Lembremos o princípio da indeterminação de Heisenberg.

incompletude e um certo caos se instalaram, deixando-nos num óbvio espaço de incerteza sobre o real efetivamente inatingível em si mesmo.¹⁶

**A complexidade do real enquanto obstáculo ao conhecimento humano:
as autodenominadas ciências humanas**

À medida que avançamos a partir dos aspetos físicos para os domínios de maior complexidade do ser humano, como sejam o caso da biologia, psicologia, sociologia, cultura, etc., encontramos-nos progressivamente perante verdadeiras paredes que nos impedem de conhecer efetivamente estes tipos de fenomenologia. A impossibilidade de, desde logo em algumas destas áreas, podermos decompor a realidade nos seus elementos mais básicos (atomismo lógico) para a partir daí realizar experiências¹⁷ implica naturalmente que as asserções a realizar neste plano sejam mais ou menos arbitrárias, sujeitas em maior ou menor grau ao erro e portanto este terreno seja muito fértil na produção de correntes mais ou menos genéricas (teorias) não fundadas epistemologicamente e assim se tornando pseudoteorias, ou se quisermos, sem rodeios, acabarem por se tornar em simples ideologias. Efetivamente, nestes domínios, particularmente nas designadas ciências sociais, os seus cultores nunca levam a sério a ideia do silêncio em face do que em definitivo se desconhece e ao invés, por puro desconhecimento epistemológico ou por outro tipo de razões,¹⁸ enveredam por um sem número de teorizações que epistemologicamente quase sempre não

¹⁶ Tenhamos em conta o debate nunca concluído e provavelmente eterno entre Bohr e Einstein sobre a natureza determinística ou probabilística do real, sobre tudo isto, ÁLVARO BALSAS, *Realismo e Localidade em Mecânica Quântica*, São Paulo e Campina Grande, Livraria da Física e EDUEPB, 2014.

¹⁷ FERNANDO CONDE MONTEIRO, «As finalidades das penas no âmbito do artigo 40.º do Código Penal», *Estudos em Homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha*, Porto, Fundação da Universidade Portucalense, 1999, p. 326.

¹⁸ Lembremos desde logo que as universidades são largamente o palco deste tipo de ciências e onde se exigem, neste âmbito, dos seus elementos participativos (docentes e investigadores) abundantes produções científicas como expressão de um conhecimento medido em larga medida num plano quantitativo e por índices, donde a prudência e a cautela são frequentemente confundidas com graves faltas deontológicas geradoras de em último caso despedimentos dos mesmos.

são mais do que meras hipóteses de trabalho (ideologização da ciência),¹⁹ quando muito apoiadas em alguns dados empíricos.²⁰

A ética enquanto realidade epistemologicamente considerada

Reconhecida que seja que a interação humana na sua complexidade, antes de mais provinda da rede de relacionamentos humanos, que vai desde o simples inter-relacionamento entre indivíduos, entre estes e entes coletivos, destes últimos entre si e abrangendo uma multiplicidade de matérias do mais simples (relações de mera cortesia, por exemplo) até ao mais complexo (por exemplo, pense-se em questões como o ambiente, relações económicas entre estados e grupos de estados, etc.), necessita imperiosamente de regras de conduta,²¹ então, terá que haver algo que se ocupe disto mesmo, chamemos-lhe ética, axiologia, moral ou outra qualquer designação.²²

O problema aqui em causa será naturalmente o de definir critérios de validação de quaisquer proposições que neste âmbito se possam proferir. Critérios estes que terão que naturalmente ser fundados num plano de adequabilidade epistemologicamente significativa, o mesmo é dizer que se deverão traduzir em proposições dotadas de universalidade, validade objetiva, consistência lógica, só deste modo se expressando num plano cientificamente ancorado.

Uma tarefa deste teor nunca foi efetivada. Desde o senso comum de Aristóteles até à cientificação levada a cabo por Kant, todo o esforço feito tem sido debalde. Pouco ou nada evoluímos e algumas das críticas humenianas neste domínio continuam de pé. Efetivamente o grande problema aqui a considerar é bem simples de enunciar. De facto, ao

¹⁹ Sobre isto, FERNANDO CONDE MONTEIRO, «Algumas reflexões epistemológicas sobre o direito penal», Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa (orgs.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 759-760.

²⁰ De notar, contudo, que a heterogeneidade dos objetos em causa e os propósitos da investigação implicam uma diversidade de conteúdos epistemológicos, que poderão ir do puro determinismo à completa aleatoriedade. Portanto, o que acima se refere tem mais que ver com as teorizações globais dos fenómenos ou a complexidade de objetos mais restritos.

²¹ Neste sentido, *idem*, pp. 764-765.

²² Sobre a utilização do conceito de ética em sentido lato, FERNANDO CONDE MONTEIRO, «Ética e Direito Penal», Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II, Ano de 2013, Ética e Direito, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, pp. 45-48.

contrário das ciências empíricas em que as asserções mais ou menos gerais (teorias ou leis), para serem validadas têm de ser corroboradas pela observação ou experiência, que funciona como crivo das mesmas, portanto, num plano de exterioridade ao sujeito e assim funcionando independentemente da sua vontade, crenças ou convicções pessoais ou sociais, no plano da ética aqui perspectivada nada disso tem lugar. Trata-se em oposição de manifestações de opiniões, crenças, convicções pessoais, de grupos, mais ou menos influenciadas por culturas específicas, subordinadas em maior ou menor medida também pela própria historicidade do ser humano. Se há algo de exterior à realidade humana ou um sentido universal e objetivo no seio humano, tal permanece por demonstrar.

Por tudo isto é este um domínio marcado pela contingência, contradições, variabilidade de opiniões e poucas áreas de consenso.²³

A ciência jurídico-penal: considerações epistemológicas: o estatuto epistemológico de referência

A ciência jurídico-penal é antes de mais uma ciência (ou pretende ser) normativa. Tal significa que visa estabelecer normas, na base de princípios axiomáticos, de valores tendo como objeto o inter-relacionamento humano na sua complexidade própria, como acima deixámos dito. De qualquer maneira é esta igualmente uma função inerente à ética e à ciência jurídica (e independentemente do sentido que esta última expressão possa ter). Efetivamente o que antes demais particulariza a ciência jurídico-penal é o seu particular objeto, ou seja, os factos criminais ou crime. Não que este objeto não possa também ser subordinado, quer à ética, quer ao direito. É-o de facto. Em verdade, por via de se tratar de crimes é que a realidade jurídico-penal surge (princípio da especificidade). E tal tem lugar a partir de uma intencionalidade muito óbvia. O objetivo fundamental de uma intervenção jurídico-penal é o de assegurar o controlo do crime, procurando, em princípio, a sua

²³ Cf. FERNANDO CONDE MONTEIRO, «Algumas reflexões epistemológicas sobre o direito penal», Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa (orgs.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, p.781.

irradicação.²⁴ Este desiderato, por seu turno, não se reduz à mera normatividade de considerar os factos criminais como proibidos em geral e em certos casos exigir comportamentos para os evitar (criminalização da omissão). A ser assim estaríamos perante uma mera ética, jurídico-penal.²⁵ Procura-se para além do mais uma intervenção empiricamente orientada, ou seja, visa-se ser eficaz no tratamento desta questão. No entanto, este seu lado empírico requiere igualmente a intervenção da ética (jurídico-penal). O crime como facto humano a ser objeto de sustação não pode nunca abandonar uma dimensão valorativa. Combater o crime não é o mesmo que combater uma praga de mosquitos. Deste modo, princípios de intervenção baseados numa ideia de necessidade e proporcionalidade são-lhe obviamente conaturais. Noutros termos, poderemos definir uma adequada intervenção jurídico-penal em termos de uma máxima eficácia com mínimos custos axiológicos, antes demais, e também, já agora, se possível, com mínimos custos económicos.²⁶

Breves considerações críticas e contextualização da pena de morte no plano das reações criminais

Uma conceção como a acima descrita levanta duas importantes questões. A um lado, fica por conhecer o âmbito normativo da intervenção jurídico-penal. Segundo que critérios e até aonde se poderá ir ou não ir na definição de condutas de natureza criminal a serem objeto de uma intervenção com vista ao seu controlo. A outro, a definição igualmente dos critérios de legitimação empírica e axiológica dos instrumentos de controlo do crime. Algo, que só por si justificaria este texto em todo a sua integralidade.²⁷ Deste modo, iremos

²⁴ De referir que, independentemente do carácter utópico desta asserção (assim, JEAN de MAILLARD, *Crimes e Leis*, (trad.), Lisboa, Instituto Piaget, 1995, pp. 7-8), não se pode obliterar toda a literatura sobre os efeitos positivos do crime, neste sentido, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia, O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 259-268.

²⁵ Neste sentido, FERNANDO CONDE MONTEIRO, «Ética e Direito Penal», *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo II, Ano de 2013, *Ética e Direito*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, pp. 46-48.

²⁶ FERNANDO CONDE MONTEIRO, «Crime e Democracia: algumas Reflexões Epistemológicas sobre o Papel do Direito Penal na Defesa dos Valores do Estado de Direito Democrático e Social da Constituição da República Portuguesa», *Política e Filosofia I: A Democracia em Questão = Politics and Philosophy I*/Ed. Álvaro Balsas, SJ. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, Volume 72, 2016, pp. 1081-1086.

²⁷ Cf., no entanto, *idem*, pp. 1084-1086.

circunscrevermo-nos à questão da pena de morte, ainda que não abdicando do problema epistemológico em causa.

Reações criminais ao longo da história

Se olharmos rapidamente para os grandes tipos de intervenções jurídico-penais o que encontramos? A mais usada até aos nossos dias foi inquestionavelmente a punitiva. Desde a simples censura até à pena de morte, passando por diferentes torturas, infâmias, perdas monetárias, de bens, restrições à capacidade jurídica, etc., tudo praticamente já teve lugar.²⁸ Por outro lado, também com larga tradição ligada à fenomenologia criminal, encontramos processos negociais de múltipla natureza: entre a vítima e ofensor ou quem os represente, entre representantes da coletividade ou do estado e o ofensor ou seu representante. De resto, estes processos negociais apresentaram/apresentam conteúdos díspares entre si. Desde o simples pedido de desculpa entre vítima e ofensor até à negociação de penas entre representantes da coletividade e ofensor ou seu representante, passando por negociações de reparações de danos, frequência de atividades, etc., tudo também aqui tem sido usado e é usado. Questão essencial a considerar é a de saber se um mero processo negocial do qual resulte um simples pedido de desculpa ou uma reparação de danos em termos puramente civilísticos, por exemplo, ainda constitui algo jurídico-penal. Pelo menos perante uma perspetiva comparatística com outras ordens jurídicas, máxime o direito civil, a resposta deve ser negativa. Algo que também é corroborado quando olhamos para o domínio das resoluções meramente informais, ao nível familiar, de vizinhos, etc. Portanto processos negociais apenas poderão ter características penais se incidirem sobre aspetos punitivos (v.g., plea bargaining, processos que combinam a informalidade com sanções penais, etc.).²⁹

²⁸ Para uma reflexão, entre outras, também sobre esta diversidade, M.D. DUBBER; L. FARMER (Orgs.), *Modern histories of crime and punishment. Critical perspectives on crime and law*. Stanford: Stanford University Press, 2007.

²⁹ Sobre tudo isto, MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, «A participação central-constitutiva da vítima no processo restaurativo – uma ameaça aos fundamentos do processo penal estadual?», Mário Monte (dir.), Maria Calheiros/Conde Monteiro/ Flávia Loureiro (coords.), *Que Futuro para o Direito Processual Penal*, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 341-357.

Finalmente, fruto do positivismo inerente ao séc. XIX, encontramos ligado ao crime a aplicação de meios terapêuticos. O desenvolvimento destes deu origem a uma nova realidade no âmbito dos sistemas de direito penal positivos, a saber, o surgimento das medidas de segurança, aplicáveis a inimputáveis perigosos e subordinadas a critérios distintos das penas criminais. De resto, a consideração ainda deste novo plano implicou o surgimento da ideia de socialização implicando uma maior ou menor profusão de medidas de carácter terapêutico, educacional, formativo visando mais tratar do que punir o delinquente. É também questionável saber até que ponto este novo paradigma se pode assumir como algo com características efetivamente penais. A sua intrínseca natureza repousa na psiquiatria, psicologia, assistência social, nomeadamente, e não propriamente em mecanismos punitivos. No entanto, a sua pertença positivamente (e mesmo consensualmente) ao direito penal é simplesmente um dado de facto (e de direito).³⁰

Conclusão

O direito penal ao longo da sua história e até aos nossos dias configurou-se em termos positivísticos como uma realidade heterogénea abarcando nos seus instrumentos de intervenção não apenas penas (de resto, extremamente heterogéneas), mas igualmente meios socializadores, que vão de instrumentos puramente terapêuticos a simples apoios sociais, para além de processos negociais atinentes ao fenómeno punitivo.

A Pena de morte: sentidos normativos e empírico-axiológicos

O problema axiológico-normativo em conexão com a intervenção empírico-axiológica: prolegómenos

É sabido que o conteúdo normativo dos diferentes sistemas jurídicos existentes vai do mero ato irrelevante (v.g., rasgar uma vulgar folha de papel de alguém) até condutas que

³⁰ Sobre isto, FERNANDO CONDE MONTEIRO, *Direito Penal I*, Braga, ELSA-UMINHO, pp. 25-30; p. 38 - 51, *passim*.

colocam em causa a humanidade no seu todo (v.g., genocídios). Uma tal heterogeneidade de comportamentos naturalmente que implica respostas empíricas também elas necessariamente dotadas de grande heterogeneidade (princípio da necessidade). De qualquer maneira, a consideração destes itens não se configura simples. Bem pelo contrário existem aqui problemas insolúveis. Efetivamente, e antes de mais, a questão em causa diz respeito a dois aspetos heterogéneos entre si, mas que necessariamente devem coexistir, a saber, as aludidas dimensões empíricas e axiológicas. Algo que nos remete inexoravelmente para os sentidos da intervenção jurídico-penal.

Sentidos da intervenção jurídico-penal

Questão prévia: um não sentido de intervenção

Problema antes de mais neste âmbito diz respeito à questão de uma não intervenção jurídico-penal como forma de reação querida do sistema penal em face da criminalidade. Algo que se expressa, quer na existência de crimes particulares lato sensu,³¹ quer na discricionariedade jurídica ou de facto exercida pelas instâncias de controlo.³² Trata-se de uma atividade negativa em termos reativos, que pode naturalmente fundar-se em múltiplos planos assaz díspares: desde situações de quase adequação social (v.g., determinadas formas de jogo ilícito ou certas práticas de contrabando) até uma ação pura e simplesmente criminógena. Algo que, de qualquer maneira, merecia, uma reflexão mais detalhada neste contexto, mas que aqui não iremos tratar.

Um sentido ou vários sentidos das intervenções jurídico-penais

³¹ Relativamente a estes, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Texto Policopiado (coligido por Maria João Antunes), Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, pp. 89-92.

³² Sobre estas, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia, O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 443 e segs.

Em face do quadro acentuadamente diferenciado de intervenções jurídico-penais, é possível obter sentidos comuns a estas mesmas intervenções? Noutros termos, o que haverá de comum entre um simples acordo entre ofensor e ofendido em face de um crime nem sequer denunciado, uma aplicação de medida de segurança a um inimputável perigoso ou a condenação em pena de prisão?

O problema conflitual e as suas possíveis respostas

Os participantes no conflito

Uma perspetiva de olhar a questão criminal pode ser obtida através da ideia de conflitualidade. Assim, pode-se partir da ideia básica que modernamente o direito penal procura dar uma resposta ao conflito gerado pela prática de uma infração penal (pressupondo que se trate de um direito penal do facto). Esta conflitualidade terá dois polos extremos. A um lado, o delinquente, a outro a coletividade. No meio, a maior parte das vezes, teremos a vítima. Nos casos em que a vítima pode desencadear ou colocar fim à conflitualidade, dir-se-á que o coletivo terá uma intervenção secundária, de carácter complementar. Nas outras situações, terá um papel dominante.

O interesse coletivo e a sua repercussão nas reações criminais

Em se tratando da defesa de interesses coletivos em primeira ordem, usualmente as consequências jurídico-penais tenderão a refletir tal significado. Tratar-se-á assim de penas mais ou menos graves em função antes de mais da gravidade dos ilícitos em causa (princípio da proporcionalidade). Em regra, a negociação deverá estar aí excluída.³³ Os meios terapêuticos deverão assumir um carácter secundário, a intervir em casos de manifesta inaptidão das penas ou a coexistir com estas em termos complementares.³⁴

Os sentidos das reações punitivas: aspetos empíricos

³³ Para uma crítica desta, FERNANDO CONDE MONTEIRO, *Direito Penal I*, Braga, ELSA-UMINHO, pp. 37-38.

³⁴ Sobre estes, *idem*, pp. 25-30.

Se o interesse da coletividade é o interesse fundamental em que assentam as reações criminais, então, o sentido último das mesmas há de ser a mesma coletividade, como é óbvio. Sendo assim como é que este sentido se há de exprimir? Naturalmente que se trata da defesa da própria sociedade. Punir só poderá deste modo ter o significado último de defender a coletividade. Assim sendo, como é que num direito penal do facto se pode defender o social, quando o crime já se consumou? (paradoxo da defesa frustrada).³⁵ Obviamente que a resposta a dar neste âmbito só poderá ser perspectivada num plano prospetivo. Se quisermos dar alguma utilidade às penas, estas como mal que são só poderão ter o sentido de prevenir de futuro a prática de crimes, a partir do exemplo acontecido (pena exemplar).³⁶ Deste modo, a punição do delinquente é naturalmente um exemplo para os demais membros da coletividade a não ser seguido, porque o mal da pena ultrapassa ou deve ultrapassar o mal do crime.³⁷ Mal em causa que não se circunscreve à própria pena em si, mas igualmente à sua maior ou menor repercussão social (estigmatização pela sociedade).³⁸ Nestes termos, torna-se virtualmente impossível negar um efeito de prevenção geral negativo daqui derivado, senão como realidade psicológica mais ou menos sentida por todos, ao menos como pretensão da coletividade incorporada no sistema jurídico-penal. Que igualmente se veja este processo como uma reafirmação da consistência do direito penal, apesar da violação dos seus preceitos, parece ser algo igualmente afirmável, assim

³⁵ Efetivamente a reação criminal é a maior parte das vezes algo que sucede em termos de resposta a um comportamento que quebrou as resistências do sistema de proteção social (um remédio para uma doença consumada).

³⁶ De notar que muitas vezes se usa esta expressão com um sentido pejorativo, em termos de justificar a law and order, o que não é o nosso caso.

³⁷ Lembremos antes de mais BECCARIA, *De Los Delitos y De Las Penas*, Introducción, notas y traducción de Tomas y Valiente, Aguilar, p. 112; também FEUERBACH, *Lehrbuch der gemein in Deutschland gültig Peinlichen Rechts*, 1847, §13 (sobre este último, HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention Eine Srtafrechtstheoretische Untersuchung*, 1976, pp. 62 e segs.; TAIPA de CARVALHO, «Condicionabilidade sócio-cultural do Direito Penal», BFDUC, vol. LVIII, pp. 1088-1089); por último, pense-se em BENTHAM, *Principles of Morals and Legislation*, Harrison, 1948, p. 189 (Sobre este, LOUISE WESTMARLAND, *Classicism*, in *The Sage Dictionary of Criminology*, Compiled and edited by Eugene Mclaughlin and John Muncie, London, Thousand Oaks, New Delhi, Sage Publications, 2001).

³⁸ Sobre isto no âmbito do interacionismo, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia, O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 342 e segs.

como a devolução da paz jurídica colocada em crise com o crime, menos a reafirmação da continuidade da validade das normas (valores) jurídico-penais.³⁹

Se os sentidos de carácter geral parecem óbvios neste domínio, também não poderemos obliterar o facto, igualmente óbvio, de que as penas se aplicam a um concreto delinquente, ator de um tipo legal de crime. Este não pode ser apenas considerado como um simples instrumento de interesses gerais. Constitui um ente a ser objeto de considerações empíricas. Tratar-se-á deste modo de pretender que de futuro não cometa mais crimes. E porque se trata da aplicação de um mal, a ideia antes demais aqui presente será naturalmente a de o inibir ou pretender ao menos esta mesma inibição (prevenção especial de intimidação). Se a simples intimidação pretendida não for considerada suficiente ou for considerada excessiva pelos riscos que comporta, fica aberta a porta à ideia da socialização ou não dessocialização. Deste modo, procurar-se-á ou evitar a aplicação de consequências jurídico-penais geradoras de riscos de reincidência (socialização em sentido negativo) ou minorar estes riscos através de medidas a este fim adstritas (socialização em sentido positivo).⁴⁰

Os sentidos das reações punitivas: aspetos axiológicos

A história do direito penal e mesmo o direito comparado revelam-nos que o mal das penas praticamente nunca teve limites. Desde a pena de morte até a uma simples admoestação, houve, há toda uma panóplia de reações criminais extremamente severas, como já deixámos dito. Este estado de coisas foi colocado em crise na europa ocidental com o movimento iluminista de cariz democrático, como também já referimos. A suavização do direito penal entretanto operada introduziu limitações às espécies e duração abstrata das penas. Por outro lado, igualmente se introduziram alterações na aplicação concreta das penas, evitando aplicar-se penas demasiado severas, máxime a de prisão, e substituindo-as por outras mais suaves, ao mesmo tempo que se colocou a culpa como axioma fundamental na concreta aplicação de qualquer pena (*nulla poena sine culpa*).

³⁹ Sobre a prevenção geral positiva, FERNANDO CONDE MONTEIRO, *Direito Penal I*, Braga, ELSA-UMINHO, pp. 33-35.

⁴⁰ Sobre tudo isto, *idem*, pp. 28 – 31.

A pena de morte: aspetos empíricos

O sentido político-criminal geral

Intimidação geral

Em geral os sistemas jurídico-penais assentam em escalas punitivas que variam em função da importância atribuída aos valores protegidos e ao modo de os colocar em risco ou postergar. Por outro lado, não existem critérios dotados de suficiente cientificidade que possam determinar as espécies e duração em geral das consequências jurídico-penais. Este é patentemente um campo de grande discricionariedade por parte de qualquer legislador. Os limites aqui a ter lugar podem apenas ter como proveniência tomadas de posição axiológicas vertidas em textos jurídicos (constituições, convenções internacionais, nomeadamente). Portanto nada há na natureza das coisas que impeça qualquer legislador de punir com a pena de morte crimes que considere especialmente desvaliosos (v.g., serial killers, genocídio, homicídios especialmente graves, etc.). Se as necessidades de intimidação geral podem aqui ser contestadas, igualmente o podem ser em todos os casos em que as penas têm lugar. A crítica de que mais do que a gravidade da punição o que conta é a sua probabilidade de execução vale para tudo, não apenas em relação à pena de morte ou às consequências mais graves. Se, por outro lado, com consequências menos graves poderemos obter os mesmos resultados neste âmbito é algo sem uma concreta resposta epistemologicamente significativa. O legislador move-se aqui com inteira discricionariedade.⁴¹

Prevenção geral positiva

⁴¹ Sobre este fenómeno, FERNANDO CONDE MONTEIRO, «A democracia atual: reflexões sobre a restrição máxima aos direitos e interesses jurídicos como forma de assegurar a sua máxima proteção no quadro jurídico português», *Pensar a Democracia*, GUILHERME GODOY, MARIA JOÃO INÁCIO, STEVEN S. GOUVEIA (eds. e orgs.), Charleston, USA, 2017, pp. 25-33.

O que acima se referiu relativamente à prevenção geral negativa pode igualmente ser usado sobre as correntes de prevenção geral positiva. Quer a reafirmação contrafáctica das normas ou valores violados, da consistência do sistema jurídico-penal ou por último a invocação da paz jurídica são naturalmente compatíveis com a presença da pena de morte, assim como com a sua ausência.⁴² Trata-se, portanto, de aspetos idiossincráticos e como tais derivados de condicionantes históricos e culturais.

Prevenção especial

O único dado óbvio e inquestionável da pena de morte é o facto de com ela cessar qualquer fenómeno de reincidência por parte do condenado. Problema que obviamente também se coloca é o de saber se tal desiderato não será possível de realizar de modos menos drásticos. Algo que pode colocar-se em termos abstratos, quer em termos concretos. No primeiro plano, não será difícil excogitar várias formas de o fazer: operações cirúrgicas, isolamento celular, etc. No segundo plano, mais hipóteses poderão naturalmente ter lugar (v.g., o delinquente ficou tetraplégico impossibilitando-o de constitui qualquer crime, por exemplo, sexual, por si ou por intermédio de outrem). Portanto, neste plano podemos perfeitamente afirmar que em geral a pena de morte afigura-se excessiva, porque desnecessária.

Os problemas axiológicos

Se o problema empírico da necessidade de o direito penal ir ao encontro da coletividade (prevenção geral) não tem uma resposta definitiva no plano epistemológico, então, tal prejudica necessariamente o problema axiológico. A afirmação sem mais dos custos humanos da pena de morte pode colidir com a ideia de uma defesa da ordem jurídica atrás referida. Outra questão em causa pode-se prender com a justeza desta reação a partir da ideia de liberdade ou não do ser humano. Como esta nunca foi provada, permanecendo

⁴² Relativamente à prevenção geral positiva, supra n. 39.

assim como uma crença,⁴³ pode-se por esta via rejeitar igualmente a perda de vida do condenado, por este a não merecer. Algo que implicaria simplesmente o fim de todas as reações penais e a sua substituição por acordos entre ofensor e vítima ou/ e a introdução de modelos socializadores de pendor mais ou menos terapêutico. Um modelo, de resto, rejeitado em geral, por via dos múltiplos e graves inconvenientes que acarreta.⁴⁴

O problema da prova e das condenações por erro

Desde há muito que se tem criticado a pena de morte pelo facto de o erro poder ser responsável pela condenação de um inocente e deste modo nunca se podendo emendar o mesmo, pela morte do condenado, ao contrário das hipóteses em que tal não tem lugar. Sobre isto, deve-se afirmar que há muitas situações de erro na aplicação das normas jurídico-penais com danos irreversíveis para os respetivos condenados e que continuarão a ter lugar no futuro. Por outro lado, enquanto não executada, sempre haverá possibilidade de eventualmente evitar a sua concretização. De resto, há também mortes derivadas da execução de outro tipo de penas (v.g., prisão), como consequência destas.

Conclusão

A pena de morte no âmbito epistemológico revela-se uma questão sem solução. Pode-se adotá-la ou rejeitá-la. É um espaço de liberdade do legislador e como tal dele em primeira e última instância depende e sem que tal oblitere a consideração das condições socioculturais que necessariamente condicionam qualquer decisão neste domínio.

⁴³ Para um enquadramento epistemológico deste tipo de questões, FERNANDO CONDE MONTEIRO, «Reflexões epistemológicas sobre a liberdade enquanto possível pressuposto do agir humano e sua (ir) relevância para a construção do jurídico», Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo I, 2012 – Responsabilidade e Cidadania, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, 2012, pp. 46-68.

⁴⁴ Sobre isto, FERNANDO CONDE MONTEIRO, Direito Penal I, Braga, ELSA-UMINHO, pp.25-28.

NÓTULA SOBRE OS RECURSOS DE EXECUÇÃO DE PENAS

*Manuel Simas Santos**

*Margarida Santos***

Resumo

No âmbito do presente trabalho reflete-se sobre as implicações do direito ao recurso enquanto direito fundamental do arguido. Em especial, faz-se um excursus sobre o direito ao recurso no âmbito da execução da pena, em especial da pena de prisão, realizando-se uma leitura conjunta das disposições relevantes do Código de Processo Penal e do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, dando-se conta das suas especificidades face ao regime geral. Neste âmbito, levantam-se, ainda, algumas dúvidas em torno da norma constante do n.º 2 do art. 196.º deste Código, questionando-se se a mesma não violará o conteúdo do direito ao recurso constitucionalmente atribuído ao arguido numa matéria em que é diretamente interessado, ao mesmo tempo que o concede ao Ministério Público.

Palavras-chave

Direito fundamental ao recurso; regime dos recursos; execução da pena.

I. Os direitos de defesa do arguido: o direito fundamental ao recurso

No domínio desta caminhada pelo Sistema Prisional, pela Execução de Penas e pelos Direitos Humanos, pretende-se neste trabalho tecer alguns apontamentos em torno da temática dos recursos no âmbito da execução da pena, tendo como horizonte as implicações da consagração constitucional do direito ao recurso, enquanto direito fundamental do arguido.

* Juíz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça

** Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

Com efeito, o direito ao recurso, enquanto meio processual destinado a sujeitar a decisão judicial a um novo juízo de apreciação, é um direito fundamental que radica na ordem internacional e nacional.

O artigo 8.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra que “[t]oda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”, estipulando o n.º 10.º que “[t]oda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

No mesmo sentido vai o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (*Direito a um processo equitativo*), complementado pelo artigo 2.º do Protocolo 7.º (*Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal*), que se refere expressamente ao direito que “[q]ualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei”¹. Neste sentido vai o n.º 5 do artigo 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos².

A Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 47.º (*Direito à acção e a um tribunal imparcial*), consagra igualmente o “direito à acção” (1.º parágrafo); o “direito a um tribunal imparcial” (2.º parágrafo, primeira parte) e o direito de defesa (2.º parágrafo, segunda parte)³, referindo o n.º 2, do artigo 48.º (*Presunção de inocência e direitos de defesa*) que “[é] garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa”.

¹ Nos termos do descrito no n.º 2 deste artigo, “[e]ste direito pode ser objecto de excepções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição”.

² “Qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença em conformidade com a lei”.

³ “Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo...”.

A Constituição, na parte final do n.º 1, do artigo 32.º, a partir da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro, inclui, nas garantias de defesa, que o processo penal deve assegurar o recurso⁴. Com interesse revela-se, igualmente, o artigo 20.º, da Constituição (*Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva*). Questiona-se se este direito de acesso aos tribunais inclui o direito ao recurso das decisões jurisdicionais. Como sintetizam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, apesar de inexistir uma norma constitucional a estabelecer o duplo grau de jurisdição, “...o recurso das decisões judiciais que afectem direitos fundamentais (...) pode apresentar-se como garantia imprescindível destes direitos”, pelo que “... embora o legislador disponha de liberdade de conformação quanto à regulação dos requisitos e graus de recurso, ele não pode regulá-lo de forma discriminatória, nem limitá-lo de forma excessiva”⁵. Na verdade, como tem acentuado a jurisprudência do Tribunal Constitucional, “o direito ao recurso constitui uma das mais importantes dimensões das garantias de defesa do arguido em processo penal”⁶.

Neste sentido, importa compreender quais são as consequências para o legislador ordinário dessa conceção constitucional do direito ao recurso enquanto garantia de defesa do arguido.

Pode dizer-se sinteticamente que⁷: (i) só o direito ao recurso do arguido goza de tutela constitucional, não estando o legislador ordinário, no entanto, impedido de conferir, no âmbito penal, esse direito a outros sujeitos processuais; (ii) mas está aí limitado pelo crivo da conformidade constitucional; (iii) não podendo estabelecer exigências formais ou

⁴ Já diante da redação anterior do artigo era entendido que o direito de o arguido recorrer em processo penal fazia parte do complexo de garantias que integram o direito de defesa (cf., entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 178/88, 132/92, 322/93, 418/2003, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

⁵ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, p. 418.

⁶ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 49/2003, disponível em www.tribunalconstitucional.pt. V. também MARIA JOÃO ANTUNES, NUNO BRANDÃO, SÓNIA FIDALGO, “A reforma à luz da jurisprudência constitucional”, disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutora-maria-joao/downloadFile/file/MJA-NB-SF.pdf?nocache=1210672118.55> (última consulta a 15-12-2017).

⁷ V. também MARIA JOÃO ANTUNES, NUNO BRANDÃO, SÓNIA FIDALGO, “A reforma à luz da jurisprudência constitucional”, disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutora-maria-joao/downloadFile/file/MJA-NB-SF.pdf?nocache=1210672118.55> (última consulta a 15-12-2017).

temporais que limitem esse direito, descaracterizando-o; (iv) condicionando, assim, a natureza dos recursos.

No que diz respeito ao conteúdo do direito ao recurso como garantia de defesa, o Tribunal Constitucional tem acentuado a garantia do duplo grau de jurisdição “quanto a decisões penais condenatórias e ainda quanto às decisões penais respeitantes à situação do arguido face à privação ou restrição da liberdade ou de quaisquer outros direitos fundamentais”⁸. Nesta leitura, não são inadmissíveis as restrições ao direito ao recurso de decisões não condenatórias, ou que não afetem a liberdade ou outros direitos fundamentais do arguido, sendo que não é imposta a concessão ao arguido de um direito de recorrer de toda e qualquer decisão judicial que lhe seja desfavorável, apesar do princípio da recorribilidade das decisões judiciais previsto no art. 399.º do Código de Processo Penal (CPP).

O duplo grau de jurisdição constitucionalmente imposto abrange tanto o recurso em matéria de direito, como o recurso em matéria de facto⁹, mas, “mesmo quanto às decisões condenatórias, não tem que estar necessariamente assegurado um *triplo grau de jurisdição*, assim se garantindo a todos os arguidos a possibilidade de apreciação da condenação pelo STJ”, reconhecendo-se existir “alguma liberdade de conformação do legislador na limitação dos graus de recurso”¹⁰.

Referimo-nos à natureza dos recursos como condicionada pela sua consagração constitucional enquanto um direito do arguido e daí fazemos derivar, desde logo, a sua natureza de remédios jurídicos. Essa natureza de remédios dos recursos decorre, também, da não consagração de recursos ordinários obrigatórios por parte do Ministério Público, bem como da aplicação do princípio dispositivo, expresso na cindibilidade do recurso, na vinculação temática, no amplo acolhimento da proibição de *reformatio in pejus*, e na possibilidade de renúncia ao recurso em matéria de facto e da possibilidade de desistência do recurso.

⁸ Cf., entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 265/94, 610/96, 387/99, 189/01, 430/2010, 153/2012 e 848/2013, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

⁹ Cf. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 573/98, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁰ Cf. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 189/2001, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Tem o recurso como fundamento os erros de procedimento ou de julgamento e traduz-se, não numa renovação da instância, mas numa nova instância limitada aos erros invocados, para além das questões de conhecimento oficioso.

II. A execução de penas: algumas considerações

Isto posto e entrando na temática dos recursos no âmbito da execução de penas, designadamente da execução das penas de prisão, importa fazer uma leitura conjunta, ainda que perfunctória, das disposições relevantes do CPP (art.^{os} 467.º a 479.º), e especialmente, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL), Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro de 2009, que se aplica à execução de tais penas e medidas nos estabelecimentos prisionais dependentes do Ministério da Justiça e nos estabelecimentos destinados ao internamento de inimputáveis¹¹.

Visa-se, na esteira do art. 2.º deste Código, com a execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade “...a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a proteção de bens jurídicos e a defesa da sociedade”¹².

Com efeito, a execução da pena de prisão, à luz dos seus princípios orientadores constantes no art. 3.º do CEPMPL¹³, “assegura o respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos demais princípios fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa, nos instrumentos de direito internacional e nas leis”; “respeita a personalidade

¹¹ Cf. n.º 1 do art. 1.º, complementado pelo Regulamento Geral Dos Estabelecimentos Prisionais, aprovado pelo DL n.º 51/2011, de 11 de abril – cf. n.º 2 do mesmo art. 1.º. Com muito interesse, ver Figueiredo Dias, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 43, 1983, p. 29 e, especialmente sobre o sentido da jurisdicionalização da fase de execução penal e sobre o estatuto jurídico do recluso, o exercício dos direitos individuais e sociais fundamentais decorrentes da cidadania do preso, ver Anabela Miranda Rodrigues, *Novo olhar sobre a questão penitenciária - Estatuto jurídico do recluso e socialização. Jurisdicionalização. Consensualismo e prisão. Projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2002 e da mesma Autora, “Da «afirmação de direitos» à «protecção de direitos» dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão”, *Direito e Justiça* - volume especial 2004, Universidade Católica Portuguesa, 2004. Ver também, entre outros, Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

¹² Cf. n.º 1 do art. 2.º do CEPMPL.

¹³ Ver em especial n.ºs 1 a 3 do art. 3.º do CEPMPL.

do recluso e os seus direitos e interesses jurídicos não afectados pela sentença condenatória ou decisão de aplicação de medida privativa da liberdade”; “é imparcial e não pode privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum recluso”.

Sublinha-se igualmente que o recluso mantém, de acordo com o seu estatuto (art. 6.º do CEPMPL), “a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da sentença condenatória ou da decisão de aplicação de medida privativa da liberdade e as impostas (...) por razões de ordem e de segurança do estabelecimento prisional”. O que nos reconduz, desde logo, ao direito ao recurso assegurado pelos instrumentos de direito internacional e pela Constituição, a que nos referimos já, e que procuramos caracterizar brevemente. De resto, no que agora nos ocupa, no elenco dos direitos do recluso previsto no art. 7.º do CEPMPL, consta especificamente, na al. m), do n.º 1, o direito a apresentar recursos e a impugnar a legalidade de decisões dos serviços prisionais perante o tribunal de execução das penas. Ou seja, bem dentro, pois, do que vimos ser o entendimento do Tribunal Constitucional sobre o conteúdo do direito ao recurso como garantia do duplo grau de jurisdição¹⁴. Exatamente quando o condenado está, porque recluso, especialmente vulnerável.

III. Os recursos no âmbito da execução das penas

Importa agora analisar, ainda que perfunctoriamente, como trata o CEPMPL a matéria dos recursos.

No essencial, respeita os ditames constitucionais que revimos brevemente, e dedica-lhe todo o título V, integrado por dois capítulos, o I dedicado ao recurso para o tribunal da Relação (art.ºs 235.º a 239.º) e o II dedicado aos recursos especiais para uniformização de jurisprudência (art.ºs 240.º a 242.º).

Tratando-se de matéria de execução de penas, o tribunal recorrido é, por via de regra, o

¹⁴ Cf. novamente o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 265/94, bem como, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 610/96 e 189/01, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

tribunal de execução de penas. De acordo com a Lei da Organização do Sistema Judiciário - Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto -, compete, nos termos do n.º 1 do art. 114.º, ao tribunal de execução de penas, além do mais, acompanhar e fiscalizar a execução de pena ou medida privativa da liberdade e decidir da sua modificação, substituição e extinção e, ainda, de acordo com o n.º 2, acompanhar e fiscalizar a execução da prisão e do internamento preventivos¹⁵. Compete-lhe ainda, na esteira do art. 115.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, “garantir os direitos dos reclusos, pronunciando-se sobre a legalidade das decisões dos serviços prisionais nos casos e termos previstos na lei”.

Daí que, sobre a recorribilidade, disponha o n.º 1 do art. 235.º do CEPMPL, que “[d]as decisões do Tribunal de Execução das Penas cabe recurso para a Relação nos casos

¹⁵ Nos termos do n.º 3 do art.º 114 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, que pela sua importância para o objeto de estudo aqui transcrevemos, compete ao tribunal de execução das penas, em razão da matéria: “(a) Homologar os planos individuais de readaptação, bem como os planos terapêuticos e de reabilitação de inimputável e de imputável portador de anomalia psíquica internado em estabelecimento destinado a inimputáveis, e as respetivas alterações; (b) Conceder e revogar licenças de saída jurisdicionais; (c) Conceder e revogar a liberdade condicional, a adaptação à liberdade condicional e a liberdade para prova; (d) Homologar a decisão do diretor-geral de Reinserção e Serviços Prisionais de colocação do recluso em regime aberto no exterior, antes da respetiva execução; (e) Determinar a execução da pena acessória de expulsão, declarando extinta a pena de prisão, e determinar a execução antecipada da pena acessória de expulsão; (f) Convocar o conselho técnico sempre que o entenda necessário ou quando a lei o preveja; (g) Decidir processos de impugnação de decisões dos serviços prisionais; (h) Definir o destino a dar à correspondência retida; (i) Declarar perdidos e dar destino aos objetos ou valores apreendidos aos reclusos; (j) Decidir sobre a modificação da execução da pena de prisão, bem como da substituição ou da revogação das respetivas modalidades, relativamente a reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou de idade avançada; (k) Ordenar o cumprimento da prisão em regime contínuo em caso de faltas de entrada no estabelecimento prisional não consideradas justificadas por parte do condenado em prisão por dias livres ou em regime de semidetenção; (l) Rever e prorrogar a medida de segurança de internamento de inimputáveis; (m) Decidir sobre a prestação de trabalho a favor da comunidade e sobre a sua revogação, nos casos de execução sucessiva de medida de segurança e de pena privativas da liberdade; (n) Determinar o internamento ou a suspensão da execução da pena de prisão em virtude de anomalia psíquica sobrevinda ao agente durante a execução da pena de prisão e proceder à sua revisão; (o) Determinar o cumprimento do resto da pena ou a continuação do internamento pelo mesmo tempo, no caso de revogação da prestação de trabalho a favor da comunidade ou da liberdade condicional de indivíduo sujeito a execução sucessiva de medida de segurança e de pena privativas da liberdade; (p) Declarar a caducidade das alterações ao regime normal de execução da pena, em caso de simulação de anomalia psíquica; (q) Declarar cumprida a pena de prisão efetiva que concretamente caberia ao crime cometido por condenado em pena relativamente indeterminada, tendo sido recusada ou revogada a liberdade condicional; (r) Declarar extinta a pena de prisão efetiva, a pena relativamente indeterminada e a medida de segurança de internamento; (s) Emitir mandados de detenção, de captura e de libertação; (t) Informar o ofendido da libertação ou da evasão do recluso, nos casos previstos nos artigos 23.º e 97.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro; (u) Instruir o processo de concessão e revogação do indulto e proceder à respetiva aplicação; (v) Proferir a declaração de contumácia e decretar o arresto de bens, quanto a condenado que dolosamente se tiver eximido, total ou parcialmente, à execução de pena de prisão ou de medida de internamento; (w) Decidir sobre o cancelamento provisório de factos ou decisões inscritos no registo criminal; (x) Julgar o recurso sobre a legalidade da transcrição nos certificados do registo criminal”.

expressamente previstos na lei”.

Com efeito, as decisões recorriáveis encontram-se enumeradas, ao longo do diploma, da forma seguinte: a decisão relativa à determinação, recusa, manutenção ou prorrogação do internamento e da que decreta a respetiva cessação (n.º 1 do art. 171.º); as decisões relativas à substituição da pena de prisão ainda não cumprida por prestação de trabalho a favor da comunidade e a revogação desta (n.º 2 do art. 171.º); as decisões relativas à concessão, recusa ou revogação da liberdade para prova (n.º 3 do art. 171.º); as decisões de concessão ou recusa da liberdade condicional (n.º 1 do art. 179.º); as decisões de revogação ou não revogação da liberdade condicional (n.º 2 do art. 186.º); a decisão que decreta ou recusa a execução da pena acessória de expulsão (n.º 4 do art. 188.º-C); a decisão relativa à concessão, recusa ou revogação da licença de saída jurisdicional (n.ºs 1 e 2 do art. 196.º); as decisões relativas à concessão, recusa ou revogação da modificação da execução da pena (n.º 1 do art. 222.º); o despacho de indeferimento liminar de pedido de cancelamento provisório do registo criminal (n.º 3 do art. 230.º)¹⁶.

A esse elenco acrescenta o n.º 2 do art. 235.º que são ainda recorriáveis as decisões do tribunal de execução das penas que extingam a pena e a medida de segurança privativas da liberdade [al. a)]; as relativas à concessão, recusa e revogação do cancelamento provisório do registo criminal [al. b)] e as proferidas em processo supletivo [al. c)].

Afastou-se, assim, aqui, o legislador do princípio geral de recorribilidade estabelecido no art. 399.º do CPP, pelo que, neste âmbito, para estabelecer a recorribilidade de uma determinada decisão necessário se torna encontrar a norma que o permite.

Refira-se, ainda, que não está previsto o recurso ordinário para o Supremo Tribunal de

¹⁶ O Tribunal Constitucional tem sido chamado a discorrer em torno destes normativos. Por exemplo, no Acórdão n.º 150/2013, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, “[n]ão julg[ou] inconstitucional a norma do art. 179.º, n.º 1, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, na interpretação segundo a qual é irrecorrível a decisão que conheça do pedido de concessão do período de adaptação à liberdade condicional, designadamente no caso de indeferimento”. Veja-se também, por exemplo, o Acórdão n.º 150/2013, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, que “Não julg[ou] inconstitucional a norma do artigo 179.º, n.º 1, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, na interpretação segundo a qual é irrecorrível a decisão que conheça do pedido de concessão do período de adaptação à liberdade condicional, designadamente no caso de indeferimento”. Atente-se, ainda, embora com base na arquitetura legal anterior, no Acórdão 638/2014, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, que “Julg[ou] inconstitucional, por violação do princípio do Estado de direito consagrado no artigo 2.º e nos artigos 20.º, n.º 1, 27.º, n.º 1, e 32.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 127.º do Decreto-Lei n.º 783/76, de 29 de Outubro, na parte em que não admite o recurso das decisões que neguem a liberdade condicional”.

Justiça das decisões das Relações proferidas sobre decisões do tribunal de execução de penas, mas, como vimos, já, a nossa Constituição e os instrumentos internacionais que nos obrigam não impõem um triplo grau de jurisdição. Como veremos adiante, está só previsto o recurso especial, mas que não é extraordinário, mas que também não será exatamente ordinário, de uniformização de jurisprudência para o Supremo Tribunal de Justiça.

Dispõe também o Código, no art.º n.º 1 do art. 236.º, sobre a legitimidade para recorrer estabelecendo que, salvo disposição legal em sentido diferente, têm legitimidade para recorrer o Ministério Público; o condenado ou quem legalmente o represente, das decisões contra si proferidas e o requerente relativamente às decisões que lhe sejam desfavoráveis, quando não seja o Ministério Público nem o condenado. Aproxima-se, pois, da regra geral do art. 401.º do CPP, não havendo, no entanto e como é natural, menção ao assistente, às partes civis, mas somente a referência genérica àquele que, sendo requerente, ficou vencido. Nesta fase do processo penal não há lugar à intervenção das partes civis, porque a ela estranhas e atendendo aos objetivos da execução das penas, a figura do assistente enquanto coadjuvante autónomo do Ministério Público na investigação criminal e acusação, não cobra razão de ser.

Estabelece-se igualmente a exigência do interesse em agir por parte do recorrente, no n.º 2 do art. 236.º do CEPMPL¹⁷, que a nosso ver, em relação ao Ministério Público, se confunde com o interesse na aplicação da lei.

No que se refere ao âmbito do recurso é recebido o princípio do conhecimento amplo do recurso¹⁸, já consagrado no n.º 1 do art. 402.º do CPP e também aqui suscetível de ser limitado, mas somente à questão de facto ou à questão de direito¹⁹, diversamente do que sucede com o art. 403.º do CPP, o que se compreende, pois que, no domínio da execução das penas, cada decisão visa, em princípio, uma questão já de si bem limitada e delimitada. Também aqui a circunstância do recurso estar limitado não prejudica o dever do tribunal de recurso de retirar da sua procedência as consequências legalmente impostas

¹⁷ Interesse em agir: “isto é, a justificação pessoal para solicitar a intervenção dos tribunais na causa onde a pena foi aplicada”, Manuel Simas Santos, Leal-Henriques e João Simas Santos, *Noções de Processo Penal*, 2.ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2011, p. 502.

¹⁸ Cf. n.º 1 do art. 237.º do CEPMPL.

¹⁹ Cf. n.º 2 do art. 237.º do CEPMPL.

relativamente a toda a decisão recorrida²⁰, como é imposto em geral pelo n.º 3 do citado art. 403.º do CPP.

Quanto ao regime de subida e ao seu efeito (art. 238.º do CEPMPL), deve ter-se em conta que todos os recursos sobem imediatamente, subindo nos próprios autos os que forem interpostos da decisão que ponha termo ao processo, e em separado os restantes²¹.

Neste domínio, só há lugar a recursos principais, pois que os recursos subordinados a que se refere o art. 404.º do CPP só podem ser interpostos quando uma parte civil houver interposto um recurso principal, o que aqui, e como se viu, não pode ter lugar.

No que se refere à interposição, tramitação e julgamento, o art. 239.º do CEPMPL remete para as disposições dos recursos em processo penal, em tudo o que não for contrariado pelas disposições do CEPMPL.

O que significa que se interpõem por requerimento dirigido ao tribunal que proferiu a decisão de que se discorda, no prazo máximo de 30 dias (n.º 1 do art.º 411.º do CPP), por escrito, pois, que as decisões não são, em princípio proferidas em audiência, consistindo então em manifestação escrita da vontade de recorrer, acompanhada da respetiva motivação²².

Deve referir-se que tem uma disciplina própria a tramitação do recurso e os prazos dos recursos interpostos da decisão, com efeito suspensivo da decisão, que (i) conceda a

²⁰ Cf. n.º 3 do art. 437.º do CEPMPL.

²¹ Só têm efeito suspensivo da decisão nos casos expressamente previstos no CEPMPL, ou seja, os recursos interpostos da decisão que: determine o internamento [art. 171.º, n.º 4, al. a)]; substitua a pena de prisão ainda não cumprida por prestação de trabalho a favor da comunidade ou que a revogue [art. 171.º, n.º 4, al. b)]; revogue a liberdade para prova [art. 171.º, n.º 4, al. c)]; conceda a liberdade condicional, quando os pareceres do conselho técnico e do Ministério Público tiverem sido contrários à concessão da liberdade condicional - caso em que o recurso reveste natureza urgente, nos termos do art. 151.º, por força do n.º 3, parte final do art. 179.º (n.º 3 do art. 179.º); revogue a liberdade condicional - caso em que o recurso tem natureza urgente, nos termos do art. 151.º, por força do n.º 3, parte final, do art. 186.º; decrete ou rejeite a execução da pena acessória de expulsão - caso em que o recurso tem natureza urgente, nos termos do art. 151.º (n.º 6, parte final, do art. 188.º-C); conceda ou revogue a licença de saída jurisdicional (n.º 3 do art. 196.º); conceda, recuse ou revogue a modificação da execução da pena (n.º 2 do art. 222.º). O efeito suspensivo da decisão significa a paralisação da eficácia da decisão recorrida, que, por não transitar, deixa de ser executável.

²² Tal motivação enuncia especificamente os fundamentos do recurso, que são os motivos de discordância e os erros que imputa à decisão, e termina pela formulação de conclusões articuladas que contêm o resumo das razões do pedido que formula. Em matéria de direito, as conclusões também indicam as normas jurídicas violadas, o sentido em que foram interpretadas e o sentido em que o deviam ter sido, bem como, se for o caso, as normas que deviam ter sido aplicadas. Em matéria de facto, devem especificar: os concretos pontos de facto considerados incorretamente julgados, as provas que impõem decisão diversa e as provas que devem ser renovadas e a sua identificação, bem como as passagens relevantes.

liberdade condicional, quando os pareceres do conselho técnico e do Ministério Público tiverem sido contrários à concessão da liberdade condicional; (ii) revogue a liberdade condicional; ou (iii) decrete ou rejeite a execução da pena acessória de expulsão. Com efeito, nestes casos, os recursos têm natureza urgente nos termos do art. 151.º do CEPMPL²³, o que significa que correm em férias.

Chegados aqui, importa indagar quais podem ser os fundamentos do recurso, para além do que já se sublinhou. Ora, uma vez que a lei não restringe a cognição do tribunal ou os respetivos poderes, os recursos podem ter como fundamento quaisquer questões de que pudesse conhecer a decisão recorrida. E mesmo que se devesse entender que a lei restringia a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, o recurso pode ter como fundamentos, desde que o vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum: (i) a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada; (ii) a contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão; (iii) o erro notório na apreciação da prova, como o admitem os n.ºs 1 e 2 do art. 410.º do CPP.

O recurso pode também ter como fundamento, ainda no mesmo caso, a inobservância de requisito cominado sob pena de nulidade que não deva considerar-se sanada²⁴.

Se o recurso não for admitido ou tiver sido retido, cabe reclamação para o presidente do tribunal a que o recurso se dirige do despacho que não admitir ou que retiver o recurso, nos termos do art. 405.º do CPP.

Nos art.ºs 240.º a 446.º do CEPMPL estão previstos os recursos para uniformização de jurisprudência, designados de *especiais* e não como extraordinários, como acontece no CPP. Importa, desde logo, salientar que não se trata de uma mera alteração de designação, pois que alguns desses recursos podem ser interpostos antes de terem transitado em julgado as decisões recorridas, diversamente do que é próprio dos recursos extraordinários.

Os recursos para uniformização de jurisprudência podem ser interpostos, e devem mesmo sê-lo, por parte do Ministério Público, quando se verifica oposição de acórdãos da Relação, relativamente à mesma questão de direito em matéria de execução das penas e

²³ Respetivamente, por força do n.º 3, parte final, do art. 179.º; do n.º 3, parte final, do art. 186.º e do n.º 6, parte final, do art. 188.º-C do CEPMPL.

²⁴ Cf. n.º 3 do mesmo art. 410.º do CPP.

medidas privativas da liberdade, no domínio da mesma legislação, o mesmo é dizer, quando, durante o intervalo da prolação dessas decisões, não tiver ocorrido modificação legislativa que interfira, direta ou indiretamente, na resolução da questão de direito controvertida. Como fundamento do recurso só pode invocar-se acórdão anterior transitado em julgado (art. 240.º do CEPMPL).

Têm legitimidade para recorrer, na esteira do art. 241.º do CEPMPL, o Ministério Público e o sujeito contra o qual foi proferido o acórdão, não sendo mencionados o assistente e as partes civis, diversamente do que sucede em geral, de acordo com o n.º 5 do art. 437.º do CPP, o que se compreende, como se viu, dada a não intervenção, na execução de penas, destes dois intervenientes processuais.

Também aqui o recurso é obrigatório para o Ministério Público²⁵, que recorre igual e forçosamente das decisões proferidas contra jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça; e de decisão proferida em processo especial de impugnação que esteja em oposição com outra proferida por tribunal da mesma espécie, no domínio da mesma legislação e quanto a idêntica questão de direito²⁶.

O CEPMPL estabeleceu, quanto aos prazos de interposição destes recursos, regras diferentes das constantes do CPP²⁷. Com efeito, o prazo de interposição de recurso é de 30 dias a contar da emissão da decisão. Esse recurso interposto de decisão ainda não transitada em julgado suspende, até ao respetivo julgamento, o prazo para interposição de recurso para a Relação ou os termos subsequentes de recurso já instaurado, no que concerne à questão jurídica controvertida²⁸.

Nesse caso, o recurso só tem efeito suspensivo da decisão recorrida se esse for em

²⁵ Cf. n.º 1 do art. 242.º do CEPMPL e n.º 5, parte final, do art. 437.º do CPP.

²⁶ Respondendo, de algum modo, às dificuldades de informação que o carácter obrigatório deste recurso cria no processo penal em geral para o Ministério Público acerca de todas as decisões proferidas, o legislador do CEPMPL (n.º 3 do art. 242.º) prevê que os serviços prisionais e os serviços de reinserção social comunicam ao Ministério Público a oposição de decisões, logo que dela tomem conhecimento, contribuindo, pois, para a informação necessária ao cumprimento daquela obrigação de recorrer. Concorrendo igualmente para esse objetivo, o sujeito contra o qual foi proferida a decisão recorrida pode requerer ao Ministério Público a interposição do recurso especial para uniformização de jurisprudência, fornecendo então seguramente a necessária informação (cfr. n.º 2 do mesmo artigo).

²⁷ Manuel Simas Santos, Manuel Leal-Henriques, *Recursos Penais*, 8.ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2011, p. 179.

²⁸ Cf. n.ºs 4 e 5 do art. 242.º do CEPMPL.

concreto o efeito legalmente atribuído à interposição de recurso para a Relação²⁹.

O recurso para fixação de jurisprudência é interposto para o pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, na esteira do art. 243.º do CEPMPL.

Na esteira do art. 244.º do CEPMPL, aplicam-se, com as necessárias adaptações, os art.ºs 438.º a 446.º do CPP à interposição, tramitação e julgamento dos recursos anteriormente previstos e à publicação e eficácia da respetiva decisão.

É ainda prevista, por força do art. 245.º do CEPMPL, a possibilidade de interposição de recursos no interesse da unidade do direito, tal como configurados no CPP. Com efeito, o Procurador-Geral da República pode determinar, oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado, que sejam interpostos recursos no interesse da unidade do direito, sendo aplicável à sua interposição e tramitação e à eficácia da respetiva decisão o disposto no art. 447.º daquele diploma³⁰.

IV. O regime jurídico dos recursos na execução da prisão e sua (in)compatibilidade com o direito fundamental ao recurso – balanço final

No essencial, podemos dizer que o legislador ordinário respeitou, em nosso entender, nas normas que introduziu no CEPMPL, que brevemente se analisou, e nas normas do CPP de que se socorreu, os ditames constitucionais a que nos referimos de início e os direitos fundamentais que assistem ao cidadão, que o recluso nunca deixa de ser. Nesta medida, espera-se que a *praxis* da administração penitenciária e dos nossos tribunais nunca se afastassem, antes corporizassem, essa mesma arquitetura normativa.

²⁹ Cf. n.º 6 do art. 243.º do CEPMPL.

³⁰ Ou seja, dispõe o n.º 1 art. 447.º do CPP que o Procurador-Geral da República pode determinar que seja interposto recurso para fixação da jurisprudência de decisão transitada em julgado há mais de 30 dias, no caso da execução de penas, em que o recurso é interposto antes de transitar a decisão recorrida, devendo entender-se que o recurso pode ser interposto para além do prazo normal de interposição de recurso. Ao abrigo do disposto no n.º 2 do mesmo art. 447.º do CPP, o Procurador-Geral da República pode interpor recurso do acórdão que firmou jurisprudência em determinado sentido, sempre que tiver razões para crer que essa jurisprudência está ultrapassada, no sentido do seu reexame. O Procurador-Geral da República indica logo, nas alegações, as razões e o sentido em que jurisprudência anteriormente fixada deve ser modificada. Em ambos os casos, e dado que o Ministério Público age na defesa da unidade do direito, a decisão que resolver o conflito não tem eficácia no processo em que o recurso tiver sido interposto, mas só para o futuro.

Ainda assim, sem aprofundar a temática, e numa leitura provisória³¹, importar chamar a atenção para uma questão suscitada no âmbito do art. 196.º do CEPMPL, e que nos coloca uma reserva àquele juízo que antecipávamos. Com efeito, uma nota crítica parece ser devida em relação à norma do n.º 2 deste artigo. Dispõe-se no art. 196.º do CEPMPL, na parte que agora importa, que “[o] Ministério Público pode recorrer da decisão que conceda, recuse ou revogue a licença de saída jurisdicional” e que “[o] recluso apenas pode recorrer da decisão que revogue a licença de saída jurisdicional”. Vê-se, assim, que o recluso apenas pode recorrer da decisão que revogue a licença de saída jurisdicional enquanto o Ministério Público pode recorrer também da decisão que a conceda ou recuse³².

Se se compreende que o recluso não possa recorrer da decisão que conceda a licença de saída jurisdicional, pois que para tal lhe faleceria legitimidade uma vez que tal decisão não foi proferida contra ele, já o mesmo não acontece com decisão de recusa da mesma licença, que parece contrariar os interesses do recluso e para a qual ele teria, em tese, legitimidade, como a tem para a revogação da licença de saída jurisdicional, referida no n.º 2 do art. 196.º

³¹ Com efeito, a questão suscitada merece seguramente mais atenção e ponderação, mas não podemos fugir à resposta que, nestas circunstâncias e neste momento, temos por adequada e conforme ao nosso entendimento da Lei fundamental. Esperemos no entanto a ela retomar.

³² De acordo com o artigo 76.º CEPMPL, as licenças de saída do estabelecimento prisional dependem, em qualquer caso, do consentimento do recluso, podendo ser licenças de saída jurisdicionais e licenças de saída administrativas. As licenças de saída jurisdicionais – para o que nos interessa – visam “a manutenção e promoção dos laços familiares e sociais e a preparação para a vida em liberdade” (artigo 76.º, n.º 2). Qualquer licença de saída depende da verificação cumulativa de um conjunto de pressupostos, enunciados no artigo 78.º do CEPMPL: fundada expectativa de que o recluso se comportará de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; compatibilidade da saída com a defesa da ordem e da paz social; fundada expectativa de que o recluso não se subtrairá à execução da pena ou medida de segurança. Pondera-se igualmente, como fatores a ter em conta, a evolução da execução da pena, o ambiente social ou familiar e antecedentes da vida do recluso, as circunstâncias do caso e também a especial vulnerabilidade e as exigências de proteção da vítima da conduta. No que concerne especificamente à licença de saída jurisdicional, a sua concessão e revogação apenas pode acontecer se preenchidos os pressupostos constantes do art.º 79.º do CEPMPL. No que diz respeito ao procedimento, na esteira do artigo 189.º, o mesmo inicia-se com um requerimento do recluso entregue na secretaria do estabelecimento prisional, que o remete ao tribunal instruído com o registo disciplinar e com a informação sobre o regime de execução da pena, data do início, processos pendentes (se existirem), medidas de coação impostas e eventual evasão. Posteriormente, autuado o processo, é concluso ao juiz para despacho liminar, que pode ser de indeferimento, caso não se verifiquem os requisitos previstos no artigo 79.º, ou de marcação da data para reunião do conselho técnico (artigo 190.º); o conselho técnico, presidido pelo juiz e com a participação do Ministério Público, emite um parecer sobre a concessão da licença de saída e as condições a que a mesma se sujeita (n.º 1 do artigo 191.º); se o juiz entender necessário, procede-se à audição do recluso, na presença do Ministério Público (n.º 2 do artigo 190.º); o Ministério Público, querendo, pode emitir um parecer (n.º 1 do artigo 192.º); e por fim, o juiz dita a decisão sobre a concessão da licença requerida, a sua duração e as condições, e em caso de recusa, a fixação de um prazo inferior ao legal para a renovação do pedido (n.ºs 1 e 2 do artigo 192.º).

do CEPMPL.

Já foi suscitada perante o Tribunal Constitucional esta problemática.

No Acórdão n.º 752/2014³³, este Tribunal, na linha seguida já no Acórdão n.º 560/2014³⁴, decidiu “[n]ão julga[r] inconstitucional a dimensão normativa que resulta do n.º 2 do artigo 196.º (...), segundo a qual o recluso não tem legitimidade para recorrer da decisão judicial que nega a concessão da licença de saída jurisdicional”.

O Tribunal Constitucional entendeu no Acórdão n.º 752/2014 que “[n]ão sendo a licença de saída um direito fundamental do recluso, mas apenas uma medida individual de reinserção social, o legislador não estava vinculado a garantir que decisão judicial que a conceda ou negue tenha que ser reapreciada por um tribunal de segunda instância” Compreendeu este Tribunal que “[s]e o legislador não sujeitar essa decisão a recurso, isso significa que um processo penitenciário jurisdicional, decidido em primeira instância por órgão dotado de independência e imparcialidade, constitui um meio bastante para garantir a legalidade da decisão que concede ou negue a licença de saída jurisdicional (cf. artigo 203.º da CRP)”.

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 560/2014 reafirmou-se que a decisão de não concessão de licença de saída, “... não atinge diretamente o direito à liberdade, pois a sua restrição resulta do título judiciário de execução ínsito na decisão condenatória transitada em julgado e, em todo o caso, como se viu, não altera substancialmente o estatuto do recluso”, inexistindo “afetação do bem jurídico essencial que é o direito à liberdade, em termos de fundar a imposição constitucional do direito ao recurso por parte do recluso”.

De seguida o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 752/2014 afrontou uma outra dificuldade, aquela que viemos de referir: a da desigualdade entre o Ministério Público e o condenado na legitimidade para interpor recurso da decisão que conceda ou negue a licença de saída. E sobre esta questão foi de entendimento que: “... o princípio da igualdade processual impõe que se estabeleça um equilíbrio entre a posição jurídica de cada um dos intervenientes e os meios jurídicos colocados ao seu dispor. (...) Assim, se a defesa da legalidade das medidas de execução da pena pode justificar, embora eventualmente não

³³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 752/2014, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

³⁴ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 560/2014, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

imponha, que um órgão de justiça interponha recurso da decisão judicial que nega a concessão da licença de saída, a mesma necessidade pode não se fazer sentir relativamente ao interveniente que, para além de não realizar um direito subjetivo, pode renovar a mesma pretensão num curto espaço de tempo”. Acrescentou, na sua argumentação, que “... facilmente se descortina na limitação ao direito ao recurso prevista no n.º 2 do artigo 196.º do CEPML um mecanismo de racionalização da atividade judiciária, evitando o congestionamento dos tribunais de segunda instância com inúmeros processos de licença de saída jurisdicionais, atenta a possibilidade de renovação sucessiva do pedido”.

Procedeu também o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 752/2014 à análise da natureza do processo de licença de saída jurisdicional e da intervenção do Conselho Técnico e do Ministério Público, mas se bem vemos as coisas, não atentou com o mesmo detalhe num ponto que temos por fundamental no que aos recursos diz respeito, e salientámos no início da nossa intervenção, julgando poder invalidar singelamente todas estas judiciosas considerações. Referimo-nos à circunstância de só se mostrar constitucionalmente consagrado, no domínio penal, o direito ao recurso por parte do arguido, o que se não impede o legislador ordinário de o consagrar, como sucede, para outras partes ou intervenientes processuais, é um princípio ou indicação constitucional que não pode ser ignorado por aquele e menos ainda ser contrariado.

Mas é o que, numa análise simples, mas que não se crê simplista, sucede com a norma do n.º 2 do art. 196.º do CEPMLP quando não consente que o condenado possa recorrer da decisão judicial que nega a licença de saída jurisdicional. Com efeito, o legislador ordinário entendeu que se justifica que essa decisão, com consequências diretas para o condenado e a sua liberdade, deve ser passível de recurso que pode alterar o seu sentido e logo as consequências sobre o condenado e depois atribui o poder de interpor esse recurso a um Magistrado do Ministério Público, magistratura a que constitucionalmente não está atribuída a faculdade de recorrer em processo penal, e nega-a ao condenado, interessado direto, a quem está constitucionalmente conferido o direito a recorrer.

Ademais, como se adiantou na declaração de voto constante do Acórdão n.º 560/2014³⁵,

³⁵ Cf. Voto de Vencido constante do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 560/2014, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

cremos que “não é constitucionalmente admissível impedir o principal interessado de recorrer”, estando em causa “uma denegação do direito de tutela jurisdicional adequada dos seus interesses legalmente protegidos”.

De resto, no essencial, partilhamos da fundamentação elencada neste voto de vencido³⁶. Desde logo, esta licença de saída jurisdicional “tem uma conexão tal com o bem jurídico liberdade, em especial com a liberdade física ou liberdade de movimentos, que a eventual ilegalidade (material) da sua recusa deve poder ser sindicada junto de um outro tribunal”. Com efeito, “[p]ara quem se encontra a cumprir uma pena de prisão, a liberdade, temporária, mas não custodiada, inerente a uma saída de licença jurisdicional, não pode deixar de significar um bem de valor incomensurável, não só pela liberdade em si, como também pela relevância em termos de manutenção e promoção dos laços familiares e sociais (cf. os artigos 76.º, n.º 2, e 79.º, n.º 5, ambos do CEP)”.

Efetivamente, assim como se julgou no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 638/2006 a propósito da liberdade condicional, entendendo-se que “a decisão que nega a liberdade condicional, por ter como efeito a manutenção da privação da liberdade, tem uma indiscutível conexão com a restrição de direitos, liberdades e garantias, afetando um bem jurídico essencial que é o direito à liberdade, protegido no n.º 1 do artigo 27.º da Constituição”, também aqui, como se raciocinou nesta declaração de voto³⁷, se deve entender que “a eventual recusa ilegal (por vícios materiais) de licença de saída jurisdicional implica que alguém possa permanecer encarcerado em situações em que, de acordo com a lei, deveria estar em liberdade”. Além disso, de acordo com o procedimento e as finalidades da concessão de licença de saída jurisdicional, estamos perante “um interesse legalmente protegido do recluso”, onde “[a] decisão de recusa é claramente proferida contra o recluso-requerente”, que se encontra, pois, impossibilitado de agir na defesa dos seus interesses.

Cremos, pois, que esta solução vertida na norma do n.º 2 do art. 196.º do CEPMLP parece violar o princípio constitucional que acima referimos, diminuindo o alcance do direito ao recurso constitucionalmente atribuído ao arguido numa matéria em que é diretamente interessado, ao mesmo tempo que o concede ao Ministério Público. Não convence, pois,

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

numa leitura que ainda carece de aprofundamento, a argumentação colhida na fundamentação da jurisprudência do Tribunal Constitucional citada.

EM TORNO DO DOLO EVENTUAL E NEGLIGÊNCIA CONSCIENTE (OU DA [IM]POSSIBILIDADE DO ENCERRAMENTO DE UMA DISCUSSÃO PERMANENTE)

*Pedro Miguel Freitas**

Sumário

Com estas breves considerações pretendemos analisar, em primeiro lugar, o conceito do dolo e sua delimitação face à negligência, tomando como referenciais os cânones tradicionais oferecidos pela doutrina de direito continental. Seguidamente, analisaremos o conceito de *recklessness* na doutrina anglo-americana, enquadrando no conceito de facto punível tal como é concebido em particular pela jurisprudência e doutrina inglesas. A final, empreenderemos uma reflexão em torno da teoria da conformação.

Palavras-chave

Dolo; negligência; *recklessness*; temeridade.

1. Considerações introdutórias

Olhando para o direito continental, sua doutrina e jurisprudência, o conceito, composição e localização sistemática do dolo surgem envoltos em profundas dúvidas.

Naturalmente que, atendendo ao objeto da nossa análise e contexto em que nos propomos estudar, não será o local adequado para avançar como uma análise profunda de todas as problemáticas associadas ao dolo, bastando, pois, desenhar as coordenadas essenciais que nos permitam enquadrar o problema.

* Professor Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

Se atendermos à questão da composição e localização sistemática do dolo, dimensões que acabam por estar intimamente conexas, é seguro afirmar-se, pelo menos, que o dolo não pode deixar de ser encontrado no tipo subjetivo de ilícito. Tal conceção da tipicidade nutre-se, como é consabido, dos contributos formulados pelos defensores da teoria finalista ou ôntico-fenomenológica do facto punível, de entre os quais se destaca, no que nos interessa aqui, a afirmação de uma visão dualista da tipicidade. Nas palavras de Figueiredo Dias¹, com a teoria finalista, o tipo “é sempre constituído por uma vertente objectiva (os elementos descritivos do agente, da conduta e do seu circunstancialismo) e por uma vertente subjectiva: o dolo ou eventualmente a negligência”. Esta visão dualista acabaria por marcar definitivamente a dogmática jurídico-penal, tornando a teoria finalista um marco incontornável em qualquer estudo a este propósito. E, na verdade, ainda que a maioria rejeite outros contributos da teoria finalista, designadamente o seu conceito final de ação, não se pode negar que a expressão atual da localização sistemática do dolo se reconduz ao tipo de ilícito. Questão complementar é a de saber se aquele se esgota no tipo ou se, pelo contrário, adquire também significado na culpa, modelando a culpa em culpa dolosa e culpa negligente. Ora, embora tendencialmente a doutrina portuguesa caminhe nesse sentido, isto é, de uma dupla posição sistemática do dolo², já no que respeita à demais doutrina europeia de matriz jurídica idêntica o mesmo não acontece. Para a doutrina espanhola, por exemplo, o dolo encontra-se somente no tipo de ilícito³, pelo que a culpa possui apenas uma natureza normativa, englobando circunstâncias ou condições que, quando preenchidas, permitem a censurabilidade do autor da prática do facto ilícito. São estas a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da ilicitude do facto e a ausência de causas de exculpação

¹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 245.

² FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 247-248 e TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.ª edição, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, p. 327-328. Para este último Autor, o dolo possui uma dupla dimensão ou estrutura: dolo do facto, dolo psicológico-intelectual, dolo do tipo ou dolo da factualidade típica, por um lado, e dolo ético, dolo-culpa ou culpa dolosa, por outro. Enquanto a primeira dimensão se refere ao conhecimento e vontade de realização dos elementos do facto descritos no tipo legal, a segunda expressa, no âmbito da culpa, uma atitude ético-pessoal de oposição ou de indiferença perante o bem jurídico.

³ DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª edição, Valência, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 239.

ou desculpa⁴. À crítica de que a culpa, assim configurada, não mais seria do que mero juízo de valor, “puro juízo existente na cabeça do juiz”, crítica essa avançada nomeadamente por Figueiredo Dias⁵, contrapõe Roxin que o desentranhamento do objeto de valoração (dolo e negligência) da culpa (ou, melhor, responsabilidade) não a transforma em mero juízo de valor, dado que todos os elementos do tipo de ilícito se refletem mediatamente na culpa e responsabilidade⁶.

Um outro nó problemático, que aqui surge como objeto essencial do nosso estudo, é o da concreta definição do dolo, em particular do dolo eventual, e sua distinção face a figuras que lhe são próximas, designadamente a negligência consciente.

Antes de mais, para que ocorra o dolo do tipo é necessária a verificação concomitante de dois elementos: intelectual e volitivo. Podemos, pois, dizer que o dolo do tipo estará preenchido se, por um lado, o agente representar todos os elementos do tipo objetivo de ilícito (elemento intelectual do dolo) e, por outro, dirigir a sua vontade à realização desses mesmos elementos ou circunstâncias (elemento volitivo do dolo)⁷. A vontade de realização do ilícito, que caracteriza o elemento volitivo do dolo, leva à diferenciação de três modalidades de dolo: 1) dolo direto de primeiro grau, dolo direto, dolo de primeiro grau ou intenção em sentido estrito; 2) dolo direto de segundo grau, dolo necessário, dolo de segundo grau; e 3) dolo eventual. Contrariamente ao que se passa quanto ao conceito de dolo, o legislador português define expressamente o sentido de cada uma destas modalidades. Assim, no artigo 14.º do Código Penal, somos informados de que age com dolo direto quem “representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar” (n.º 1); com dolo necessário “quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta” (n.º 2); e, finalmente, dolo eventual quando o agente representar a realização de um facto que

⁴ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 796, SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2015, p. 548-549 e DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª edição, Valência, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 490.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 247-248.

⁶ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 798.

⁷ TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.ª edição, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, p. 332.

preenche um tipo de crime como consequência possível da sua conduta e atuar conformando-se com essa realização (n.º 3).

Por outras palavras, estaremos perante dolo direto se a realização do tipo objetivo de ilícito for o fim ou objetivo da sua conduta, ou seja, se o agente busca intencionalmente a realização do facto típico. É irrelevante que o agente não tenha absoluta certeza da realização do facto e represente apenas a sua mera possibilidade⁸, *v.g.* A dispara contra B a uma distância de 50 metros, com intenção de matar, embora lhe pareça improvável que isso aconteça devido à distância que os medeia e à sua má pontaria. É igualmente destituída da importância a circunstância de a realização do facto não ser o único objetivo ou fim que motiva a atuação do agente: estaremos perante dolo direto quer quando a realização do tipo é o verdadeiro fim da conduta quer quando seja apenas um meio para a realização de outros factos típicos.

De dolo necessário falaremos se a realização do facto típico não é o fim da conduta, nem meio para lograr o conseguimento de outro facto típico, mas apenas sua consequência inevitável ou altamente provável, *v.g.*, um agente detona um explosivo num barco para obter uma indemnização do seguro, sabendo que iria matar a tripulação a bordo, ainda que não tivesse interesse na sua morte⁹.

No dolo eventual, a realização do facto típico é representada pelo agente como consequência possível do agente. Acrescenta o nosso legislador que, representando como possível a realização do facto, o agente conforma-se com essa realização.

A aparência da solidez da delimitação concetual destas classes do dolo é apoditicamente posta em causa quando se pretenda distinguir o dolo eventual de uma figura que lhe é próxima. Referimo-nos, como se depreende, à negligência consciente. Acontece que a negligência consciente partilha o mesmo elemento intelectual que o dolo eventual, isto é, o agente representa a possibilidade de realização do facto típico, residindo a diferença, para

⁸ Neste sentido, CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 416, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.ª edição, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, p. 336 e SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2015, p. 270-271.

⁹ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 423 e SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2015, p. 271.

certa doutrina, no elemento volitivo¹⁰. Isto leva-nos à problemática questão de aferição do critério mais adequado e razoável para separar as duas figuras. Na doutrina, as mais fundadas dúvidas instalam-se desde há muito, pondo-se mesmo em causa qualquer opção legislativa nesta matéria. Não é para menos, pois são significativas as implicações no plano teórico e prático. Desde logo, nem sempre são punidos os comportamentos praticados com negligência, podendo mesmo dizer-se que são residuais os tipos negligentes, o que significa que, em não raras hipóteses, bem pelo contrário, a qualificação jurídico-penal de um comportamento como negligente ocasionará a absolvição do agente¹¹ e, por outro lado, mesmo sendo punível, as consequências jurídico-penais associadas a um tipo negligente são, em princípio, mais leves do que as de um tipo doloso.

Considerada uma das questões mais difíceis e discutidas do direito penal, deu azo ao surgimento de teorias como as da conformação, da aprovação ou consentimento, da indiferença, da representação, as fórmulas de Frank, entre muitas outras¹². Perante esta multiplicidade de teorias, tem razão Figueiredo Dias ao afirmar a fragilidade e insegurança da distinção teórico-prática entre dolo eventual e negligência consciente¹³, a ponto tal que, em seu entender, deve suscitar-se a questão de saber se não devemos refletir, *de iure condendo*, sobre a razoabilidade de introduzirmos uma nova categoria subjetiva ao lado do dolo e negligência, a temeridade, correspondente à *recklessness* anglo-americana, que englobaria as hipóteses de dolo eventual e de negligência consciente. Tal figura, embora pudesse carregar consigo eventuais dificuldades dogmáticas e político-criminais, esbateria, segundo o mesmo Autor, a diferença de ilícito e de culpa entre o dolo eventual e a negligência consciente, fornecendo deste modo uma resposta mais segura às exigências cada vez mais prementes de uma sociedade do risco¹⁴. A construção dogmática da figura da temeridade – que, para Figueiredo Dias, nutriria contributos importantes da doutrina

¹⁰ TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.ª edição, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, p. 333.

¹¹ A regra geral do Código Penal é de que só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência (artigo 13.º).

¹² CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 424 e ss.

¹³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 376.

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 376.

italiana a propósito do crime preterintencional – obrigaria, naturalmente, à edificação de um novo tipo de ilícito e de culpa, ao mesmo tempo que provocaria a reconfiguração do dolo e da negligência, esta última limitada agora à negligência inconsciente. Para autores como Claus Roxin, não existirão dúvidas de que a introdução de uma terceira modalidade subjetiva de prática do facto comportaria uma simplificação na aplicação do Direito, mas isso aconteceria à custa de uma indesejável equiparação entre a decisão de oposição ao bem jurídico e a confiança negligente na sua conservação. Em todo o caso, conclui Claus Roxin, dada a magnitude da tarefa de revisão de toda a parte especial, é extremamente reduzida a possibilidade de a *recklessness* encontrar autonomia na dogmática jurídico-penal continental¹⁵.

Para obtermos maior domínio nesta questão faz-se então necessário empreender uma descrição, ainda que breve, dos conceitos dogmáticos fundamentais constitutivos de crime numa perspetiva anglo-americana, devotando-se especial atenção à *recklessness*.

2. *Actus non facit reum nisi mens sit rea*¹⁶

A conceção tradicional de crime, segundo a doutrina anglo-americana, conduz à conclusão de que existem, em regra, dois elementos mutuamente implicativos: *actus reus* e *mens rea*¹⁷. O primeiro desses elementos constitutivos de um crime, o *actus reus*, compõe-se dos elementos externos: a acção ou omissão, o evento, a consequência ou estado de coisas. O *mens rea*, por seu turno, constrói-se a partir dos elementos mentais ou intrínsecos ao

¹⁵ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 447-448.

¹⁶ Esta secção corresponde a uma versão reduzida e atualizada de um estudo mais completo que pode ser encontrado em PEDRO FREITAS, *O contempt of court inglês como limitação do princípio da publicidade no processo penal*, Lisboa, Rei dos Livros, 2016.

¹⁷ Relevantes, neste domínio, David ORMEROD E KARL LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 50 e ss., Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, Stevens & Sons Ltd, 1978, pp. 29-106, Michael JEFFERSON, *Criminal Law*, 8.^a ed., Longman, 2007, pp. 41-132, Catherine ELLIOTT e Frances QUINN, *Criminal Law*, 7.^a ed., Longman, 2008, pp. 9-33, Jonathan HERRING, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 3.^a ed., Oxford University Press, 2008, pp. 77-212, A. P. SIMESTER, G. R. SULLIVAN, J. R. SPENCER e Graham VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, 4.^a ed., Hart Publishing, 2010, pp. 67-172, James RICHARDSON, *Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice 2010*, Sweet & Maxwell, 2009, parag. 17-1 a 17-134.

agente. Torna-se evidente então que, para que se possa imputar ao agente a prática de um crime, se deva provar (a) a realização de um estado de coisas juridicamente desaprovado e (b) a atitude interna relacionada com essa mesma realização.

A este propósito é comumente citada pela doutrina e jurisprudência inglesas a máxima latina *actus non facit reum nisi mens sit rea*¹⁸ como significativa da exigência de um princípio de coincidência¹⁹, *rectius*, congruência entre o *actus reus* e *mens rea*. Regra básica da punição do agente pela realização de um tipo de crime é, pois, a presença simultânea e coincidente do conjunto de elementos objetivos²⁰ ou externos que conformam o *actus reus* e o *mens rea*²¹ a eles correspondente. Dito de outro modo, “[t]he *actus reus* amounts to a crime only when it is accompanied by the appropriate *mens rea*”²².

2.1.1. *Actus reus*

Glanville Williams²³ afirma que o *actus reus* se esgota nos elementos externos do crime. O mesmo é dizer, o *actus reus* corresponde apenas e só à revelação objetiva do tipo de crime.

¹⁸ Que é habitualmente traduzida como “An act does not make a man guilty of a crime, unless his mind be also guilty”. Vd. David ORMEROD E KARL LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 50 e Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, Stevens & Sons Ltd, 1978, p. 29. Hans-Heinrich JESCHECK, no seu artigo “The Doctrine of Mens Rea in German Criminal Law: Its Historical Background and Present Statute”, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 8, n.º 1, Mar., 1975, p. 115, faz correspondê-la ao nosso bem conhecido princípio *nulla poena sine culpa*.

¹⁹ David ORMEROD E KARL LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 59.

²⁰ Interessante a posição de Paul H. ROBINSON, “Should the Criminal Law Abandon the Actus Reus-Mens Rea Distinction?”, in S. Shute, J. Gardner e J. Horder (eds.), *Criminal Law: Action, Value and Structure*, Oxford University Press, 1993, pp. 187-211, que rejeita a identificação entre elementos objectivos/*actus reus* e elementos subjectivos/*mens rea*, com base no seguinte raciocínio: “What is the unifying characteristic of the *actus reus* requirements? Are they all 'objective' in nature, as the related concept of 'objective elements' might suggest? A circumstance element of an offence may be entirely abstract, such as 'being married' in bigamy or 'without licence' in trespass. Indeed, an 'objective' element may include a purely subjective state of mind, such as the requirement of causing 'fear' in robbery or the requirement in rape that the victim does not 'consent'. The 'subjective' nature of *mens rea* requirements and their common character as 'mental states' are also chequered. Negligence is neither subjective nor a state of mind, of course, but rather a failure to meet an objective standard” (p. 188-189).

²¹ Uma excepção a esta regra residirá nas chamadas *offences of strict liability*.

²² David ORMEROD E KARL LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 59.

²³ Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, Stevens & Sons Ltd, 1978, p. 30.

Apesar da aparente clareza e simplicidade desta conceptualização, nem sempre é fácil, porém, *maxime* para a jurisprudência inglesa²⁴, destrinçar o que pertence ao *actus reus* daquilo que se refere ao *mens rea*. São exemplo disso mesmo aquelas descrições típicas em que são usados verbos como permitir, apropriar ou possuir (*v. g.* droga ou uma arma proibida), que implicam tanto um comportamento, enquanto manifestação externa e objetiva, como também um elemento mental ou subjetivo, um determinado *animus* por parte do agente. Pela necessária coexistência de elementos externos (objetivos) e internos (subjetivos), não se pode dizer que, nestas situações, o *actus reus* consiga revelar-se autonomamente. É necessário, pois, que surja o *mens rea*, enquanto elemento funcionalmente complementar, para que se compreenda e se realize, na sua globalidade, a definição da conduta proibida²⁵.

2.1.2. *Mens rea*

A punição de um agente supõe, em via de princípio, como já anunciámos, a prática culposa (*mens rea*²⁶) de um facto típico e ilícito (correspondente, não sem algumas dúvidas, ao conceito de *actus reus*²⁷). Mas a concreta definição e conteúdo material do conceito de *mens rea* tem suscitado as mais diversas dúvidas na doutrina anglo-americana. Diz-se, aliás,

²⁴ David ORMEROD e Anthony HOOPER, *Blackstone's Criminal Practice 2010*, Oxford University Press, 2009, parag. A1.4.

²⁵ É elucidativo o exemplo, retirado da jurisprudência, que se encontra em David ORMEROD e Anthony HOOPER, *Blackstone's Criminal Practice 2010*, Oxford University Press, 2009, parag. A1.4.: "A person may, for example, possess a controlled drug without realising what it is that he possesses, but he does not possess something which, unknown to him, has become stuck to the sole of his shoe or the blade of his penknife".

²⁶ Entendido como "Schuld" por Hans-Heinrich JESCHECK, "The Doctrine of Mens Rea in German Criminal Law: Its Historical Background and Present Statute", in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 8, n.º 1, Mar., 1975, *passim*.

²⁷ David ORMEROD e KARL LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 56, a propósito da localização sistemática atribuída às causas de justificação e causas de exculpação, dá conta da existência de, pelo menos, três correntes doutrinárias divergentes. A primeira delas, encabeçada por Glanville Williams, inclui no *actus reus* a ausência de qualquer causas de justificação ou causa de exclusão da culpa. A segunda, da qual é expoente David Lanham, procede, por seu turno, a uma autonomização sistemática das causas de exclusão da ilicitude e culpa, advogando uma conceção tripartida do conceito de crime: *actus reus*, *mens rea* e ausência de defesa. Por último, temos Michael Moore que, numa visão aparentemente mais próxima daquela que é adotada em geral pelos ordenamentos jurídico-penais de inspiração alemã, afirma que somente o juízo de (anti)juridicidade do facto típico deve pertencer ao *actus reus*, remetendo as causas de exculpação para um momento metodológica e dogmaticamente posterior.

que “there is no term fraught with greater ambiguity than that venerable Latin phrase that haunts Anglo-American criminal law: *mens rea*”²⁸. Apesar disso, podemos, em primeiro lugar, discernir, pelo menos, dois possíveis conglomerados definitórios para *mens rea*. O primeiro deles obtém-se a partir da tradução que usualmente lhe é lançada: mente culpada (“guilty mind”). Este significado, no entanto, dá azo às mais amplas objeções doutrinárias, sobretudo pela conotação com o (in)cumprimento de normas ou regras morais que pode ser suscitada. Neste aspeto, a doutrina e jurisprudências anglo-americanas são praticamente unânimes ao considerar que o *mens rea* deve ser perspectivado sob um enfoque unicamente legal e não moral²⁹. Um ato imoral nem sempre é ilegal e vice-versa. Veja-se, por exemplo, o que afirma Lord Mustill, no caso *R. v. Kingston* [1995] 2 A.C. 355:

“Each offence consists of a prohibited act or omission coupled with whatever state of mind is called for by the statute or rule of the common law which creates the offence. In those offences which are not absolute the state of mind which the prosecution must prove to have underlain the act or omission - the “mental element” - will in the majority of cases be such as to attract disapproval.

The mental element will then be the mark of what may properly be called a “guilty mind.” The professional burglar is guilty in a moral as well as a legal sense; he intends to break into the house to steal, and most would confidently assert that this is wrong. But this will not always be so. In respect of some offences the mind of the defendant, and still less his moral judgment, may not be engaged at all. In others, although a mental activity must be the motive power for the prohibited act or omission the activity may be of such a kind or degree that society at large would not criticise the defendant's conduct severely or even criticise it at all. Such cases are not uncommon. Yet to assume that contemporary moral judgments affect the criminality of the act, as distinct from the punishment appropriate to the crime once proved, is to be misled

²⁸ George P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, p. 398, 1978 *apud* Michael JEFFERSON, *Criminal Law*, 8.^a ed., Longman, 2007, p. 86.

²⁹ Michael JEFFERSON, *Criminal Law*, 8.^a ed., Longman, 2007, p. 87, William WILSON, *Criminal Law*, 3.^a ed., Longman, 2008, p. 116 e Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, Stevens & Sons Ltd, 1978, pp. 49-50. Contra, Kumaralingam AMIRTHALINGAM, “Caldwell Recklessness Is Dead, Long Live Mens Rea's Fecklessness”, in *The Modern Law Review*, vol. 67, n.º 3, Maio, 2004, p. 494.

by the expression "mens rea," the ambiguity of which has been the subject of complaint for more than a century. Certainly, the "mens" of the defendant must usually be involved in the offence; but the epithet "rea" refers to the criminality of the act in which the mind is engaged, not to its moral character"³⁰.

Assumir esta ideia, o que concedemos³¹, não implica, porém, ou pelo menos não deve implicar, que a ideia de que a culpa jurídico-penal não exprime um juízo de censura do agente pela prática do facto típico e ilícito. Não pode, por isso, dizer-se, como peregrina jurisprudência inglesa, que "*Mens rea* does not (...) involve blameworthiness"³². Tal conclusão resulta, com certeza, de uma explicitação menos bem conseguida da dissemelhança entre aquilo que é censura jurídica e censura moral. Exprima ela, *v. g.*, uma "relação psicológica do agente com o facto no seu significado objectivo, no reflexo espiritual da realidade"³³ – a chamada concepção psicológica da culpa – ou signifique "ter de responder pelas qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade que fundamentam um facto ilícito-típico e nele se exprimem" – na enunciação de Figueiredo Dias³⁴ –, a culpa jurídico-penal é, desde logo, um juízo de censura.

Mas então em que consiste o *mens rea*?

De entre um segundo conglomerado definitório, obtemos vários pensamentos doutrinários onde, no essencial, não são descortinadas divergências de maior. Para Glanville Williams, significa "an intent to do the forbidden act (whether you know it is forbidden or not) or (generally) recklessness to it. Intention includes knowledge. Exceptionally, a statute may, in addition to intention or recklessness, require another mental

³⁰ No mesmo sentido, *R. v. Tolson* (1889) 23 Q.B.D. 168.

³¹ Sobre as finalidades e legitimação da pena criminal, *vd.*, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.^a edição, 2.^a reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 43-85, em especial p. 57.

³² *R. v. Darryl Philip Dodman* [1998] 2 Cr. App. R. 338.

³³ Trad. de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.^a edição, 2.^a reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 511, do texto de Ernst BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 10.

³⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.^a edição, 2.^a reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 525. Para uma melhor compreensão histórica do conceito de culpa jurídico-penal, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.^a edição, 2.^a reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 510-528.

element, namely, a dishonest intent, such as an intent to deceive or defraud, as part of the offence"³⁵. Lord Simon of Glaisdale opta por defini-lo como o "state of mind stigmatised as wrongful by the criminal law which, when compounded with the relevant prohibited conduct, constitutes a particular offence"³⁶. Já Sandord Kadish diz ser "the mental state which is required by the definition of the offence to accompany the act which produces or threatens the harm"³⁷. Finalmente, no entender de David Ormerod e Karl Laird, *mens rea* exprime "the state of mind (intention, recklessness, knowledge, belief, suspicion, wilfulness, malice, etc), required by the particular crime (...)"³⁸³⁹. Facilmente nos apercebemos, a partir da leitura destas definições, que o conceito *mens rea* é um que não se revela de forma unitária, antes se manifesta em vários matizes. De entre as suas várias manifestações, iremos, seguidamente, explicar três: intenção, *recklessness* e negligência⁴⁰.

a) Intenção⁴¹

³⁵ Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, Stevens & Sons Ltd, 1978, p. 50.

³⁶ *DPP v. Majewski* [1977] A.C. 443.

³⁷ Sanford H. KADISH, "The Decline of Innocence", in *The Cambridge Law Journal*, vol. 26, n.º 2, Nov., 1968, p. 274.

³⁸ David ORMEROD E KARL LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 114.

³⁹ Também Nicola LACEY, "A Clear Concept of Intention: Elusive or Illusory?", in *The Modern Law Review*, vol. 56, n.º 5, Set., 1993, p.621, n. 1, define *mens rea* como "the (not entirely happy) umbrella term used by most criminal law scholars to refer to a range of practical attitudes or states of mind on the defendant's part, which form part of the definition of many offences".

⁴⁰ Ao incluirmos a negligência estamos expressamente a optar por aquilo que a doutrina designa por conceito amplo de *mens rea*. Na verdade, admitindo que *mens rea* implica a presença de um estado mental ou uma realidade psíquica do agente, então, a não ser que a ausência de representação seja em si mesma análoga à sua presença, a negligência (inconsciente) pertencerá a uma categoria dogmática autónoma. Cremos que este representa o pensamento doutrinário unânime. Apesar de tudo, a negligência representa uma concreta forma de culpa e, por isso, pode ser integrada num conceito mais amplo de *mens rea*. Cf. David ORMEROD e Anthony HOOPER, *Blackstone's Criminal Practice 2010*, Oxford University Press, 2009, parag. A2.11.

⁴¹ Sobre esta matéria, *vd., inter alia*, Nicola LACEY, "A Clear Concept of Intention: Elusive or Illusory?", in *The Modern Law Review*, vol. 56, n.º 5, Set., 1993, pp. 621-642, Nicola LACEY, "In(de)terminable Intentions", in *The Modern Law Review*, vol. 58, n.º 5, Set., 1995, pp. 692-695, J. C. SMITH, "A Note on Intention", in *Criminal Law Review*, Fev., 1990, pp. 85-91, Itzhak KUGLER, "Conditional Oblique Intention", in *Criminal Law Review*, Abril, 2004, pp. 284-290, Itzhak KUGLER, "The Definition of Oblique Intention", in *Journal of Criminal Law*, vol. 68, n.º 1, Jan., 2004, pp. 79-83, M. KAVENY, "Inferring Intention from Foresight", in *Law Quarterly Review*, n.º 120, Jan., 2004, pp. 81-107, Arfan KHAN, "Intention in Criminal Law: Time to Change?", in *Statute Law Review*, vol. 23, n.º 3, 2002 pp. 235-239, Jeremy HORDER, "Intention in the Criminal Law: A Rejoinder", in *The Modern Law Review*, vol. 58, n.º 5, Set., 1995, pp. 678-691, Alan NORRIE, "Intention – More Loose Talk", in *Criminal Law Review*, Set., 1990, pp. 642-644, Alan NORRIE, "Oblique Intention and Legal Politics", in *Criminal Law Review*, Nov., 1989, pp. 793-807, R. A. DUFF, "Intentions Legal and Philosophical", in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, n.º 1, Primavera, 1989, pp. 76-94, e Glanville WILLIAMS, "Oblique Intention", In *The Cambridge Law Journal*, vol. 46, n.º 3, Nov., 1987, pp. 417-438.

Embora o conceito de intenção⁴² seja porventura aquele que se apresenta imediatamente mais apreensível de entre os diversos graus de culpa em que se decompõe o *mens rea*⁴³, um consenso doutrinário e judicial em torno de uma concreta formulação não foi ainda hoje logrado. De todo o modo são normalmente distinguidas pela doutrina duas classes de intenção: intenção direta⁴⁴ e intenção oblíqua⁴⁵.

A primeira – intenção directa – é constituída por aquelas hipóteses em que a realização do *actus reus* surge como o propósito da conduta do agente⁴⁶. Reconhecida, *cum grano salis*, como equivalente à noção de dolo direto intencional ou de primeiro grau, a intenção direta corresponde, pois, à intensidade volitiva mais nítida e acentuada. Esta modalidade de dolo inclui ainda, segundo David Ormerod e Karl Laird⁴⁷, aquelas situações em que a realização do *actus reus* constitui degrau ou pressuposto necessário para atingir o objetivo último. Por exemplo, A, pretendendo ofender a integridade física do seu inimigo, B, que se encontra dentro de casa, atira uma pedra que, antes de acertar em B, parte o vidro da janela, atrás da qual este se encontrava. O dano ser-lhe-á imputado sob a forma de intenção direta.

Por seu turno, a intenção oblíqua⁴⁸ refere-se aos casos em que a realização do *actus reus* surge não como objetivo último ou intermédio do agente, mas sim como consequência inevitável da sua conduta. A consequência da conduta há-de configurar-se para o autor como “altamente provável” ou “virtualmente certa”⁴⁹. Esta segunda aceção, claramente um critério mais lasso de intenção, denominada intenção oblíqua, parece, a nosso ver, reconduzir-se grosso modo ao conceito de dolo direto necessário ou de segundo grau.

⁴² *Intention*, no original.

⁴³ William WILSON, *Criminal Law*, 3.^a ed., Longman, 2008, p. 122.

⁴⁴ Trad. literal de *direct intention*.

⁴⁵ Trad. literal de *oblique intention*.

⁴⁶ David ORMEROD E KARL LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 118.

⁴⁷ David ORMEROD E KARL LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 121-122.

⁴⁸ Expressão cunhada por BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Burns and Hart, 1970, pp. 86-87 *apud* Glanville WILLIAMS, “Oblique Intention”, In *The Cambridge Law Journal*, vol. 46, n.º 3, Nov., 1987, p. 420.

⁴⁹ David ORMEROD E KARL LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 118, Glanville WILLIAMS, “Oblique Intention”, In *The Cambridge Law Journal*, vol. 46, n.º 3, Nov., 1987, p. 421 e Itzhak KUGLER, “The Definition of Oblique Intention”, in *Journal of Criminal Law*, vol. 68, n.º 1, Jan., 2004, p. 79.

b) *Recklessness*⁵⁰

De entre as formas mais correntes de *mens rea*, a *recklessness* é entendida como um *tertium quid*⁵¹, situado entre a intenção e a negligência (inconsciente)⁵².

Embora dotada de enorme importância prática, por constituir amiúde, relativamente à intenção, uma alternativa típica de responsabilização jurídico-penal de um agente, a precisa noção de *recklessness* encontra-se apesar disso (e talvez por isso mesmo) envolta em acesa discussão jurisprudencial e académica. *R. v. Cunningham*⁵³, *R. v. Caldwell*⁵⁴, *R. v. Lawrence*⁵⁵ e *R. v. G.*⁵⁶ são comumente apontados como marcos jurisprudenciais que, pela sua importância no tratamento jurídico-penal deste conceito, contribuíram de modo decisivo para a sua modelação.

Os casos de *recklessness* são aferidos de acordo com um *standard* judicial denominado *Cunningham recklessness*. Este teste deve o seu nome a Roy Cunningham, um indivíduo que, pretendendo furtar dinheiro que se encontrava no interior de uma casa desocupada, danificou um contador de gás, provocando uma fuga de gás. O gás, que foi vazando, colocou em perigo a vida de um vizinho que se encontrava a dormir. Do seu julgamento⁵⁷, do qual resultaria aliás a sua absolvição, sobressaiu um critério de avaliação segundo o qual *recklessness* supõe que o agente represente a existência de um risco de produção de um resultado típico e tome esse risco. Assim, para que Cunningham pudesse ser responsabilizado criminalmente fazia-se necessário que a acusação provasse, desde logo, que o agente representou o risco de que o gás poderia vir a ser inalado por alguém. Não é

⁵⁰ Categoria dogmática cuja nomenclatura poderá ser traduzida, grosso modo, por imprudência ou temeridade.

⁵¹ Greg TAYLOR, "Concepts of Intention in German Criminal Law", in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n.º 1, 2004, p. 102.

⁵² Cf. Dan W. MORTEL, "On the Distinction between Recklessness and Conscious Negligence", in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 30, n.º 2, Primavera, 1982, p. 326. Por isso, é natural que, ao comparar com os conceitos existentes na dogmática jurídico-penal alemã, o Autor infira: "In view of the foregoing it is clear that the recklessness standard of Anglo-American law covers the scope of both *dolus eventualis* and *bewusste Fahrlässigkeit* (...)".

⁵³ [1957] 2 All ER 412.

⁵⁴ [1982] A.C. 341.

⁵⁵ [1982] A.C. 510.

⁵⁶ [2004] 1 A.C. 1034.

⁵⁷ *R. v. Cunningham* [1957] 2 All ER 412.

suficiente dizer que, dadas as circunstâncias, o agente deveria tê-lo representado. Como assevera David Ormerod e Karl Laird⁵⁸, “[i]t is a subjective form of *mens rea* focused on the defendant’s own perceptions of the existence of a risk” – devido ao seu entono subjetivo esta conceção é conhecida também por *subjective recklessness*. A afirmação do *recklessness* não é afastada mesmo que a apreciação do risco, uma vez presente na consciência do agente, seja suprimida ou afastada, v.g. por razões estéticas.

Importante ainda referir que nem todos os riscos fundamentam o *recklessness*⁵⁹, pois que, em certas ocasiões, o agente representa o risco como significativamente diminuto, razão pela qual se justificará tomá-lo ou assumi-lo. Noutras ocasiões, apesar do risco ser de elevado carácter, a punibilidade por *recklessness* será excluída por força da utilidade ou conveniência social da conduta. Neste particular, a utilidade social da conduta e a probabilidade ou gravidade da conduta serão analisadas à luz de um critério objetivo, o de saber se um indivíduo prudente e razoável tomaria a mesma opção.

A conceção subjetivista, que, como iremos ver, ainda hoje preside à construção dogmática do conceito de *recklessness*, nem sempre logrou ser doutrinal e jurisprudencialmente aceite, na medida em que, durante mais de duas décadas, a jurisprudência anglo-americana tomou um rumo muito diferente nesta matéria. De facto, em *R. v. Caldwell*⁶⁰, *R. v. Lawrence*⁶¹, volvidos cerca de vinte e cinco anos sobre *R. v. Cunningham*, sustentou-se que, quando a conduta do agente tenha resultado no dano de propriedade alheia, *recklessness* existiria se “(1) he does an act which in fact creates an obvious risk that property will be destroyed or damaged” e “(2) he either has not given any thought to the possibility of there being any such risk⁶² or has recognised that there was some risk involved and has nonetheless gone on to do it⁶³” (negrito nosso). A partir daqui fica óbvia a possível incursão numa generalização da capacidade de representar o risco de dano criado pela conduta do agente,

⁵⁸ David ORMEROD E KARL LAIRD, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 130.

⁵⁹ David ORMEROD E KARL LAIRD, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 131.

⁶⁰ [1982] A.C. 341.

⁶¹ [1982] A.C. 510.

⁶² Conhecido doutrinalmente como *inadvertent recklessness*.

⁶³ Apelidado *advertent recklessness*.

operada a partir de um padrão de “homem sensato” ou “homem razoável”. Não era exigível que, em concreto, o agente houvesse representado o risco, mesmo que tal falta de representação adviesse de uma qualquer incapacidade. O critério definidor de *recklessness* era, portanto, em última instância, um critério objetivo que não tinha em linha de conta as capacidades individuais detidas pelo agente.

Esta solução, porém, levantou sérias reservas por parte de académicos, magistrados, *solicitors* e *barristers*, chegando-se mesmo a considerá-la como um dos mais duros golpes infligidos ao direito criminal⁶⁴ que nada mais serviria senão para “confound judges and juries, be a bane to law students, and add to the incomes of practitioners, for some time to come”⁶⁵.

Em 2004, *R. v. G.* veio repor o critério sustentado em *R. v. Cunningham*. No caso estavam em causa duas crianças, de 11 e 12 anos respetivamente, que haviam ateado fogo a uns jornais nas traseiras de uma loja. O fogo acabaria por alastrar-se à loja e provocar prejuízos na ordem de um milhão de libras. Nenhum dos agentes equacionou a hipótese de o fogo provocar esses prejuízos, pois, partiram do pressuposto que os jornais iriam simplesmente ficar consumidos pelo fogo.

Do colectivo foi Lord Bingham o mais assertivo em responder afirmativamente a uma mudança que há muito vinha sendo reclamada pelos vários sectores da justiça inglesa em relação a um cânone judicial tido como “injusto”. A sua conclusão foi particularmente transparente ao declarar que o seu ponto vista sobre a questão era coincidente com o que se pode encontrar na Cláusula 18(c) do *Criminal Code Bill* incluso no *Report on Criminal Law: A Criminal Code for England and Wales and Draft Criminal Code Bill*⁶⁶, isto é, “[a] person acts recklessly (...) with respect to—(i) a circumstance when he is aware of a risk that it exists or

⁶⁴ Glanville WILLIAMS, “Recklessness Redefined”, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 40, n.º 2, Nov., 1981, p. 283. No mesmo sentido, David IBBETSON, “Recklessness Restored”, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 63, n.º 1, Mar., 2004, p. 13.

⁶⁵ Glanville WILLIAMS, “Recklessness Redefined”, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 40, n.º 2, Nov., 1981, p. 283.

⁶⁶ Correspondente a uma das já várias tentativas de edificação de um Código Penal para Inglaterra e País de Gales. Cf. REINO UNIDO, LAW COMMISSION, *Report on Criminal Law: A Criminal Code for England and Wales and Draft Criminal Code Bill*, vol. 1, Her Majesty’s Stationery Office, 1989.

will exist; (ii) a result when he is aware of a risk that it will occur; and it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk"⁶⁷.

Um outro ponto da exposição de *Lord Bingham* merece aqui ser salientado. A certo ponto da argumentação expendida perante a *House of Lords* colocou-se a questão de saber se era defensável a ideia de que o *Caldwell test, recklessness* na forma acima referida, podia ser aplicado de forma mitigada, *rectius*, medianamente concretizada ou subjetivada, tomando como padrão crítico não o homem adulto razoável, mas, dado que os agentes tinham cerca de 12 anos de idade, a criança razoável e prudente de idade idêntica. *Lord Bingham* refutou terminantemente essa possibilidade por considerar que tal solução apenas carregaria consigo mais dificuldades de interpretação e aplicação e, sobretudo, porque seria abalado o princípio de que a condenação supõe a prova da culpa individual e pessoal do agente. A aporia esboçada, se bem compreendemos, estava em que o conteúdo material da culpa jurídico-penal tornar-se-ia resultado de uma lógica normativa que, não obedecendo ao real do indivíduo, às suas singulares características e qualidades, levaria a quebrantar o vínculo que entre ele e a culpa deve existir.

Mas, por outro lado, será político-criminalmente defensável um critério em que a comprovação da representação do risco depende em muito (quando não exclusivamente) das declarações do agente? Não é disto que se trata quando se fala em critério subjetivo?

Lord Bingham, em *R. v. G.*, não duvida que os jurados sejam perfeitamente capazes de enfrentar as dificuldades colocadas pela adoção de um tal critério:

“There is no reason to doubt the common sense which tribunals of fact bring to their task. In a contested case based on intention, the defendant rarely admits

⁶⁷ Apesar de ter base subjetiva, se assim podemos dizer, o critério de aferição de *recklessness* aqui retratado é parcialmente objetivo, na precisa medida em que, para além da comprovação de que o agente representou a existência de um risco de produção de um resultado típico, necessário se torna verificar se a sua atuação se manteve ou não dentro da medida de risco permitido. Segundo David ORMEROD e Anthony HOOPER, em *Blackstone's Criminal Practice 2010*, Oxford University Press, 2009, parag. A 2.5., “[t]he accused's awareness is only relevant as to the level of the risk, not as to its reasonableness”. Estamos em crer que esta apreciação de razoabilidade e sensatez na atuação do agente que criou ou potenciou o risco implica, sobretudo, perceber se, atentas as circunstâncias concretas, o mesmo se reconduz ainda a um conjunto de riscos permitidos numa sociedade que, hoje em dia, não pode ser corretamente perspectivada sem que se apele à consabida expressão de Ulrich Beck: *Risikogesellschaft* ou “sociedade do risco”. Cf. Ulrich BECK, *Risk society: towards a new modernity*, Sage Publications, 1992, pp. 19 e ss.

intending the injurious result in question, but the tribunal of fact will readily infer such an intention, in a proper case, from all the circumstances and probabilities and evidence of what the defendant did and said at the time. Similarly with recklessness: it is not to be supposed that the tribunal of fact will accept a defendant's assertion that he never thought of a certain risk when all the circumstances and probabilities and evidence of what he did and said at the time show that he did or must have done”.

Ao júri caberá, portanto, a tarefa de indagar se houve ou não por parte do agente consciência ou representação de um certo risco, a partir dos factos apresentados em sede de audiência e tendo sempre por base as suas capacidades e características biopsicológicas individuais.

Este otimismo não é, no entanto, partilhado por todos. A busca de uma solução de compromisso entre *Cunningham* e *Caldwell*, mesclando o que de mais proveitoso pode ser retirado de cada destes critérios, tem levado determinada doutrina a aventar outros critérios definidores de *recklessness*⁶⁸: para uns, a não representação ou má representação do risco não é motivo bastante para afastar a imputação jurídico-penal a título de *recklessness*, pelo contrário, é seu fundamento caso a existência do risco fosse intelectualmente cognoscível pelo agente, isto é, se, tendo em conta as capacidades do agente, o risco fosse por ele reconhecível⁶⁹ - *conditionally subjective test*; enquanto para outros, conjeturando um teste denominado de indiferença prática, apenas se verifica *recklessness* quando se comprova que a conduta do agente traduz uma atitude íntima de indiferença prática para com interesses de terceiros, independentemente de existir a representação de um risco da sua lesão⁷⁰.

⁶⁸ David IBBETSON, “Recklessness Restored”, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 63, n.º 1, Mar., 2004, p. 15.

⁶⁹ Cf. Glanville WILLIAMS, “Recklessness Redefined”, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 40, n.º 2, Nov., 1981, *passim* e David ORMEROD e Anthony HOOPER, *Blackstone’s Criminal Practice 2010*, Oxford University Press, 2009, parag. A 2.6.

⁷⁰ R. A. DUFF, *Intention, Agency, and Criminal Liability*, Basil Blackwell, 1990, p. 172 *apud* David ORMEROD E KARL LAIRD, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 14.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 138, n. 155.

Em suma, no estado atual do direito anglo-americano, aferir a existência de *recklessness* envolve saber 1) se o agente previu o risco de preenchimento do *actus reus* e 2) se era razoável para o agente tomar esse risco perante as circunstâncias que lhe eram conhecidas⁷¹.

c) Negligência⁷²

A negligência, diferentemente do que se passa com a intenção e *recklessness*, não assume um relevo político-criminal e dogmático assaz significativo. Aliás, a decisão de punir criminalmente os comportamentos negligentes levanta, ainda hoje, por parte da certa doutrina anglo-americana, sérias reservas. Para Jerome Hall, por exemplo, a “penalisation for negligent behaviour (regardless of capacity) is an unwarranted repudiation of the principle of *mens rea*; and that although the objective standard is defensible in private and in corrective law, it is invalid in penal law”⁷³. A rejeição da penalização da conduta negligente, no entendimento dos defensores desta perspectiva, justifica-se por três razões⁷⁴: de base histórica, dado que a maioria dos ordenamentos jurídico-penais modernos tem restringido progressivamente o âmbito de punição das condutas negligentes; de finalidade utilitarista da pena, na medida em que a pena só serve como instrumento de prevenção quando em causa esteja um comportamento deliberado e consciente⁷⁵ - nestes casos de conduta negligente é certo que a vontade do agente não se dirige à realização do *actus reus*;

⁷¹ David ORMEROD e KARL LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 129.

⁷² Cf. George P. FLETCHER, “The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis”, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 119, n.º 3, Jan., 1971, pp. 401-438 e Glanville WILLIAMS, “Mens Rea and Negligence”, in *The Modern Law Review*, vol. 16, n.º 2, Abr., 1953, pp. 231-232.

⁷³ Jerome Hall, *Principles of Criminal Law*, Bobbs-Merrill, 1947, p. 333 *apud* J. R. SPENCER e Marie-Aimée BRAJEUX, “Criminal liability for negligence – a lesson from across the Channel?”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, Jan., 2010, pp. 1-24.

⁷⁴ Seguimos, *cum grano salis*, a exposição de J. R. SPENCER e Marie-Aimée BRAJEUX, “Criminal liability for negligence – a lesson from across the Channel?”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, Jan., 2010, p. 19.

⁷⁵ Defensor desta corrente de pensamento, Jerome HALL, “Negligent Behavior Should Be Excluded from Penal Liability”, in *Columbia Law Review*, vol. 63, n.º 4, Abr., 1963, p. 641-642, sobretudo quando afirma: “In any event, no evidence whatever supports the assumption that, in some mysterious way, insensitive negligent persons are improved or deterred by their punishment or that of other negligent persons”.

e de justiça material, porque se vai demasiado longe ao se possibilitar a punição de agentes que nada podiam fazer para evitar a consumação do ilícito.

Significativa franja dos Autores contemporâneos, sobretudo a partir Herbert Hart⁷⁶, não segue a mesma linha de raciocínio e admite, ainda que somente em circunstâncias excepcionais, a punição do agente a título de negligência. Veja-se Glanville Williams ao crer que, de um ponto de vista de prevenção geral e especial, se justifica a decisão político-criminal de se punir a conduta negligente⁷⁷, acrescentando ainda: “Responsibility is for negligence is therefore exceptional for the more serious crimes. There would be much to be said for enacting that no one should be sent to prison on account of negligence”⁷⁸. Por seu turno, J. R. Spencer e Marie-Aimée Brajeux, ao mesmo tempo que relatam ser prática judiciária a responsabilização jurídico-penal a título negligente e consequente aplicação de pena de prisão em determinados tipos de *manslaughter*, patenteiam alguma apreensão quanto à possível introdução de cláusula geral de punição do agente que negligentemente mate ou ofenda a integridade física de outrem, pois tal significaria, diante da tradicional falta de sensibilidade dos tribunais ingleses para o recurso a penas substitutivas, que de resto apenas vem acompanhar os apelos da sociedade no sentido de uma efetiva e visível punição do criminoso, um aumento exponencial da população prisional à custa de agentes em relação aos quais se assesta uma culpa substancialmente mais reduzida⁷⁹.

Num outro ponto parece haver larga concordância doutrinal: “A person is negligent if he fails to exercise such care, skill or foresight as a reasonable man in his situation would exercise”⁸⁰. Assim, age negligentemente aquele que, ao não proceder com o cuidado devido, fica aquém do comportamento que um homem prudente, consciencioso e razoável assumiria em idêntica situação. A negligência corresponde, portanto, neste ponto de vista,

⁷⁶ H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2008.

⁷⁷ Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, Stevens & Sons Ltd, 1978, pp. 46-48.

⁷⁸ Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, Stevens & Sons Ltd, 1978, p. 48.

⁷⁹ Cf. J. R. SPENCER e Marie-Aimée BRAJEUX, “Criminal liability for negligence – a lesson from across the Channel?”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, Jan., 2010, pp. 23-24.

⁸⁰ REINO UNIDO, LAW COMMISSION, *Report on Criminal Law: Report on the Mental Element in Crime*, Her Majesty’s Stationery Office, 1978, p. 34, REINO UNIDO, LAW COMMISSION, *Working Paper on Codification of the Criminal Law: General Principles – The Mental Element in Crime*, Her Majesty’s Stationery Office, 1970, pp. 57-63, James RICHARDSON, *Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice 2010*, Sweet & Maxwell, 2009, parag. 17-43 e William WILSON, *Criminal Law*, 3.^a ed., Longman, 2008, p. 136.

a uma violação de um *standard* objetivo⁸¹ de comportamento. Um *standard* que convoca o *homo juridicus*: o homem prudente, razoável e fiel aos valores do Direito. No entanto, autores há que, para além deste elemento concretizador do *standard* devido, assinalam igualmente o respeito pelas normas jurídicas e técnicas⁸².

Questão sobre a qual não se oferecem dúvidas tem que ver com a inexistência da representação por parte do agente do risco de produção do facto típico. Nas palavras de J. Turner, a negligência

“indicates the state of mind of the man who acts *without adverting* to the possible consequences of his conduct; he *does not foresee* those consequences. The word further indicates that he is in some measure in fault, and that we should expect an ordinary, reasonable, man to foresee the possibility of the consequences and to have regulated his conduct so as to avoid them”⁸³.

Facilmente se compreende o carácter unitário da negligência, que abrange somente a negligência inconsciente, se não se olvidar o alcance dogmático concedido à *recklessness*, em relação ao qual nos referimos no ponto anterior.

4. *Zeitgeist* no direito penal continental

Poder-se-á afirmar, com mediana segurança, que a resposta à questão de onde se situa a fronteira entre dolo eventual e negligência consciente tem gravitado, no direito penal

⁸¹ Claramente minoritária é a posição de Helbert Hart que advoga a indispensabilidade de serem colocadas, de forma sucessiva, duas questões: “Did the accused fail to take those precautions which any reasonable man with normal capacities would in the circumstances have taken?” e “Could the accused, given his mental and physical capacities, have taken those precautions?”. Apenas com a resposta afirmativa a ambas as questões se abriria então espaço para a punição do agente a título negligente – ao incluir uma dupla valoração, o critério deixa, portanto, de ser puramente objetivo. *Vd. H. L. A. HART, Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2008, p. 154.

⁸² Cf. REINO UNIDO, LAW COMMISSION, *Working Paper on Codification of the Criminal Law: General Principles – The Mental Element in Crime*, Her Majesty’s Stationery Office, 1970, pp. 57-59.

⁸³ J. W. C. TURNER, “The Mental Element in Crimes at Common Law”, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 6, n.º 1, 1936, p. 39.

continental, em torno de duas grandes teorias que agregam, em si, numerosas variações: a teoria da aprovação ou consentimento e a teoria da probabilidade⁸⁴.

A primeira das teorias coloca o acento tónico na componente volitiva, sendo nessa medida uma teoria da vontade. É a esta que se recorre quando se sustenta que a diferença entre dolo eventual e negligência consciente está em saber se o agente consentiu, aceitou ou aprovou interiormente a possibilidade do resultado se produzir.

A teoria da probabilidade⁸⁵ centra a questão essencialmente no plano cognitivo ou intelectual. Para os defensores das teorias da probabilidade o critério decisivo reside, não apenas na possibilidade, mas no grau de probabilidade de produção do facto típico que o agente representou. Se esta for elevada no quadro da representação do agente, afirma-se a presença do dolo eventual, caso contrário estaremos perante a negligência consciente. É completamente indiferente a concreta atitude interna do agente relativamente à possibilidade de realização do facto.

Qualquer uma destas teorias não está isenta de críticas e, perante as contínuas dificuldades, sobreveio uma teoria mista ou eclética⁸⁶, que mereceu e merece amplo acolhimento na doutrina alemã, mas não só, apelidada de teoria da conformação. No essencial, descobrem-se nesta teoria fortes traços cognitivos e volitivos, pois faz depender a afirmação do dolo da circunstância de o agente tomar a sério a possibilidade de realização do facto típico e se conformar com essa possibilidade⁸⁷. Neste contexto, tomar a sério corresponderá a contar com a possibilidade do delito, enquanto conformação existirá se o agente se resignar perante essa possibilidade, mesmo que lhe pareça indesejável⁸⁸.

⁸⁴ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2015, p. 272 e ss. Essencialmente no mesmo sentido, FRANCISCO MUÑOZ CONDE e MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª edição, Valência, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 271 e DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª edição, Valência, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 250.

⁸⁵ Faz-se necessária uma chamada de atenção para a circunstância de falta de consenso sobre a categorização e significado das teorias da representação, possibilidade e probabilidade, sendo descortinadas três opções doutrinárias: 1) equivalência entre teoria da possibilidade e teoria da representação; 2) equivalência entre teoria da probabilidade e teoria da representação; 3) teoria da possibilidade e teoria da probabilidade como modalidades da teoria da representação. Cf., sobre este assunto, DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª edição, Valência, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 248.

⁸⁶ DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª edição, Valência, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 250.

⁸⁷ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2015, p. 274.

⁸⁸ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2015, p. 274.

Recorrendo à fórmula de Claus Roxin⁸⁹, “há que afirmar o dolo eventual quando o sujeito conta seriamente com a possibilidade de realização do tipo, mas apesar disso segue atuando para alcançar o fim almejado, e se resigna assim (...) a uma eventual realização de um delito, conforma-se com ela. Pelo contrário, atua com negligência consciente quem nota a possibilidade de produção do resultado, mas não a toma a sério e, conseqüentemente, não se resigna a ela, confiando negligentemente na não realização do tipo”.

Parece evidente que embora esta teoria possua um substrato material medianamente distinto das teorias que se situam a seu montante, e que, por essa razão, a elevam a uma alternativa teórica razoável, não passa incólume a uma certa imprecisão terminológica reconhecida aliás por quem a sufraga. Claus Roxin, por exemplo, afirma que a “delimitação segundo os pares conceituais «tomar a sério – negligência ou ligeireza», «resignar-se a – confiar em» impôs-se hoje na doutrina científica, na qual, junto a tomar a sério o resultado e a resignar-se com ele, se mencionam frequentemente como critério do dolo eventual o «contar» com o resultado ou «conformar-se com» ele. As combinações e matizações realizadas pelos diferentes autores na aplicação das caracterizações em forma de lemas são mais de natureza linguística que material”⁹⁰. A isto acresce a dificuldade de tradução de subtilezas linguísticas alemãs que, por exemplo, em expressões como *Inkaufnehmen* ou *Inkaufnahme des Erfolges*, nucleares nesta matéria, originaram uma miríade de correlativos terminológicos como conformar-se, tomar em consideração, resignar-se ou aceitar o resultado tal qual como aparece⁹¹. Naturalmente que o problema não residirá

⁸⁹ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 427.

⁹⁰ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 428.

⁹¹ Dão conta desta dificuldade Luzón Peña, García Conlledo e Vicente Remesal, a propósito da tradução do tratado de Claus Roxin, em CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 428, bem como Jesús-María Silva Sánchez, na tradução de BERND SCHÜNEMANN (ed.), *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Estudios en Honor de Claus Roxin en su 50.º Aniversario*, Madrid, Editorial Tenos, 1991, p. 69. Socorrendo-se de estudos de Gimbernat e Mir Puig, Jesús-María Silva Sánchez dá conta que a expressão *Inkaufnahme des Erfolges* se refere, na sua etimologia, ou à argúcia de certos comerciantes que, querendo maximizar as suas vendas, vinculam a venda de mercadorias desejadas pelo cliente à condição de que este adquira outros com pouca procura, tendo este que sopesar na decisão de comprar a mercadoria deseja aquelas mercadorias que não deseja; ou às situações em que um indivíduo avalia os prós e contras de comprar uma coisa cujas características não correspondem integralmente àquilo que desejava.

fundamentalmente no exercício de tradução, quanto na polissemia da expressão usada que permite, aliás, não apenas uma tradução, sempre correta, em palavras diferentes, mas também a sua substituição por outras palavras praticamente idênticas na língua nativa em que a mesma se enquadra. Este último fenómeno é visível nos escritos de penalistas alemães que, desejando evitar a repetição terminológica ou com o ensejo de edificarem uma teoria supostamente diferenciadora, recorrem a expressões diferentes, querendo materialmente afirmar praticamente o mesmo que os restantes autores. Assistimos por isso, a mais das vezes, a um contínuo exercício de formulação terminológica dos critérios distintivos entre dolo eventual e negligência consciente que dificilmente contribuirá para uma interpretação e aplicação consistentes neste domínio.

Perante isto não deixamos de acompanhar aqueles que, olhando para outras paragens jurídicas, colocam pelo menos a necessidade de analisar com maior profundidade os conceitos que aí emergem, para, mais do que assimilá-los tal como foram originariamente formulados, o que seria imprudente atendendo logo às dissimilitudes na construção dogmática do facto punível, desbravarmos novos caminhos dogmáticos que possam, de algum modo, contribuir para uma maior solidez do edifício político-criminal e dogmático que une toda uma comunidade jurídica, da qual fazemos parte. O nosso intento, neste local, foi tão-somente o de, por um lado, expor as coordenadas essenciais do problema e, por outro, analisar o *status quo* anglo-americano neste domínio. Se este nosso pequeno contributo der ânimo, por mínimo que seja, a que se pense o problema para além dos cânones em que tradicionalmente nos movemos, daremos por cumprido o nosso objetivo.

5. Considerações finais

A questão da distinção entre o dolo eventual e a negligência consciente é um dos eternos problemas da dogmática jurídico-penal que se revela aparentemente impossível de agregar consenso doutrinário. Naturalmente que não podemos ser, de todo, insensíveis à dificuldade expressa pelos mais diversos Autores em expressar adequadamente “um fenómeno psicologicamente muito subtil e frequentemente norteador por tendências

irracionais e apenas relativamente conscientes”⁹². Mas conformarmo-nos significa permanecermos dependentes de meras aproximações a este “fenómeno”, aproximações essas que têm um impacto significativo na vida das pessoas que se apresentam a juízo. Talvez não esteja completamente errado Greg Taylor quando, a propósito de um estudo comparado sobre o conceito de intenção, denota que “uma diferença cultural notável entre os dois debates na Alemanha e em Inglaterra é a quase ausência completa de filósofos e psicólogos – que poderiam ser úteis sobretudo na definição do elemento volitivo do *dolus eventualis* (...) – no debate alemão. (...) O que acontece é que os académicos do direito tendem a ser também filósofos e a inventar a sua própria psicologia. Isto não é, porém, tão mau quanto aparenta atendendo ao papel tradicional do académico jurista alemão, que vai muito além da simples sistematização e explanação do direito e inclui debates bastante refinados sobre conceitos fundamentais”⁹³. De facto, para além de poder ser proveitoso o estudo dos pensamentos e debates jurídicos de outros sistemas jurídicos, a falta de sucesso dos juristas alemães numa concreção definitiva do dolo, que é apontada por este Autor, deve ao menos levar-nos a um questionamento mais amplo sobre a investigação científica no direito e a sua tendencial impermeabilidade diante de outras ciências⁹⁴. Implicará isto uma mudança radical do paradigma instalado na nossa academia, não temos dúvidas: os académicos do direito, mais do que outros, desde sempre se caracterizaram por um duplo confinamento, quer em relação às demais ciências, quer em relação aos seus próprios pares. Talvez seja altura da “globalização” impregnar definitivamente o direito.

⁹² CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 427.

⁹³ Greg Taylor, The Intention Debate in German Criminal Law, *Ratio Juris*. Vol. 17 No. 3 September 2004, p. 374.

⁹⁴ Greg Taylor, The Intention Debate in German Criminal Law, *Ratio Juris*. Vol. 17 No. 3 September 2004, p. 374.

A AFINIDADE – BREVE CONSIDERAÇÃO

*Rossana Martingo Cruz**

Resumo

A ideia de família vai evoluindo com as transformações sociais, políticas e económicas. Mesmo as fontes jurídico-familiares tradicionais, presentes no elenco do artigo 1576.º do Código Civil, não se mantêm inalteradas e incólumes à passagem do tempo e às conceções sociais dominantes. A afinidade é um desses casos. Este vínculo familiar tem poucos efeitos, mas não deixa de merecer uma breve reflexão.

Palavras-chave

Afinidade; família; fontes jurídico-familiares; relações jurídicas familiares.

Sumário

a) Introdução; b) A evolução de família para ‘famílias’ c) Noção legal de afinidade; d) Afins e não afins – qual o propósito? e) Conclusão

a) Introdução

A noção de família já há muito ultrapassou o paradigma apresentado pelo estreito elenco do artigo 1576.º do Código Civil¹. As fontes familiares jurídicas vão para além daquelas ali configuradas – o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Desde logo, a união de facto e o apadrinhamento civil assumem hoje uma conformação jurídico-familiar indubitável². Mas não é o ultrapassado elenco do artigo 1576.º que pretendemos endereçar

* Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho e Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

¹ Salvo indicação em contrário, todos os preceitos legais reportam-se ao Código Civil.

² Figuras tratadas, respetivamente, na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, e na Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro.

neste ensejo. Gostaríamos de atentar numa relação familiar presente naquele preceito e que, não raras vezes, é alvo de algum esquecimento ou desinteresse jurídico: a afinidade.

Atendendo aos seus parcos efeitos – principalmente quando comparados com aqueles que derivam das outras relações já referidas (mesmo aquelas não compreendidas no rol do artigo 1576.^o) – há quem questione a pertinência da sua existência ou manutenção. É esta a reflexão que gostaríamos de fazer hoje, analisando a evolução do conceito e a sua utilidade nos dias de hoje.

b) A evolução de família para ‘famílias’

A definição de família, bem como a sua perceção, vai sendo moldada pela evolução social, política, demográfica e, até, económica³. Atendendo à sua natureza metamórfica permanente não é simples alvitrar uma noção jurídica da mesma. A ideia de família muda com o passar do tempo⁴ e de acordo com o progresso da sociedade⁵. Daí a já conhecida expressão de que não devemos falar em família, mas sim *famílias*⁶.

³ «A família tradicional, a que tanto se alude no debate jussociológico, é filha disruptiva da revolução industrial e os valores tradicionais a que os Velhos do Restelo de todas as idades se agarram, são os mesmos que defendiam que a mulher se devia subjugar ao homem, que o europeu caucasiano tinha o direito de colonizar, escravizar e aniquilar outras raças e explorar os territórios em todo o mundo, que os católicos tinham o direito de evangelizar, através do saque e da perseguição quem cultivava outros credos.» HUGO CUNHA LANÇA, «Procriação Medicamente Assistida», Verbo Jurídico, p. 6, disponível em www.verbojuridico.net, consultado em 29 de julho de 2016.

⁴ Para a evolução do conceito de família desde o Direito Romano e Peninsular à Constituição de 1933, vide FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *Direitos de família*, vol. I *Constituição do estado de casado*, 3^a ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1949, pp. 1 e segs.

⁵ Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi evoluindo na sua interpretação considerando que o artigo 8.^o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (direito ao respeito pela vida privada e familiar) não se refere somente à família matrimonializada (art.^o 12.^o da Convenção), mas também a outras formas de vida em comum. A este propósito, consultar CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, «De facto relationships as a new family form in the jurisprudence of the European Court of Human Rights», *International Family Law*, March 2014, pp. 21 e segs.. Do mesmo modo, «Assim, na interpretação do art.^o 8.^o da Convenção, o Tribunal tem feito coexistir a definição tradicional de família, fundada no casamento, e a definição alargada, alicerçada em laços familiares factuais que unem a família natural. (...) Assinale-se, todavia, que o reconhecimento das famílias naturais não implica, para os Estados, a assumpção da obrigação de equiparar o estatuto das uniões de facto ao estatuto do casamento.» SUSANA ALMEIDA, *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 71.

⁶ Neste sentido, ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 44. Na mesma esteira, sociólogos britânicos sugeriram substituir «the family» por «family practices». Na Alemanha também se preconiza a mudança para *formas de*

Sem prejuízo, o legislador ordinário apresenta um elenco de relações jurídico-familiares no artigo 1576.^o: o casamento, a adoção, o parentesco e a afinidade⁷.

Embora nos foquemos no suporte legal da família, não se ignora que a família antecederá o Direito escrito⁸, na medida em que o Homem sempre se organizou em agregados de carácter familiar. Agregados esses que foram sofrendo alterações ao longo dos tempos até às configurações que reconhecemos hoje⁹. Reiteramos a ideia: mais do que falar em família, deveríamos dizer *famílias*¹⁰.

A amplitude constitucional parece ser suficientemente acolhedora para diferentes realidades de índole familiar. Aliás, é esse o reconhecimento plasmado no artigo 67.^o da Constituição da República Portuguesa de que a família é uma realidade meta-jurídica, uma célula fundamental da sociedade que possui interesses próprios¹¹.

vida («Lebensformen»). «In both cases the plural form replaced the singular.» ILONA OSTNER, «Cohabitation in Germany – Rules, Reality and Public Discourses», *International journal of Law, Policy and the Family*. Vol. 15, N.º 1, Oxford, Oxford Univ. Press, 2001, p. 91.

⁷ Veja-se, a este propósito, a norma do Código Civil catalão («Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia») que, no seu artigo 231.^o-1, com a epígrafe «La heterogeneidad del hecho familiar», estabelece que: «1. La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes. 2. Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor.»

⁸ (...) [N]ão deixo de sublinhar que a Família preexiste ao Direito escrito e tem uma ordenação jurídica íntima e própria. O legislador deveria reconhecê-la, sem impor um conjunto de valores, nem se limitar a descrever uma factualidade ou a remeter para uma disciplina a criar pelas próprias famílias. RITA LOBO XAVIER, *Ensinar Direito da Família*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2008, p. 59. No mesmo sentido, «Ya hemos visto que al ser la familia una institución jurídica, se encuentra regulada no solamente por el Derecho natural, sino también y en abundancia por la legislación positiva.» HÉRNAN CORRAL TALCIANI, «La convivencia sin matrimonio: ¿familia de hecho?», in *Familia y Derecho, Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 1995, p. 34.

⁹ Cfr. MARY ANN GLENDON, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV (Persons and Family), Tübingen, J.C.B. Mohr Siebeck, 2006, p. 4. A este propósito, cfr. ainda GUILHERME DE OLIVEIRA, «Queremos amar-nos e não sabemos como!», in *Temas de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 334.

¹⁰ Cfr. LETICIA GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos Familiares – una construcción desde el derecho de familia*, Madrid, Editorial Reus, 2006, p. 21. «Assim, a família vai progressivamente dando lugar às famílias» SUSANA ALMEIDA, *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, cit., p. 159

¹¹ «(...) [A] família não é em si uma pessoa jurídica, colectiva, portadora de interesses diferentes da comunidade dos seus membros.(...) A família é uma comunidade particularmente propícia à realização pessoal de certas pessoas (os cônjuges, os parentes, os afins...), mas não uma entidade diferente destes e muito menos superior ou soberana.» DIOGO LEITE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ CAMPOS, *Lições de Direito da Família*, 3.^a ed. Revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2017, p. 23.

Como tal, o Direito da Família terá igualmente de ser capaz de progredir de acordo com a evolução do conceito sob pena de esvaziar o conteúdo do seu objeto de estudo. Não poderá ser um ramo do Direito estático e resistente à mudança.

Todavia, por vezes, até relações familiares tradicionais sofrem alterações no seu entorno. A afinidade será um exemplo disso. Não obstante a sua inegável natureza familiar – presente no elenco do artigo 1576.º do Código Civil e decorrente do instituto do casamento – tem sido votada a alguma desatenção jurídica. Existirá lugar para a afinidade nas famílias de hoje?

c) Noção legal de afinidade

A afinidade, fonte jurídica familiar elencada no art.º 1576.º, não se confunde com o parentesco. As relações de parentesco são as que se estabelecem entre pessoas que têm o mesmo sangue, porque descendem umas das outras ou porque provêm de um mesmo progenitor (art.º 1578.º). Como tal, o parentesco assenta na ligação biológica.

Já a afinidade será o vínculo que une cada um dos cônjuges aos parentes do outro (art.º 1584.º). Note-se que a afinidade só estabelece ligação entre os parentes do cônjuge e já não quanto aos afins daquele, daí a expressão «*afinidade não gera afinidade*»¹². Enquanto o parentesco assenta nos laços de consanguinidade, a afinidade deriva do casamento¹³.

A afinidade pressupõe o vínculo conjugal: para que a afinidade se forme é essencial a existência do casamento.

A versão inicial do artigo 1584.º possuía dois números. O n.º 1 era igual ao corpo do texto que vigora atualmente, todavia o n.º 2 (revogado na Reforma de 77 - DL n.º 496/77, de 25 de Novembro) diferenciava a legitimidade ou ilegitimidade do parentesco subjacente àquela

¹² «Assim, não há afinidade entre os vulgarmente chamados co-cunhados, como nenhuma afinidade existe entre o padrasto e a mulher do enteado.» FERNANDO ANDRADE PIRES DE e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 40.

¹³ «É, portanto, incorrecto, apesar de vulgar na linguagem corrente, o uso da expressão parentesco por afinidade». JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, p. 99. (Embora não rigorosa, esta terminologia existia no Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910 - n.º 1 do artigo 4.º. No Código Civil Brasileiro também existe essa mesma expressão - 1.595, § 1.º).

afinidade: «A afinidade é legítima ou ilegítima, consoante a natureza do parentesco em que assente.» Deixando de existir o conceito de ilegitimidade no âmbito da filiação (e, naturalmente, do parentesco), a distinção deixa de ter sentido. E, aliás, esta colidiria com o princípio da não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do casamento (n.º 4 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa).

A contagem dos graus e linhas no âmbito da afinidade assenta no cômputo que é feito no âmbito do parentesco (arts. 1579.º, 1580.º, 1581.º, «*ex vi*» primeira parte do art.º 1585.º). Assim, os graus e linhas da afinidade serão os mesmos graus e linhas do parentesco que lhe subjaz¹⁴. Ora vejamos, o parentesco determina-se por linhas e por graus, de acordo com o disposto no artigo 1579.º. São parentes aqueles que descendem um do outro e aqueles que, não descendendo um do outro, têm a mesma origem, ou seja, descendem do mesmo progenitor (consoante o parentesco seja na linha reta ou na colateral). O Código Civil define parentesco no artigo 1578.º e nos seguintes esclarece as linhas do mesmo, a contagem dos graus¹⁵, os seus efeitos e limites¹⁶.

A afinidade é uma relação jurídica igualmente presente em outros ordenamentos jurídicos. O BGB alemão consagra a afinidade («*Schwägerschaft*») no § 1590 onde estabelece a mesma fórmula que existe entre nós (vínculo que liga os parentes de um cônjuge ao outro cônjuge). De igual modo, o Código Civil italiano também reuniu a matéria da «*Affinità*» num só artigo (art.º 78.º) cuja definição legal é muito similar à nossa. Por sua vez, o Código Civil espanhol não regula a afinidade, nem dá uma definição da mesma (apesar de a referir como limite ou impeditivo de alguns atos em diferentes preceitos, designadamente nos arts. 175.3.2.º; 681.º e 682.º e 754.º).

¹⁴ Se A casa com B, A tornar-se-á afim dos parentes de B no mesmo grau e linha de que B é parente.

¹⁵ Na linha reta há tantos graus quantas as pessoas que formam a linha, excluído o progenitor (n.º 1 do art.º 1581.º). Na linha colateral os graus contam-se pela forma, subindo por um dos ramos e descendo pelo outro, sem contar o progenitor comum (n.º 2 do mesmo artigo). Em ambas, cada pessoa conta como um grau não se contando o progenitor.

¹⁶ O Código Civil italiano alterou, em 2012 (*Legge 10 dicembre 2012, n.219*), a sua disposição sobre o parentesco. Dispõe atualmente o artigo 74.º daquele diploma que «Parentela» é o vínculo que une as pessoas que descendem da mesma linhagem/ascendência, tanto no caso em que filiação ocorre dentro ou fora do casamento, bem como quando o filho é adotado. Noutras legislações a escolha foi diferente: ou não definindo o parentesco (como em Espanha que, nos artigos 915.º e seguintes do Código Civil, opta por iniciar esta matéria com a ligação da proximidade do parentesco ao número de gerações; e do francês, sendo, aliás, similar o disposto no artigo 741.º do Código Civil francês com o preceito espanhol referido supra); ou aproveitando a definição para dispor mais considerações sobre linhas e contagem dos graus (como no § 1589 do Código Civil Alemão – BGB – que, num só preceito, apresenta toda a informação da «*Verwandschaft*»).

d) Afins e não afins – qual o propósito?

Os efeitos da afinidade são bem menos - e com menor importância - quando comparados com os que resultam do parentesco. Existe até quem questione a sua utilidade como relação familiar: *«Vergasta desse modo, a dinâmica jurídico-evolutiva familiar, caindo no 'non sense', por exemplo, de reconhecer a afinidade como relação familiar, quando está em causa uma produção de efeitos praticamente nula (...).¹⁷»*

Embora os afins não tenham direitos sucessórios (direitos esses que ocorrem entre os parentes mais próximos – *vide* arts. 2133.º e 2157.º do Código Civil), existem alguns efeitos que merecem alguma consideração. É certo que a obrigação de alimentos é bem mais limitada que a que pode eventualmente resultar do parentesco. Relembre-se que a afinidade só releva para direito a alimentos nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 2009.º - *«o padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste»*. Ou seja, só será aplicável a madrastas e padrastrós (afins no primeiro grau da linha reta) e apenas se os alimentandos forem enteados menores que se encontrassem a cargo do cônjuge na altura do decesso.

Outros efeitos da afinidade contendem com os impedimentos ao casamento (al. d) do art.º 1602.º), com a averiguação oficiosa da maternidade ou paternidade (al. a) do art.º 1809.º e al. a) do art.º 1866.º), entre outros (nomeadamente, os previstos nos arts. 1931.º e 1952.º do Código Civil; e arts. 115.º e 120.º do Código de Processo Civil).

Atentemos, rapidamente, nos impedimentos ao casamento. Os impedimentos matrimoniais são ocorrências que obstaculizam a celebração do casamento sob pena de anulabilidade ou de outro tipo de sanções¹⁸. Estas circunstâncias impeditivas estão sujeitas ao princípio da tipicidade, só serão impedimentos matrimoniais aqueles expressamente previstos na lei (artigo 1600.º).

¹⁷ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA, *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª edição atualizada, Lisboa, AAFDL, 2011, p. 118.

¹⁸ Os impedimentos ao casamento são uma realidade transversal a todos os ordenamentos jurídicos. «All developed societies impose certain restrictions on entry into marriage» STEPHEN CRETNEY, *Family Law in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 38.

Os impedimentos não terão todos a mesma natureza e consequências. Existem os impedimentos dirimentes e os simplesmente impedientes. Os primeiros levam à anulabilidade do casamento (al. a) do art.º 1631.º). Os segundos, caso o casamento venha a ser celebrado, levam à aplicabilidade de sanções de índole patrimonial (cfr. 1649.º e 1650.º). Por sua vez, os impedimentos dirimentes podem ser absolutos ou relativos. Os impedimentos absolutos obstam ao casamento seja com quem for, são verdadeiras incapacidades. Já os impedimentos relativos apenas obstam ao casamento entre determinadas pessoas (podendo ser consideradas ilegitimidades), uma vez que a lei só impede o casamento entre essas pessoas em concreto, ligadas entre si por determinadas circunstâncias¹⁹.

No que à afinidade concerne, importa o artigo 1602.º dos impedimentos dirimentes relativos. O artigo apresenta, *inter alia*, impedimentos relativos ao parentesco e afinidade: o parentesco na linha recta (al. a)); parentesco no segundo grau da linha colateral²⁰ (al. c) do mesmo preceito) e a afinidade na linha reta (al. d) daquele art.º 1602.º). Estes vínculos familiares obstam ao casamento²¹. Tal justifica-se por motivações de índole social, de decoro e de moral familiar²². As mesmas razões estão na base das alíneas a) dos artigos 1809.º e

¹⁹ Semelhante ao ordenamento jurídico espanhol: onde os impedimentos «son limitaciones a la capacidad para contraer matrimonio. Si el impedimento afecta a una persona por su propia condición y le impide contraer matrimonio con cualquier persona, se trataría de un impedimento absoluto. En cambio, si sólo afecta al contrayente cuando quiere unirse en matrimonio con determinada persona, el impedimento es relativo. Esta distinción sólo tiene transcendencia a efectos teóricos, pues el Código Civil no deriva de ella ninguna consecuencia jurídica.» ÁNGEL CARRASCO PERERA e MAGDALENA UREÑA MARTÍNEZ, *Lecciones de Derecho Civil – Derecho de Familia*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 45.

²⁰ Ou seja, irmãos (sejam germanos, consanguíneos ou uterinos).

Em Espanha, o Código Civil assinala esta diferença logo no âmbito do parentesco quando refere que existirá «doble vínculo» de parentesco quando for conjuntamente por parte do pai e da mãe (art.º 920 do Código Civil espanhol).

O Código Civil brasileiro, nos impedimentos para o casamento (art.º 1.521), refere expressamente que não podem casar irmãos unilaterais ou bilaterais e demais colaterais, até ao terceiro grau inclusive (§ 4 do referido artigo). «Há valores morais consolidados na sociedade que não admitem a união incestuosa. Pessoas que ocupam uma determinada posição dentro de uma família não podem alterar de forma tão drástica a sua condição. (...) Note-se ainda que fatores de ordem biológica também foram levados em consideração ao estipularem-se os impedimentos decorrentes do parentesco. Os filhos frutos de relações incestuosas podem nascer com sérios problemas de saúde.» CLAUDIO FERREIRA PAZINI, *Alimentos e sucessão na União Estável*, Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 93.

²¹ O vínculo do parentesco compreende a relação entre o adotante e adotado e as relações entre os descendentes e ascendentes do adotado e adotante. Há uma total equiparação à situação de filho, nos termos do art.º 1986.º.

²² «Há, por um lado, razões de ordem fisiológica, pois está cientificamente provado que os filhos nascidos de casamentos consanguíneos são, a maioria das vezes, indivíduos fisicamente atrofiados e intelectualmente tarados, criando-se novas taras, ou desenvolvendo-se as já existentes na família; e, por outro, há razões de ordem moral, porque repugna, dentro das

1866.^o. De acordo com estes preceitos não será admissível a averiguação oficiosa da maternidade e paternidade, respetivamente, se os progenitores forem afins em linha reta²³.

Note-se que o legislador só faz relevar afinidade na linha reta – quer para os impedimentos ao casamento, quer para a averiguação oficiosa, quer para a obrigação de alimentos. Entende-se que sobre a afinidade na linha colateral já não impendem vínculos tão fortes que contendam com a ordem pública e a moral social (ou imperativos de justiça material).

Nos termos do disposto na parte final do artigo 1585.^o, a afinidade não cessa com a dissolução do casamento por morte. O legislador, através de um raciocínio *a contrario*, consagra que a afinidade termina com a dissolução por divórcio. Esta é uma novidade da redação dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. Antes da entrada em vigor deste diploma, consagrava-se que a afinidade não cessava «*pela dissolução do casamento*». Ou seja, as relações de afinidade permaneciam mesmo após o divórcio. A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, veio acrescentar «*por morte*» àquele artigo 1585.^o. Tal mudança implica alguns efeitos práticos. Vejamos alguns exemplos: pode agora o ex-sogro casar com a ex-mulher divorciada do seu filho; do mesmo modo, também pode o padrasto casar com a filha da sua ex-mulher (e, por isso, antiga enteada). Estas hipóteses só sucedem caso ocorra dissolução do casamento por divórcio, caso a dissolução seja por morte a afinidade mantém-se. Aliás, por estas situações poderem acontecer, há quem defenda que faria mais sentido uma solução inversa para se respeitar a moral social²⁴.

Embora compreendamos a apreensão suscitada concordamos com a solução legal atual²⁵. A mesma subjaz, judiciamos, na lógica da voluntariedade na dissolução do vínculo

nossas concepções morais, a admissibilidade de relações sexuais entre pessoas de parentesco muito próximo.» FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *Direitos de família*, cit., p. 89.

²³ Igualmente se parentes em linha reta ou no segundo grau da linha colateral.

²⁴ Neste sentido, Capelo de Sousa quando defende que: «[s]endo assim, a cessação da afinidade abre as portas ao casamento de ex-afins em linha recta, até quando estes tenham provocado o divórcio com vista a ulterior casamento entre eles. (...) Pelo que, dada a voluntariedade da maioria das causas de divórcio e as possíveis interferências dos respectivos afins, do ponto de vista dos impedimentos matrimoniais, justifica-se mais a não cessação da afinidade em caso de divórcio do que em caso de morte.» RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, «As alterações legislativas familiares recentes e a sociedade portuguesa» in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 540. O autor critica, igualmente, a solução dual nos casos dos artigos 1809.^o e 1866.^o (averiguação da maternidade e paternidade). *Ibidem*.

²⁵ «[T]ratando-se de dissolução por divórcio, porém, na generalidade dos casos as relações de afinidade deixam de ter relevância social, mal se justificando, por isso, que mantenham a sua relevância jurídica.» FRANCISCO PEREIRA

conjugal. Se o casamento termina por vontade de uma ou ambas as partes a ligação com os parentes do ex-cônjuge também cessará. Por outro lado, se a dissolução do casamento não deriva da vontade dos cônjuges – no caso da morte – o laço aos parentes do outro cônjuge mantém-se. Pois, por sua vontade o casamento continuava e, conseqüentemente, permaneciam as ligações aos parentes do outro consorte.

e) Conclusão

Não obstante os reduzidos efeitos da afinidade não deixa de ser uma relação jurídico-familiar enraizada no nosso ordenamento jurídico. A sua existência na órbita do casamento (e na dependência do mesmo) não deixa grande margem para um estudo autónomo próprio. Certamente que será a relação familiar menos importante, mesmo quando comparada com as relações que não constam no artigo 1576.º e no Código Civil (como a união de facto ou o apadrinhamento civil). Poder-se-á até alvitrar que uma eventual extinção da mesma não traria consequências graves para a sociedade e para o Direito. Sem prejuízo, consideramos que existe pertinência na sua existência, principalmente na formulação e extensão que lhe foi dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

A CAPACIDADE DOS MENORES PARA CONSENTIR ACTOS MÉDICOS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA^{1,2}

Sónia Moreira*

Resumo

Os menores não possuem capacidade negocial de exercício, não estando habilitados a reger a sua pessoa ou a dispor dos seus bens. Contudo há várias leis na ordem jurídica portuguesa que lhes reconhecem campos de autonomia e até “maioridades especiais”. Será o caso da capacidade para consentir actos médicos? Se sim, a partir de que idade? Quais os contornos desta capacidade? O estudo destes temas permitirá responder a algumas questões práticas levantadas no início deste trabalho que ilustram a sua importância prática.

Palavras-chave

Menores; maioridades especiais; capacidade para consentir em actos médicos; direito português.

1. Colocação de questões

Nos termos do art.º 123.º do Código Civil, os menores não têm capacidade negocial de exercício de direitos. São pessoas em sentido jurídico, ou seja, possuem personalidade jurídica, são sujeitos de direitos, mas não os podem exercer por acto próprio. E é assim porque se entende que o menor não está em condições de o poder fazer. Não tem suficiente

* Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho

¹ O presente texto foi aceite para publicação na Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS) e encontra-se, neste momento, no prelo.

² O presente texto, com razoáveis alterações, serviu de base à nossa comunicação no *Colóquio Informação e Consentimento na Prestação de Cuidados de Saúde*, realizado no dia 22 de Novembro de 2013, na Escola de Direito da Universidade do Minho e no *Colóquio Liberdade, Responsabilidade e Atos Médicos*, realizado no dia 1 de Março de 2017, na Escola de Direito da Universidade do Minho.

maturidade³. É para sua protecção que se estabeleceu o regime da menoridade, determinando que serão os seus representantes legais, geralmente os seus pais⁴, quem praticará os actos jurídicos que lhes digam respeito em sua representação.

A nossa ordem jurídica determinou que só a partir dos dezoito anos de idade é que se atinge a maioridade. A lei estabeleceu um limite rígido, inflexível, por razões práticas. Não é viável (nem económica, nem socialmente) avaliar a capacidade negocial das pessoas a cada negócio jurídico celebrado. Por outro lado, a segurança jurídica a tanto obriga⁵ – ou seria potencialmente possível anular-se qualquer negócio a qualquer altura, caso se verificasse que a pessoa em questão não tinha capacidade para o exercício dos seus direitos à época da celebração do negócio. Evidentemente, a lei permite que se anulem negócios que tenham sido celebrados por alguém que se encontrava (acidentalmente) incapacitado de os celebrar – o que se verifica nos termos do art. 257.º do CC –, mas aqui a lei tenta encontrar um ponto de equilíbrio entre o interesse (em anular) do acidentalmente incapaz e o interesse (em manter a validade do negócio) da contraparte, estabelecendo como pressupostos da anulação o conhecimento ou o dever de conhecimento (a notoriedade) da incapacidade (acidental). No regime da menoridade a lei tem em consideração *um único interesse* – o da protecção do menor.

Deste modo, o esquema delineado pela lei é simples e eficiente: até aos dezoito anos as pessoas não possuem capacidade negocial; a partir desta idade, possuem.

É, no entanto, evidente, que este esquema rígido não corresponde à realidade da vida. Adquire-se capacidade natural conforme o processo de crescimento se vai efectuando,

³ Neste sentido, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2016 (reimpr.), p. 317.

⁴ O art.º 124.º do CC determina que a incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela, remetendo para os arts. 1877.º e ss., relativamente às responsabilidades parentais, e para os arts. 1921.º e ss quanto à tutela. A expressão “poder paternal”, que designava os poderes-deveres dos pais relativamente à pessoa dos filhos, foi substituída pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, nos arts. 1877.º e ss. pela expressão “responsabilidades parentais” para colocar a tónica no interesse do menor no exercício destes direitos-deveres. No entanto o legislador esqueceu-se de proceder à mesma operação na parte geral do CC, nos artigos 122.º e ss.

⁵ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., p. 317. Também ROSA CÂNDIDA MARTINS explica que a lei civil estabelece um marco rígido que não tem em consideração a maturidade de cada um em particular por razões de “segurança no comércio jurídico”. Cfr. ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I, *Direito da Família e Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 809, n. 56.

numa progressiva maturação. A lei reconhece-o, estabelecendo uma série de excepções à incapacidade de exercício dos menores – algumas muito flexíveis e elásticas – delimitando várias situações em que o menor chega a alcançar uma verdadeira autonomia, como vamos ver. Por isso, é legítimo perguntarmo-nos se não haverá, também, situações em que se reconheça aos menores capacidade para consentir em actos médicos.

Para exemplificar, vamos colocar algumas questões, às quais esperamos encontrar resposta no final desta intervenção. São questões que ilustram a importância prática do reconhecimento (ou não!) de campos de autonomia ao menor no exercício dos seus direitos:

- Pode um rapaz de catorze anos decidir que não quer continuar com o tratamento de quimioterapia que faz há anos por estar cansado de sofrer e preferir morrer?

- Pode uma rapariga de quinze anos abortar dentro das 10 semanas em que a lei permite a interrupção voluntária da gravidez? E se ela não quiser abortar, mas os seus pais quiserem que ela o faça por entenderem que ela ainda não tem maturidade suficiente para ser mãe?

- Pode um rapaz de dezasseis anos recusar uma transfusão de sangue por questões religiosas? E se a sua vida estiver em perigo, os pais negarem autorização aos médicos para esta transfusão com fundamento nas referidas questões religiosas, mas o menor pretenda consentir? E a quem caberá decidir, se não houver tempo para recorrer ao tribunal?

2. A (in)capacidade dos menores e os actos médicos

2.1. A menoridade como uma incapacidade geral do exercício de direitos

Nos termos do art. 122.º do CC é menor quem ainda não tiver completado dezoito anos de idade. Ora, determina o art. 123.º que, “[s]alvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos”. Esta incapacidade é geral: não só afecta a idoneidade do menor para a prática de actos patrimoniais, como também para a prática de actos pessoais, como os que aqui queremos tratar, ou seja, cabe aqui o consentimento para a prática de actos médicos relativos à sua pessoa. Tanto é assim que nos diz o art. 130.º, relativo aos efeitos da maioridade, que “[a]quele que perfizer dezoito anos de idade adquire

plena capacidade de exercício, ficando habilitado *a reger a sua pessoa* e a dispor dos seus bens”.

Portanto, carecendo o menor de capacidade para reger a sua pessoa, *salvo nas excepções determinadas na lei*, em princípio não poderia consentir na prática de actos médicos. Teriam de ser os seus pais, enquanto seus representantes legais, a autorizar estas intervenções (não se pode, em bom rigor, falar aqui em *consentimento* dos pais, visto que o consentimento se refere a actos que serão levados a cabo na própria pessoa que neles consente; neste caso, estaremos perante uma *autorização* dos pais, que legitimará a actuação dos profissionais de saúde na esfera da integridade física do seu filho menor⁶). Nos termos do art. 124.º, “[a] incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela (...)”. Portanto, em princípio, e na falta de uma lei especial que regule esta questão em particular, parece que serão os pais (ou o tutor designado em sua substituição em caso de o menor ser órfão ou de ter sido retirado aos pais) quem terá de autorizar a prática de actos médicos.

Contudo as responsabilidades parentais encontram o seu conteúdo determinado no art. 1878.º. Por um lado, nos termos do n.º 1 desta norma, cabe aos pais “velar pela segurança e saúde” dos filhos, “prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”. Por outro lado, nos termos do n.º 2, e se “os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, *de acordo com a maturidade dos filhos*, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e *reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida*”. Esta norma foi apregoada como tendo alto valor pedagógico na altura em que o Código Civil Português entrou em vigor. Visava-se incentivar a estrutura familiar a adoptar um modelo mais democrático, menos conservador, menos autoritário. Além disso, veio reconhecer que o dever dos pais não é apenas proteger os filhos, alimentá-los, zelar pela sua saúde, mas, também, educá-los, prepará-los para a autonomia. Neste sentido, o art. 1885.º, n.º 1, estabelece que “cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, *promover o desenvolvimento* físico, intelectual e moral dos filhos”. Daí que se deva ir reconhecendo ao menor, conforme este vai crescendo, a possibilidade de ir cuidando

⁶ Neste sentido, por exemplo, ROSA CÂNDIDA MARTINS, *op. cit.*, pp. 812 e 813 e ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *Revista do Ministério Público*, n.º 118 (Abril/Junho 2009), p. 145.

de si e das suas coisas. “[A] lei tem de considerar não só as exigências da segurança do tráfico jurídico mas também o direito à autodeterminação e auto-regulamentação da pessoa, na medida em que esta está em condições para fazer uso dos seus direitos e para actuar de uma maneira cada vez mais responsável”⁷. É o que podemos deduzir, por exemplo, de artigos como o art. 127.º, n.º 1, que estabelece uma série de excepções à incapacidade de exercício do menor, permitindo-lhe, nomeadamente, celebrar negócios jurídicos próprios da sua vida corrente, que estejam ao alcance da sua capacidade natural e só impliquem despesas ou disposições de bens de pequena importância.

Mas, se é assim no que toca à situação patrimonial do menor, onde, como vemos, a lei reconhece expressamente a crescente autonomia do menor, o que sucede no campo pessoal? Que aplicação prática tem o n.º 2 do art.º 1878.º? O que significa, de facto, conceder *autonomia ao menor na organização da própria vida* de acordo com a sua maturidade? Permitirá esta norma reconhecer-se ao menor a possibilidade de ser ele a decidir relativamente à prestação de actos médicos, mesmo contra a vontade dos pais, desde que se possa comprovar que já é capaz de o fazer por si? Ou haverá uma idade mínima a partir da qual se poderá deixar o menor decidir⁸?

2.2. Casos de excepcional capacidade do menor; “maioridades especiais”

Porque a questão de se saber se o menor pode consentir por si quanto à prestação de actos médicos não se dissocia da questão da autonomia do menor no exercício dos seus direitos, consideramos importante fazer uma breve incursão sobre os campos em que a lei lhe reconhece autonomia, para bem contextualizarmos o nosso problema⁹.

⁷ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., p. 322.

⁸ No sentido de que “o rumo do direito actual é o da autonomia progressiva dos menores (...) que se traduz no facto de cada vez mais cedo (...) poderem decidir sobre certos assuntos, ou, pelo menos, terem o direito a ser informados e a dar a sua opinião (...)”, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, Coimbra editora, 2004, p. 289.

⁹ Sobre a questão da autonomia do menor e contendo uma exposição mais detalhada de exemplos de casos de autonomia e de “maioridades especiais”, v. os nossos SÓNIA MOREIRA, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *Scientia Iuridica*, Tomo L, n.º 291, Setembro-Dezembro, 2001, pp. 159 a 194 e SÓNIA MOREIRA, «Menores: Incapacidade versus autonomia», in MÁRIO FERREIRA MONTE/ MARA CLARA CALHEIROS/ MARIA ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA/ ANABELA GONÇALVES (coord.), *Direito na Lusofonia. Cultura, direitos humanos e globalização*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 429 a 436.

Iniciemos pelo Código Civil.

A norma base é o referido art. 127.º. Esta norma estabelece excepções à incapacidade negocial dos menores no que toca à realização de alguns negócios jurídicos. Trata-se de uma norma bastante ampla, como vamos ver.

Nos termos da al. a) do n.º 1, o menor com mais de 16 anos pode administrar ou dispor do património que tenha adquirido por seu trabalho. Aqui, como é fácil de perceber, a norma vai no sentido de reconhecer uma excepcional capacidade de exercício ao menor *com mais de dezasseis anos*, possivelmente por entender que será mais cuidadoso na administração de bens que ele ganhou com o seu próprio esforço.

Se confrontarmos esta norma – que tem contornos razoavelmente bem delineados – com a norma da al. b), vemos várias diferenças de monta. Esta última norma estabelece que são excepcionalmente válidos “os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas ou disposição de bens de pequena importância”. Verificamos que, em primeiro lugar, a al. b) do n.º 1 do art. 127.º não estabelece limites mínimos de idade; em segundo lugar, não limita a sua aplicação ao tipo de património administrado pelo menor (se adquirido por seu trabalho ou a título gratuito, etc.); em terceiro lugar, não se limita a certos negócios (como sucede no caso da al. c) do n.º 1 do art. 127.º). Assim, trata-se de uma norma muito elástica, ou seja, uma norma que se adapta à progressiva aquisição de maturidade do menor, pois reconhece-lhe capacidade negocial quando o menor possua *capacidade natural*; no entanto, para impedir que o menor prejudique o seu património por avaliar mal as consequências da sua gestão patrimonial, apenas o admite para negócios jurídicos próprios da sua vida corrente (que o menor esteja habituado a realizar ou lhe sejam familiares) e que impliquem valores reduzidos, sendo que este conceito deve ser interpretado de acordo com o estatuto social e económico do menor¹⁰.

Por último, encontramos a al. c) que apenas inclui “os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício”.

¹⁰ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., pp. 323 e 324.

Por outro lado, se a lei estabelece em geral a idade dos 18 anos para se adquirir capacidade negocial de exercício, não faz o mesmo quanto à capacidade negocial de gozo. A capacidade negocial de gozo refere-se aos negócios estritamente pessoais, ou seja, aqueles que apenas podem ser celebrados pelo próprio, não admitindo celebração através de representação: o casamento, a perfilhação e o testamento.

Os arts. 1600.^o e ss. tratam da capacidade negocial de gozo para casar. Nos termos desta norma, têm “capacidade para contrair casamento todos aqueles em quem se não verifique algum dos impedimentos matrimoniais previstos na lei”. Os impedimentos matrimoniais encontram-se nos artigos seguintes, mas aquele que nos interessa aqui explorar é o art. 1601.^o, al. a). Esta norma estabelece como idade núbil os dezasseis anos de idade. A lei estabeleceu o marco dos dezasseis anos como sendo o limite inderrogável – antes desta idade, ninguém pode casar-se. A lei visou assegurar a maturidade física (e psíquica) dos nubentes e esta será a idade a partir da qual tanto os rapazes como as raparigas já a terão atingido.

Ainda assim, mesmo tendo atingido os dezasseis anos de idade, o menor só pode casar se for devidamente autorizado pelos pais (ou tutor), ou se a falta de esta autorização for suprida pelo conservador do registo civil (arts. 1604.^o, al. a), e 1612.^o).

Se o menor vier a casar-se respeitando as normas referidas, adquire capacidade negocial de exercício através da emancipação¹¹ (arts. 129.^o, 132.^o e 133.^o); se não as respeitar, o casamento continua a ser válido (!), mas o menor sofre uma sanção, continuando a ser tratado como menor no que toca à administração de bens que leve para o casal ou que posteriormente lhe advenham a título gratuito até à maioridade (art. 1649.^o), ou seja, mantém-se a sua incapacidade negocial de exercício. Curiosamente, a emancipação verifica-

¹¹ Actualmente, a emancipação ocorre apenas por efeito do casamento, mas, nos termos do art.^o 304.^o do Código de Seabra, o menor podia ainda emancipar-se através de “concessão do pai, da mãe na falta deste, ou do conselho de família, na falta de ambos”, e, nos termos do art.^o 1461.^o do Código de Processo Civil vigente na época, por decisão dos tribunais de menores. Na falta de pai ou mãe, havendo tutor, também este podia emancipar o menor nos termos do art.^o 248.^o, n.^o 2, do Código de Registo Civil. Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Português*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1960, p. 123. A versão primitiva do art.^o 132.^o do actual CC (anterior à reforma de 1977) também previa estas possibilidades. Quando, em 1977, a maioria passou a atingir-se aos 18 anos, entendeu-se não ser necessário mantê-las. Cfr. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA/ MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Artigos. 1.^o a 761.^o, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpr. da ed. 1987), p. 143 e 144.

se mesmo que esta autorização ou o respetivo suprimento não existam, como se pode depreender pela leitura dos arts. 132.º e 133.º: o menor emancipa-se pelo simples facto do casamento. A falta da referida autorização apenas sanciona o menor não atribuindo a totalidade dos efeitos à emancipação (esta não elimina a incapacidade negocial de exercício do menor), mas alguns efeitos sempre se verificam: o menor adquire capacidade negocial de gozo para testar. Como é fácil de constatar pela leitura do art. 2189.º, al. a), o menor emancipado – com ou sem autorização/suprimento desta – pode testar.

Para terminar o elenco dos negócios estritamente pessoais, falta apenas analisar a capacidade negocial de gozo para perfilhar. A lei reconhece-a aos “indivíduos com mais de dezasseis anos”, nos termos do art. 1850.º, n.º 1, 1.ª parte. O número 2 desta norma esclarece que os menores não necessitam de autorização dos pais (ou tutores) para perfilhar.

Como vemos, no que toca aos negócios estritamente pessoais, a lei contenta-se, embora de forma imperfeita, com um limite etário inferior aos dezoito anos que, em regra, se exigem para a capacidade negocial de exercício.

No que toca às opções religiosas do menor, a lei estabelece uma verdadeira “maioridade especial” a partir dos dezasseis anos, possivelmente por se tratar de uma área pessoalíssima e do foro íntimo das convicções de cada um, ao determinar no art. 1886.º que apenas compete aos pais a educação religiosa dos filhos com idade inferior¹².

Continuando a nossa viagem pelo Código Civil, podemos apontar em seguida várias normas dispersas onde é possível observar a consideração da natural capacidade do menor: o art. 1289.º, n.º 2, do CC, permite ao menor adquirir por usucapião; o art. 1266.º permite-lhe adquirir posse; o art. 263.º determina que “[o] procurador não necessita de ter mais do que a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar”, o que significa que os menores (mesmo menores não emancipados) podem ser procuradores, dependendo do negócio a realizar em nome do representado (mas não há

¹² No sentido de que a partir dos dezasseis anos do menor “[o]s pais não têm o poder de interferir na decisão final que [este] tome, por exemplo, no sentido de escolher uma religião diferente daquela que a Família adoptou”, GUILHERME DE OLIVEIRA, «Protecção de Menores. Protecção Familiar», in GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Família*, 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 273.

como negar que a lei não exige capacidade negocial de exercício ao procurador, apenas uma capacidade natural).

Por outro lado, o menor tem também o direito a ser ouvido, consagrado em várias normas do Código Civil, no processo de tomada de decisões que lhe digam respeito. Por exemplo, o art. 1901.º, n.º 3, do CC, determina que o menor será ouvido pelo tribunal que tenha sido chamado a decidir sobre questões de particular importância por falta de acordo dos pais (salvo se circunstâncias ponderosas o desaconselharem)¹³; o art. 1931.º, n.º 2, estabelece a obrigatoriedade de o tribunal ouvir o menor que tenha completado catorze anos antes de proceder à nomeação do seu tutor¹⁴. Já o art. 1984.º, al. a), estabelece que o juiz deverá ouvir os filhos maiores de doze anos em caso de os seus pais pretenderem adoptar uma criança.

No entanto, ao adoptando com mais de doze anos reconhece-se mais do que um direito de audição. O art. 1981.º, n.º 1, al. a), estabelece que o seu consentimento é necessário para a adopção. Sem o seu consentimento, a sentença que tenha decretado a adopção é susceptível de revisão, nos termos do art. 1990.º, n.º 1, al. e), o que significa que também aqui estaremos perante uma “maioridade especial”.

Em sede de legislação avulsa também é possível encontrar vários diplomas que reconhecem direitos de exercício autónomo pelo menor.

Por exemplo, a Lei Tutelar Educativa, no art. 45.º, n.º 2, al. a), reconhece ao menor o direito a ser ouvido pela autoridade judiciária em qualquer fase do processo, oficiosamente ou sempre que ele próprio o requeira. O menor também pode, ele próprio, solicitar a assistência de um especialista em psicologia ou psiquiatria para efeitos de avaliação da necessidade de

¹³ Esta é a redacção da norma alterada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Na versão anterior, a lei apenas obrigava o tribunal a ouvir o filho maior de catorze anos. A alteração feita poderá não ter trazido os efeitos práticos previstos, visto que a maioria dos tribunais não possuirá meios para proceder a estas audições com facilidade.

¹⁴ Pensamos que, em 2008, por uma questão de coerência, o legislador também devia ter alterado esta norma no mesmo sentido da alteração feita ao art.º 1901.º, n.º 3. Sem dúvida que esta será uma “questão de particular importância na vida do menor”, pelo que se deveria reger pela mesma bitola.

aplicação de medida tutelar educativa (art. 45.º, n.º 1, al. d), assim como constituir ou requerer a nomeação de um defensor (art. 46.º, n.º 1).

Quanto à capacidade judiciária, o art. 15.º do CPC determina que esta tem por base e por medida a capacidade de exercício, o que significa que, em regra, o menor não tem capacidade judiciária. No entanto, há uma excepção de relevo consagrada no art. 2.º, n.º 1, do Código de Processo de Trabalho: o menor com mais de dezasseis anos possui capacidade judiciária activa, podendo estar por si, em juízo, como autor, o que faz sentido, uma vez que os menores com mais de dezasseis anos podem já trabalhar.

Podemos referir, ainda, no âmbito do direito processual, o art. 495.º do CPC que determina que os menores podem depor como testemunhas. A lei não estabelece qualquer limite de idade, cabendo ao juiz averiguar se o menor em questão possui a devida capacidade natural para o fazer. Mesmo em sede penal, também os menores de dezasseis anos podem ser inquiridos, embora apenas pelo presidente do tribunal, nos termos do art.º 349.º do CPPenal.

Outra situação em que é relevante o consentimento do menor é a relativa ao transplante ou colheita de órgãos. Nos termos do art.º 8.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril (já alterada por diversas vezes), o consentimento do dador deve ser livre, esclarecido, informado e inequívoco, sendo ainda livremente revogável (art. 8.º, n.º 6). Nos termos do n.º 3, se o dador for menor, o consentimento deve ser prestado pelos pais, ou em caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais (ou da sua falta) pelo tribunal. Contudo, nos termos do n.º 4 deste artigo, se o menor possuir capacidade de entendimento e de manifestação de vontade, a dádiva e colheita de tecidos ou órgãos não se fará sem a sua concordância. A lei reconhece ao menor um verdadeiro direito de veto. É de notar que a lei não estabeleceu aqui qualquer limite etário. O critério será o da capacidade natural do menor.

Quanto à colheita *post mortem*, o art.º 10.º obriga a que todos aqueles que pretendam ser não dadores manifestem a sua vontade junto do Ministério da Saúde. Para efeitos de registo serão os representantes legais, nos termos do n.º 3 deste artigo, a manifestar a

indisponibilidade para a dádiva dos menores. No entanto, também o próprio menor poderá exprimir tal indisponibilidade desde que possua capacidade de entendimento e manifestação de vontade.

Uma outra situação com grande relevância prática é a prevista na Lei sobre Educação e Planeamento Familiar (a Lei n.º 3/84, de 24 de Março). Esta lei concede aos menores o direito de aceder a consultas de planeamento familiar. Esta lei veio modificar o paradigma anterior: o Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 53/80, de 6 de Novembro de 1980¹⁵, negava aos menores não emancipados o direito de acesso a estas consultas sem a autorização dos seus pais ou dos representantes legais, por entender que a educação sexual seria uma prerrogativa dos pais, cabendo no âmbito do poder paternal. Esta questão foi bastante discutida na época, pois, como afirmava alguma doutrina, os menores que mais necessitavam de acesso a estas consultas seriam aqueles que não tinham um meio familiar com o qual pudessem contar; por outro lado, também se afirmou que não se tratava aqui de um problema de representação legal do menor (não está em causa a celebração de negócios jurídicos em lugar do menor), mas da prática de actos pessoais, ou seja, o que estava em causa era o exercício do poder paternal – na sua vertente de poder/dever de educar –, sendo certo que o Estado podia limitar o poder paternal dos pais, principalmente por este dever ser exercido no interesse dos filhos¹⁶.

Assim, o art. 13.º desta lei determina que o Estado e as autarquias locais incentivarão a instalação de centros de atendimento a jovens, podendo estes dirigir-se aos centros de consultas de planeamento familiar nas localidades onde não existam aqueles. Nem a Lei nem a Portaria n.º 52/85, de 26 de Janeiro, que vem regulamentar o acesso a estas consultas, estabelecem limites de idade, assegurando o acesso a todos os jovens em idade fértil. Também a Lei n.º 120/99, de 11 de Agosto, que reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva, reafirma que os jovens podem ser atendidos em qualquer consulta de planeamento familiar, ainda que em centro de saúde ou hospital fora da sua área de residência.

¹⁵ Publicado no BMJ n.º 305, pp. 157 e ss.

¹⁶ Cfr. MARIA DE NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, «Ainda sobre as consultas de planeamento familiar», *Revista do Ministério Público*, ano 3.º, vol. X, 1982, pp. 193 a 201.

Da legislação apreciada há que concluir que se reconhece ao menor com maturidade suficiente o direito à sua autodeterminação sexual^{17 18}. Nesse sentido, a venda de contraceptivos a estes menores não pode ser recusada. Para além disso, desde que o menor em causa não se coloque em risco (como será o caso de não possuir suficiente maturidade ou discernimento ou o caso de apresentar comportamentos que extravasem a sua mera autodeterminação, como prostituição, por exemplo), o seu direito à privacidade também terá de ser respeitado, pelo que os pais não deverão ser informados^{19 20}.

E, já que entramos no âmbito da vida sexual do menor, é importante lembrar que o CP dá relevância ao consentimento dos menores com mais de dezasseis anos para a prática de acto sexual. Nos termos do art. 173.º, n.º 1, só estaremos perante um ilícito criminal caso o acto sexual tenha sido praticado por maior com menor entre os catorze e os dezasseis anos, o que, mais uma vez, confirma que se reconhece ao maior de dezasseis anos autodeterminação sexual. Na verdade, poderia afirmar-se que a autodeterminação sexual se adquire aos catorze anos, em virtude de o art. 173.º do CP apenas punir o maior que pratique acto sexual com menor com catorze anos caso tenha abusado da sua inexperiência. Em todo o caso, há que reconhecer que o menor, até aos catorze anos, se encontra protegido de forma inultrapassável pela lei penal.

O limite etário dos dezasseis anos, no entanto, parece mais consentâneo com as restantes opções vertidas na lei, nomeadamente a opção consagrada em sede de interrupção voluntária da gravidez, quando admitida por lei. Esta é uma decisão que cabe à menor com

¹⁷ Neste sentido, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 136.

¹⁸ Guilherme de Oliveira entende que “[e]ste é, pois, mais um domínio em se protege o menor, respeitando a sua autonomia”. GUILHERME DE OLIVEIRA, «Protecção de Menores. Protecção Familiar», *cit.*, p. 274.

¹⁹ Também André Dias Pereira refere que o livre acesso dos menores a centros de saúde em sede de consultas de planeamento familiar, “com garantia de confidencialidade, garante maior liberdade aos adolescentes relativamente a uma autónoma autodeterminação nos cuidados de saúde, nomeadamente nos que se prendem com a saúde reprodutiva”. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, *cit.*, p. 310.

²⁰ Referindo que o respeito pelo direito à privacidade do menor apresenta a vantagem de incentivar os jovens a procurar ajuda médica quando necessitam, em virtude desta garantia de confidencialidade, ANA AMORIM, «O consentimento informado de menores; reflexões críticas sobre a lei actual», *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 15 (2011), p. 119.

mais de dezasseis anos, escapando ao âmbito das responsabilidades parentais, nos termos do art. 142.º, n.º 5, do CP²¹.

Enfim, fomos dando conta de situações em que a lei reconhece campos de autonomia ao menor, chegando mesmo a reconhecer-lhe verdadeiras maioridades especiais. Entremos, agora, no cerne da questão, ou seja, na capacidade do menor para consentir em actos médicos.

2.3. Os actos médicos enquanto violações da integridade física; o consentimento do menor

A primeira coisa a ter em conta quando se discute uma intervenção médica é o facto de esta, geralmente, significar uma violação da integridade física do paciente. Seja quando vamos ao dentista reparar uma cárie, seja quando fazemos quimioterapia para tratar um cancro, seja quando, após um acidente, estando nós inconscientes, recebemos uma transfusão de sangue que salva a nossa vida. Em todos estes exemplos se verifica a violação da nossa integridade física.

O direito à integridade física é um direito fundamental, constitucionalmente consagrado, e que encontra a sua expressão no Código Civil no art. 70.º, n.º 1, enquanto direito de personalidade²². No entanto, em todos estes exemplos, a ilicitude que derivaria do acto de

²¹ André Teixeira dos Santos entende que se “trata (...), no fundo, de reflectir o sistema de autodeterminação sexual existente no próprio CP e no CC”. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 137.

²² Sobre os direitos de personalidade em geral, v., por todos, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011 (reimpr. da edição de 1995); PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2014 (reimpr. da edição de 2006); HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, *cit.*, pp. 422 e ss.; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 207 e ss.; ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª ed., 2012, pp. 202 e ss.; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, *Introdução. Pressupostos da Relação Jurídica*, 6.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 221 e ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 35 e ss.; FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA/MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Código Civil Anotado*, *cit.*, pp. 103 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. I, *Introdução. As Pessoas. Os Bens*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 72 e ss.

violação do nosso direito à integridade física é afastada pelo consentimento para a prática de tais actos, nos termos do art. 340.º do CC²³ ²⁴. Cada acto individual de violação da nossa integridade física tem de ser consentido. Por isso se diz que, para ser válido, o consentimento tem de ser concreto (para além de informado, consciente, ponderado, livre e legal)²⁵. Não podemos consentir, em abstracto, qualquer acto médico que possa melhorar a nossa saúde.

Mas, a verdade, é que, muitas vezes, consentimos sem sequer nos darmos conta disso. É o caso do primeiro exemplo que apresentei. Quando vamos ao dentista tratar uma cárie, nos sentamos na cadeira e abrimos a boca, mais não estamos a fazer senão consentir tacitamente na violação da nossa integridade física. Mostramos ao dentista, pelo nosso comportamento, que consentimos no uso da broca, da anestesia, etc.

Por outro lado, se António dá entrada, inconsciente, no hospital e necessita de uma transfusão de sangue, sem a qual pode morrer, ou tem de ser operado de urgência, não há comportamento nenhum da sua parte no qual o médico possa basear-se para depreender o seu consentimento. Ainda assim, diz o n.º 3 do referido art. 340.º, do CC, que se “tem (...) por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível”, ou seja, aquela que seria de esperar que António possuísse se estivesse em condições de a formar. A doutrina chama a este consentimento, consentimento presumido. Portanto, também aqui não há ilicitude do acto médico da transfusão ou da intervenção cirúrgica em virtude de a violação da integridade física se ter dado para salvar a vida do paciente, o que é, naturalmente, do seu interesse.

²³ Neste sentido, Carlos Mota Pinto explica que “a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não impede a eventual relevância de um consentimento do lesado: este não produz a extinção do direito e tem um destinatário que beneficia dos seus efeitos”. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 215. No sentido de que a exclusão da ilicitude pelo consentimento (“*scienti et consentienti non fit injuria*”) se funda no princípio da autonomia da vontade (art.º 405.º do CC) e no direito, liberdade e garantia à liberdade pessoal do art.º 27.º da CRP, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Código Civil Anotado*, Vol. I, *Parte Geral* (artigos 1.º a 396.º), Lisboa, Quid Juris, 2011, p. 451.

²⁴ Já Orlando de Carvalho entende que, no âmbito penal, a falta de consentimento do paciente não provoca a violação “do direito à integridade física mas da liberdade de vontade”. No âmbito civil, implica sempre lesão do direito à integridade física. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 211 e 214.

²⁵ Daí que não possa ser deduzido de um comportamento anteriormente observado, pois, pelo facto de a pessoa ter consentido uma vez, tal não significa que vá consentir na próxima. Sobre os requisitos do consentimento v., em geral, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., pp. 267 e ss.

No entanto, já não será assim se o paciente em questão for, por exemplo, uma Testemunha de Jeová e o médico saiba da sua oposição à transfusão de sangue. Aqui, mesmo estando inconsciente, não poderá considerar-se a existência de um consentimento presumido, visto saber-se que aquele paciente concreto, se estivesse em condições de consentir, não o faria.

Contudo, no exemplo do tratamento de quimioterapia, já se exige sempre um consentimento expresso, concreto, informado ou esclarecido. Portanto, o médico tem de informar o paciente sobre tudo o que seja relevante, para que este possa decidir de forma esclarecida sobre se consente ou não no tratamento. Desde as taxas de sucesso do tratamento, até aos seus efeitos secundários ou alternativas²⁶.

Ora, voltemos ao nosso tema: pode o menor decidir por si?

Estando em causa o exercício de direitos de personalidade e o consentimento na limitação deste exercício, afirma-se que não é necessária a existência de capacidade negocial. O que estará em causa será um consentimento tolerante, que não está sujeito aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos, devendo ser dado pelo próprio menor “desde que tenha a suficiente maturidade para a avaliação das respectivas consequências”²⁷. Portanto, a pessoa em questão não tem de ser maior de idade (ou emancipada). Basta que possua uma capacidade natural para consentir. Assim, se o menor em causa tiver maturidade suficiente para “entender plenamente o significado do seu acto”²⁸, conforme a gravidade do caso concreto, poderá validamente prestar o seu consentimento.

Contudo, ainda assim, o menor continua a não poder celebrar negócios relativos à prestação de cuidados médicos, tendo aqui de intervir o seu representante legal²⁹. Curiosamente, há autores que consideram que, apesar de o menor não poder celebrar estes

²⁶ No sentido de que no caso de experiências terapêuticas não pode haver lugar ao consentimento presumido nem ao tácito, ou seja, entendendo que o consentimento terá de ser forçosamente expresso e só será “válido e eficaz se for devidamente esclarecido, se tiverem sido tomadas todas as possíveis medidas de segurança e se a experiência em si não for contrária à ordem pública”, v. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., p. 270.

²⁷ Orlando de Carvalho afirma, também, que é esta “a doutrina que defende o Código Penal vigente” (art.º 38.º, n.º 3). Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 205 e 206.

²⁸ Neste sentido, v., por exemplo, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., p. 270. Em sentido inverso, defendendo que só os maiores ou menores emancipados podem consentir na produção de uma lesão, exigindo capacidade negocial e não apenas uma mera capacidade natural, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Código Civil Anotado*, cit., p. 452.

²⁹ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 205 e 206.

negócios por acto próprio, poderá realizá-los em seu interesse como representante voluntário dos seus pais, uma vez que o procurador não necessita de possuir capacidade de exercício (cfr. art. 263.º)³⁰. No entanto, esta utilização do instituto da representação voluntária defraudaria o regime da menoridade, pelo que consideramos que não deverá admitir-se. O art. 263.º, simplesmente, não foi pensado para estes casos.

A posição da doutrina no sentido de admitir o consentimento tolerante do menor vai de encontro ao art. 1878.º, n.º 2, quanto a reconhecer-se-lhe autonomia relativamente a alguns actos pessoais. Daí que não seja difícil admitir a validade do consentimento tácito prestado por um rapaz de dez ou onze anos que, após ter ido umas vezes com os pais ao dentista, colocar um aparelho, agora já vá sozinho. Os pais terão ajuizado da capacidade do menor em questão, deixando-o ir sozinho a consultas de rotina.

Na verdade, podemos aplicar analogicamente o art. 127.º, n.º 1, al. b), que, como vimos, determina um caso de excepcional capacidade do menor para a prática de actos patrimoniais, também a actos de natureza pessoal de pequena importância, que já se foram tornando parte da vida corrente do menor e para os quais este possua capacidade natural³¹. Desta forma, encontramos uma base legal civil para fundamentar uma excepcional capacidade do menor para consentir em actos médicos e de enfermagem de pequena importância (cabendo aqui, nomeadamente, os primeiros socorros prestados na escola, como, por exemplo, a desinfeção de uma ferida)³².

No entanto, a situação complica-se quando saímos do âmbito destes actos de relevância reduzida.

³⁰ GERALDO ROCHA RIBEIRO, «Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos», *Lex Medicinæ*, ano 7, n.º 14 (2010), p. 128.

³¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 231. No mesmo sentido, ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 821. Também nós entendemos que o menor com suficiente maturidade poderá recorrer a um médico ou advogado, caso estes actos possam enquadrar-se na sua excepcional capacidade nos termos do art.º 127.º, n.º 1, al. b). Cfr. o nosso SÓNIA MOREIRA, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *cit.*, p. 188.

³² Neste sentido, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 149, onde o autor afirma que se o legislador, nestes casos, admite capacidade ao menor no domínio patrimonial, por maioria de razão terá de o fazer neste domínio pessoal.

Se se tratar de um menor que dá entrada no hospital inconsciente, necessitando de uma transfusão de sangue, também não se levantarão problemas. O consentimento presumido aplicar-se-lhe-á. Mas e se este menor for, por exemplo, uma Testemunha de Jeová? Aqui há interesses conflituantes. Se o menor em questão fosse um adulto e estivesse consciente, a transfusão não poderia realizar-se contra a sua vontade. Mas aqui temos um menor e é preciso distinguir o seguinte: o menor pode já ter atingido os dezasseis anos – idade a partir da qual a lei lhe reconhece uma maioridade especial em termos religiosos (art. 1886.º) – ou não.

Na segunda hipótese, se estamos perante um menor com menos de dezasseis anos, é aos pais que cabe decidir sobre a sua orientação e educação religiosa. No entanto, como a decisão negativa dos pais vai contra aquilo que se entende ser o superior interesse do menor (dar-lhe as melhores hipóteses de sobrevivência), em caso de se não poder recorrer ao tribunal em tempo útil para contrariar a decisão dos pais, através de providências limitativas do exercício das responsabilidades parentais (nos termos dos arts. 1918.º do CC³³), tem-se entendido que o médico pode (ou deve!) realizar a intervenção médica³⁴, funcionando o consentimento presumido³⁵. É que as responsabilidades parentais estão funcionalizadas ao interesse do menor e o interesse *objectivo* do menor é que seja salvaguardado o seu direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica. Os pais não podem colocar em risco o menor³⁶ por entenderem que o seu interesse subjectivo será outro. É que se trata de uma decisão pessoalíssima (optar por morrer ou por colocar a sua vida em

³³ Caso não haja urgência na intervenção, deve, então, recorrer-se ao tribunal. O Ministério Público intentará uma acção de limitação do exercício das responsabilidades parentais e pedirá que a criança seja entregue aos cuidados da instituição hospitalar até ser removido o perigo para a sua vida ou saúde. Cfr. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 147.

³⁴ ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 815 e 824, onde refere, ainda, o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 8/91, de 16 de Janeiro de 1992, que entendeu que, tendo o médico esclarecido os pais da indispensabilidade da intervenção médica, ficaria legitimado para agir no interesse da criança para evitar consequências graves para a sua vida ou saúde. No mesmo sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, *cit.*, p. 323 e 324.

³⁵ ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 146.

³⁶ Ana Amorim entende que também é legítimo limitar-se as responsabilidades parentais dos pais quando estes optam por recorrer a medicinas alternativas e abandonam o tratamento médico prescrito, no caso de esta decisão colocar em grave risco a saúde (e, no limite, a própria vida) do menor. Cfr. ANA AMORIM, «O consentimento informado de menores; reflexões críticas sobre a lei actual», p. 125.

risco em nome das suas crenças religiosas) que os pais não poderão tomar pelos filhos. Só cada um poderá decidir por si, desde que tenha capacidade para isso^{37 38}.

Ora, em princípio, será o que sucede na primeira hipótese. Se o menor atingiu os dezasseis anos, realizar a transfusão de sangue contrariamente à sua vontade, expressamente manifestada e consciente dos riscos, seria negar a sua liberdade religiosa. Se o menor com mais de dezasseis anos não consentir a transfusão de sangue depois de ter sido devidamente informado sobre os riscos de a recusar, *em princípio*, deveria ser tratado como um adulto. Não me baseio só na sua maioridade religiosa para afirmar a sua capacidade para negar o consentimento neste caso específico. É preciso olharmos para o quadro geral da capacidade do menor para consentir em actos médicos.

A norma aqui em questão, agora, é o art. 38.º, n.º 3, do CP. Esta norma estabelece o regime geral sobre o consentimento em sede penal, determinando que o consentimento exclui a ilicitude do acto desde que o menor em causa tenha mais de dezasseis anos e possua “o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”. Assim, caso o consentimento do menor seja válido e eficaz, respeitando os requisitos desta norma, o médico ou a pessoa legalmente autorizada que proceda a intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos consentidos já não pratica o ilícito criminal previsto no art. 156.º do CP, denominado “intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários” e tipificado como um crime contra a liberdade pessoal. Ora, na falta de uma norma especial no Código Civil que preveja a possibilidade de os menores, em determinadas circunstâncias, possuírem capacidade para consentir na violação da sua integridade física no âmbito do Direito Civil (ao contrário do que sucede, por exemplo, no CC de Macau³⁹ ou em outras

³⁷ Referindo, ainda, que se os pais recusarem a transfusão sanguínea “por motivos religiosos estão a professar a sua religião e não a da criança, não se podendo falar sequer em conflito de direitos – o direito à vida/integridade física versus liberdade de religião”, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 146.

³⁸ Neste contexto, afirmando que a autorização dos pais não se funda no exercício da autodeterminação do menor, mas no exercício das suas responsabilidades parentais (no “exercício do seu poder-dever de velar pela sua saúde”), ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 813.

³⁹ O art.º 69.º do CC de Macau possui a seguinte redacção (cfr. <http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcivpt/codciv0001.asp#l1>, consultado em 14 de Julho de 2017):

“Artigo 69.º (Limitação voluntária dos direitos de personalidade)

ordens jurídicas⁴⁰), a doutrina maioritária entende que o critério será desentranhado da norma do art. 38.º, n.º 3, do CP⁴¹ ⁴², devendo esta norma considerar-se válida nos restantes

1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se disser respeito a interesses indisponíveis, se for contrária aos princípios da ordem pública ou se for contrária aos bons costumes.

2. Ressalvados os casos previstos no número anterior, e sem prejuízo de disposição em contrário, a limitação voluntária dos direitos de personalidade é eficaz se nela consentir maior de 14 anos que possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

3. Ainda que o menor não tenha 14 anos, o consentimento do representante legal não é eficaz se for prestado com a oposição do menor, contanto que este possua o discernimento referido no número anterior. (...)”.

Assim, como vemos, o CC de Macau permite aos menores com mais de 14 anos, com discernimento suficiente para tal, consentir na prática de actos médicos; admite, ainda, um “direito de veto” dos menores com idade inferior aos 14 anos, caso possuam maturidade para avaliar o seu sentido e alcance. Cfr. Paulo Mota Pinto, «Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau», *apud* ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 820.

⁴⁰ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, *cit.*, pp. 291 a 302, apresenta um estudo muito interessante sobre a questão do consentimento dos menores para actos médicos em várias ordens jurídicas. O autor conclui que em quase todos os países está consagrada uma maioria especial para cuidados de saúde, que vai desde os 12 até aos 16 anos, nuns casos exigindo a avaliação concreta da capacidade de discernimento do menor, noutros, não. Dá-nos, ainda, conta da existência de alguns países que prescindem do critério da idade, avaliando apenas em concreto a capacidade do menor para consentir. *Idem*, pp. 291 a 302.

Também Rosa Cândida Martins explica que os direitos anglosaxónicos são mais conscientes da necessidade de consagração de uma “maioridade relativa aos cuidados médicos” do que os sistemas continentais; dá, ainda, o exemplo diferente da Holanda, que, na sua lei que regula o contrato de prestação de serviços médicos, atribui ao menor com mais de 16 anos a capacidade para consentir autonomamente; esta lei presume (sendo esta uma presunção ilidível) que os menores entre os 12 e os 15 anos possuem, ainda, discernimento, pelo que estabelece um sistema de “dupla autorização” (não só dos pais como dos próprios menores, a quem a lei reconhece um direito de veto). ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 818.

⁴¹ V., p. exemplo, ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pp. 205 e 206.; GUILHERME DE OLIVEIRA, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», *cit.*, pp. 227-230; FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, separata do BMJ, 1984, p. 38; JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 203; CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, *cit.*, p. 412, n. 1040.

⁴² Discordando desta doutrina, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, pp. 138 e 139. O autor entende existir incoerência, uma vez que se aceita que o menor possui capacidade para consentir nas intervenções médicas – acto pessoalíssimo - mas se nega que este tenha capacidade para celebrar os negócios jurídicos que a estas conduzem (nomeadamente, no que toca à sua vertente patrimonial), pois o menor não pode administrar o seu património, “mesmo que tenha maturidade suficiente para o fazer”. O autor considera que “em matéria de consentimento para a prática de actos médicos, não se pode transpor para a ordem jurídica civil, sem mais, o critério vertido no n.º 3 do art.º 38.º do CP” (cfr. *op. cit.*, p. 140), sendo necessário proceder a uma interpretação da ordem jurídica no seu todo para tentar aferir da existência de uma regra a este respeito. O autor conclui que “[c]onjugando a cláusula de progressiva autonomia contida no art.º 1878.º, n.º 2, do CC, com o conteúdo das responsabilidades parentais e as características dos ‘direitos pessoalíssimos’ que estão em causa no consentimento na realização de actos médicos (...), na falta de norma expressa, que o legislador reconhece, dentro de certos moldes, capacidade ao menor para dispor do seu próprio corpo caso tenha maturidade suficiente para compreender o que está em causa e as consequências da intervenção médica”, embora reconheça sempre “[c]omo limite mínimo inultrapassável dessa capacidade” os dezasseis anos de idade, devido à norma do art.º 38.º, n.º 3, do CP. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, pp. 141 e ss., em especial, p. 147.

planos do sistema “por referência ao princípio da unidade do sistema jurídico”⁴³, já que também não existe uma norma especial em legislação avulsa que regule a capacidade dos menores para consentir em actos médicos^{44 45}.

Nestes termos a lei penal dá relevância ao consentimento do menor desde que estejam preenchidos dois requisitos: que o menor tenha mais de dezasseis anos; que o menor possua capacidade natural para consentir. São dois requisitos cumulativos, o que significa que não basta atingir a idade dos dezasseis anos para se adquirir automaticamente uma maioridade especial no que toca à possibilidade de consentir em actos médicos, ao contrário do que poderia pensar-se ao ler a expressão “maioridade especial” utilizada por alguma doutrina neste contexto⁴⁶. É necessário, ainda, ao médico avaliar casuisticamente se o menor com mais de dezasseis anos está em condições de consentir. Na verdade, há autores que afirmam mesmo que “o critério decisivo é a concreta avaliação que o médico leve a cabo sobre a

⁴³ ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 828.

⁴⁴ É possível encontrar duas iniciativas legislativas neste âmbito, mas ambas caducaram sem terem dado frutos. Tanto o Projecto de Lei n.º 413/XI/2.^a – Direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado – como o Projecto de Lei n.º 788/X – Direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado – do Grupo Parlamentar do PS), nos seus arts. 12.º e 13.º, respectivamente, previam o direito de os jovens, a partir dos doze anos, serem informados na medida das suas capacidades, devendo a sua opinião ser tida em conta em função da sua idade e do seu grau de maturidade; a partir dos dezasseis anos, estes projectos reconheciam ao jovem o direito de consentir ou dissentir, a não ser nos casos de risco elevado de incapacidade grave ou de morte, para os quais seria necessária a autorização dos respectivos representantes legais (salvo o direito de veto pelo jovem). A fundamentação do Projecto de Lei n.º 413/XI/2.^a refere que “[r]elativamente aos jovens com mais de dezasseis anos e amadurecimento psicológico, prevê-se, na esteira do Código Penal, a possibilidade de estes prestarem o consentimento informado para a prática de actos médicos, embora nos casos mais graves se adopte um regime em que a decisão seja acompanhada pelos titulares das responsabilidades parentais” (sublinhado nosso). Cfr. <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a4c33526c6548527663793977616d77304d544d7457456b755a47396a&fich=pjl413-XI.doc&Inline=true>, e <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624463344f4331594c6d527659773d3d&fich=pjl788-X.doc&Inline=true>, ambos consultados em 17 de julho de 2017.

⁴⁵ Na sequência dos debates levados a cabo no Parlamento sobre consentimento informado, acabou por ver a luz apenas o regime jurídico das Directivas Antecipadas de Vontade e do Testamento Vital (Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho), mas, relativamente a estas, a lei apenas prevê capacidade aos maiores de idade.

⁴⁶ Apesar de, por exemplo, André Dias Pereira, Rosa Cândida Martins e Guilherme de Oliveira utilizarem aqui a expressão “maioridade especial”, a verdade é que não deixam de sublinhar que o “legislador português optou por (...) um compromisso”, pois temperou o “critério estático da fixação de uma determinada idade (...) com o critério dinâmico da capacidade de discernimento de cada adolescente em concreto”. Cfr. ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *cit.*, p. 820.

capacidade para consentir do menor”⁴⁷. Esta maturidade não se pode presumir só porque o menor atingiu a barreira dos dezasseis anos de idade⁴⁸. Obviamente, dependerá do menor em questão. Há menores que amadurecem mais cedo, muitas vezes em virtude de, tendo passado a sua vida em hospitais, terem contactado demasiado cedo com uma realidade dura e exigente em termos emocionais, convivendo maioritariamente com adultos. Mas também há o inverso. No entanto, não há como negar que a barreira temporal estabelecida pelo legislador é a dos dezasseis anos, em coerência com aquilo que vimos ter sido a opção quanto à sua autodeterminação sexual e relativamente à possibilidade de proceder a uma interrupção voluntária da gravidez.

A actual redacção desta norma do CP decorre de uma alteração realizada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro. Na redacção anterior, o limite etário era o dos catorze anos, também temperado pela necessidade de se averiguar casuisticamente da capacidade natural do menor. A exposição de motivos da proposta de Lei n.º 98/X afirmava que as crianças com catorze e quinze anos não deviam poder consentir nestas ofensas à sua integridade física; por outro lado, justificava esta alteração com a necessidade de garantir uma maior protecção da criança no âmbito dos crimes contra a liberdade e auto-determinação sexual de menores, seguindo as recomendações da União Europeia neste sentido⁴⁹.

No entanto, esta alteração foi criticada por alguns autores, que entenderam que a subida do limite etário, ainda que por razões de coerência atendendo às restantes opções no quadro da unidade do sistema jurídico, vinha diminuir a autonomia do menor, impedindo menores de catorze e quinze anos com capacidade natural da possibilidade de decidir por si⁵⁰. Com

⁴⁷ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., p. 319, onde afirma, ainda, que esta avaliação concreta da capacidade do menor deve atender à gravidade da intervenção, à maturidade do menor, ao grau de autonomia que tem na sua vida em geral e ao domínio ou experiência que tem da doença e da relação clínica em particular, etc. É de notar que o autor se referia, no entanto, na época, ao regime legal anterior, em que a barreira temporal era a dos catorze anos.

⁴⁸ No sentido de que é ao médico que cabe o ónus de provar que o menor possuía capacidade natural para consentir no acto médico, nos termos gerais (art.º 342.º, n.º 2, do CC), ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», cit., p. 148. Aparentemente em sentido inverso, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., p. 318, embora a n. 725 pareça contradizer a tomada de posição do corpo do texto.

⁴⁹ Cfr. GERALDO ROCHA RIBEIRO, «Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)», op. cit., p. 125.

⁵⁰ Por exemplo, ANA AMORIM, «O consentimento informado de menores; reflexões críticas sobre a lei actual», p. 117. A autora afirma não compreender a decisão do legislador em aumentar o limite etário dos 14

o devido respeito, cremos que a opção da lei foi a mais correcta. Questões como esta são terrivelmente complexas. Por exemplo, por um lado, temos o interesse subjectivo do menor, que pode querer interromper os tratamentos de quimioterapia que está a fazer por preferir desistir e viver o pouco que lhe resta com alguma qualidade de vida; por outro, o interesse dos pais, que amam os seus filhos, que entendem ser quem melhor os conhece e quem está em melhores condições de decidir o que é melhor para eles e que, além disso, não estão dispostos a deixá-los desistir⁵¹; por outro lado, ainda, temos a sociedade em geral, o interesse público de protecção das crianças e dos incapazes, etc. Temos, por seu turno, que considerar, também, a situação difícil do próprio profissional de saúde, a quem podem ser assacadas responsabilidades se considerar erradamente estar perante um menor com capacidade natural para consentir. Por uma questão de segurança, há-de ser estabelecido um limite etário. E este limite tem de considerar a média. Em regra, parece mais consensual reconhecer uma capacidade para consentir em actos médicos de relevo a partir dos dezasseis anos. Para aí apontam a maior parte das leis que exploramos quando demos exemplos de casos em que a lei reconhecia autonomia aos menores. Para os actos médicos e intervenções menores, uma aplicação analógica do art. 127.º, n.º 1, al. b), permitirá reconhecer capacidade para consentir ao menor com menos de dezasseis anos que possua capacidade natural.

Há, no entanto, autores que entendem que a capacidade para consentir em atos médicos, reconhecida no referido art. 38.º, n.º 3, do CP, só diria respeito ao assentimento do menor, mas não ao seu dissentimento. Ou seja, que o menor terá capacidade para consentir, para permitir que a sua integridade física seja violada, mas não para discordar, para impedir que

para os 16 anos de idade, considerando que se verifica um “desenvolvimento da sociedade e o amadurecimento precoce dos jovens”. No entanto, não fundamenta doutrinal ou cientificamente este seu entendimento. Por outro lado, afirma ainda que não aceita “que haja um retrocesso nos direitos atribuídos aos menores” e que a uniformização feita não devia ter sido pela revisão de 2007 do CP, mas através de alteração das leis avulsas. *Idem*, p. 126. A autora defende que o limite deveria voltar a descer para os 14 anos, não excluindo a possibilidade de nova descida (para os 12 anos), no futuro, atendendo ao facto de considerar que “os menores adquir[em] maturidade cada vez mais cedo”, embora sempre em conjugação com o critério da capacidade natural, visto serem pressupostos cumulativos para que o consentimento seja válido e eficaz. *Idem*, p. 127.

⁵¹ É preciso, no entanto, estar atento para que esta natural tendência dos pais para a “defesa” da sobrevivência das crianças não vá ao ponto de lhes fazer submeter o menor a tratamentos fúteis ou que se limitem a adiar o inevitável, por vezes até à custa do seu sofrimento. Aqui deve ser chamada a intervenção do tribunal, que há-de decidir de acordo com o superior interesse da criança. Neste sentido, v., também, ANA AMORIM, «O consentimento informado de menores; reflexões críticas sobre a lei actual», p. 124.

determinada intervenção médica, necessária para assegurar a sua saúde, ou a sua vida, possa realizar-se⁵². Compreende-se que se tenha a tentação de proteger o menor – o interesse objectivo do menor, que será salvaguardar-se a sua vida e a sua saúde, através da realização do tratamento, da intervenção cirúrgica ou da transfusão de sangue – contra as decisões que ele próprio possa tomar e que vão contra este interesse objectivamente considerado. Há, ainda, autores que não vão tão longe, mas afirmam que se um menor que não consente na realização de actos médicos necessários, mesmo após ter sido devidamente esclarecido das consequências da sua recusa (nomeadamente tendo-se socorrido o médico da ajuda dos pais para o convencer do contrário), provavelmente dará indícios de que, afinal, não possui capacidade natural para decidir, pelo que a sua recusa deverá ser afastada, passando a ser os pais a decidir em seu lugar⁵³. Afirmam que se deve exigir ao menor que queira dissentir um grau de competência superior àquele que é exigível para o consentimento, “pois o jovem tem de entender a provável irreversibilidade da sua decisão, assim como a possibilidade de consequências graves fundamentadas na sua recusa”⁵⁴.

Não podemos deixar de manifestar a nossa estranheza relativamente a estas posições. Então entendemos que o menor tem capacidade para decidir enquanto ele decidir aquilo que achamos ser correcto, mas retiramos-lhe a possibilidade de o fazer assim que manifesta uma posição diferente da nossa?

Há que reconhecer o seguinte: ou o menor tem capacidade natural para decidir, ou não tem. Se tem mais de dezasseis anos e lhe reconhecemos capacidade natural para dizer que

⁵² No sentido de que da norma do art.º 38.º, n.º 3, não poderia “retirar[-se], de forma segura, que o legislador previu também uma situação de maioridade especial para a recusa, pelo que, na dúvida, deve prevalecer a incapacidade”, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, «Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos», *cit.*, p. 153. Trata-se, segundo o autor, de uma solução de favor vitae salutis. *Idem*, p. 155. Em sentido contrário, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, O consentimento informado na relação médico-paciente, *cit.*, pp. 320 a 322. e GERALDO ROCHA RIBEIRO, «Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)», *cit.*, p. 126.

⁵³ ANA AMORIM, «O consentimento informado de menores; reflexões críticas sobre a lei actual», p. 128.

⁵⁴ ANA AMORIM, «O consentimento informado de menores; reflexões críticas sobre a lei actual», p. 119. A autora refere, ainda, que só poderá ser considerado válido o dissentimento do menor que se tenha baseado na consideração dos riscos, consequências e efeitos secundários do procedimento médico, mas já não se este se baseou exclusivamente no medo do menor em submeter-se-lhe. É estranha esta ideia, porque ao adulto não se lhe retira a possibilidade de decidir, ainda que o que tenha pesado na sua decisão tenha sido o medo – respeita-se a sua auto-determinação, porque a pessoa “está no seu direito” de recusar o tratamento médico, desde que, obviamente tenha capacidade para avaliar a situação.

sim, temos de respeitar a sua decisão se disser que não. Se o não fizermos, na prática, estamos a negar-lhe capacidade alguma⁵⁵.

Finalmente, uma coisa é o menor ter capacidade de consentir por si em actos médicos, outra questão é poder passar-se por cima da vontade do menor mesmo que não caiba a este consentir. Há doutrina que afirma que a regra estabelecida no n.º 4 do art. 8.º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, relativa à colheita e transplante de órgãos e outras substâncias, se aplica em geral a todas as limitações aos direitos de personalidade dos menores⁵⁶. Como vimos, nos termos desta norma, “a dádiva e colheita de órgãos, tecidos ou células de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carecem também da concordância destes”. Assim, tratando-se de menor que ainda não tenha dezasseis anos de idade, mas já tenha capacidade de entendimento e de manifestação da vontade, apesar de não poder consentir por si, possuirá um “direito de veto”.

Pensamos que esta norma faz pleno sentido no caso da colheita de órgãos e outras substâncias. Também entendemos que faz todo o sentido nos casos de aborto. Pelo facto de a menor não ter capacidade para consentir por si na prática de aborto, tendo de ser os seus pais a autorizar o procedimento médico em seu lugar, isso não significa que esta possa ser obrigada a abortar contra a sua vontade. Aqui não está em causa a saúde, a vida ou a integridade física da menor. Além disso, como vimos, a nossa lei vai reconhecendo, progressivamente, campos de autonomia ao menor e o direito a ser ouvido e a ver a sua opinião ser tomada em conta. Permitir aos pais fazer tábua rasa da decisão da menor de levar a gravidez a bom termo poderia ter repercussões sérias, nomeadamente na integridade psíquica da menor. Além disso, está em causa também a vida da criança que está a ser gerada, o que significa que podem levantar-se aqui questões mais complicadas do que a

⁵⁵ No mesmo sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., p. 322, onde o autor afirma que, na ponderação entre os vários interesses em jogo, opta pela autonomia do menor maduro e pela livre realização da sua personalidade; contudo, não deixa de defender que, em casos limite (de recusa de tratamentos vitais), justificar-se-à “uma atitude de especial exigência na avaliação da capacidade para consentir. Mas especial exigência não significa que se admita uma ‘falsificação’ da incapacidade”.

⁵⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 215, n. 233.

mera questão do consentimento para a intervenção médica no corpo da menor⁵⁷. Por tudo isto, não creio que os pais possam forçar esta menor a abortar, se não estiver em causa a sua saúde⁵⁸. Mas e se estiver?

Entender que o direito de veto do menor⁵⁹ consagrado no art. 8.º, n.º 4, da Lei n.º 12/93, se aplica em todos os outros actos médicos pode tornar-se problemático. O interesse objectivo do menor (sobreviver) pode colidir com o seu interesse subjectivo. Imaginemos o caso de um menor com dez anos que tem gangrena numa perna, precisando de a amputar. Os pais, aconselhados pelos médicos neste sentido, autorizam a amputação, mas o menor em questão opõe-se, porque não quer viver sem perna. Tem direito de veto? Talvez possamos dizer que ainda é muito novo, que seguramente não entende ou não valora devidamente as consequências da sua não concordância e, portanto, não existirá o direito de veto previsto na norma. Mas e se este tiver quinze anos?

Creemos que nestes casos, ainda assim, não existirá direito de veto⁶⁰. A lei estabeleceu o marco dos dezasseis anos por alguma razão. Quando se tratar de um caso-limite como os aqui considerados e estiver em causa o interesse objectivo do menor de dezasseis anos, a decisão caberá aos pais, embora estes devam ter em consideração a opinião do menor, nos termos do art. 1878.º, n.º 2. Deve, no entanto, como vimos atrás, equacionar-se, também, a hipótese de recurso ao tribunal, caso a decisão dos pais não vá de encontro ao interesse objectivo do menor; na impossibilidade de este recurso poder fazer-se em tempo útil, ou

⁵⁷ É de referir ainda a possibilidade de o pai do nascituro querer opor-se ao aborto. Pedro Pais de Vasconcelos considera incompatível com o direito do pai à paternidade e com o princípio da igualdade do pai e da mãe a desconsideração da oposição do pai ao aborto, não sendo justificável a sua exclusão sobre esta decisão. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 56.

⁵⁸ Defendendo, igualmente, um direito de veto da menor com capacidade de discernimento (maxime entre os 14 e os 16 anos) caso os representantes legais queiram que esta aborte contra a sua vontade, “como garantia de dignidade” e com “fundamento supra-legal no direito à integridade física (art.º 25.º CRP e com certa refracção no direito à vida, previsto no art.º 24.º CRP)”, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., p. 312.

⁵⁹ Distinguindo três grupos de direitos de veto e uma diferente capacidade para vetar, *idem*, pp. 331 e ss., onde o autor, explica, também, que não deve confundir-se o veto com “as reacções instintivas de defesa (...) como por exemplo, medo de agulhas compridas, de brocas de dentista, etc. Este tipo de reacções não pode ser aceite como uma declaração de veto, sob pena de não se cumprirem os deveres de assistência (*Fürsorge*) dos incapazes”.

⁶⁰ Pensamos que seguirá também neste sentido, entendendo que a criança terá um direito de oposição aos tratamentos médicos, desde que esta não faça perigar gravemente a sua vida ou saúde, ROSA CÂNDIDA MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», cit., p. 824 e 825.

seja, havendo urgência, deve prevalecer o interesse objectivo do menor nos termos já descritos.

2.4. Conclusões

Em suma, pensamos que o menor com mais de dezasseis anos pode consentir por si na realização de actos médicos, desde que o médico comprove a existência de capacidade natural nesse sentido.

Caso estejamos perante um menor com menos de dezasseis anos, mas que possua capacidade natural, se estivermos perante actos médicos ou intervenções menores, uma aplicação analógica do art. 127.^o, n.^o 1, al. b), conceder-lhe-á capacidade para consentir; nas intervenções de maior envergadura, o menor não poderá consentir. Ainda assim, o menor com menos de dezasseis anos deverá ser ouvido e a sua opinião deverá ser tida em conta na tomada de decisão por parte dos pais, sendo que quanto mais maturidade possua o menor, mais esta opinião deverá ser valorizada, nos termos do que determina o art. 1878.^o, n.^o 2. Assim, concordamos com a doutrina que afirma que “[o] poder de decisão conferido aos pais não se pauta apenas por critérios objectivos concretizadores do interesse superior da criança, igualmente têm de ser tidos em conta os seus interesses superiores subjectivos”, em concordância com o determinado na Convenção dos Direitos da Criança (art. 12.^o) e na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (art. 6.^o)⁶¹. Igualmente neste sentido segue a Lei de Bases dos Cuidados Paliativos, que determina na sua Base V (Direitos dos doentes), n.^o 4, que “[a]s crianças, os adolescentes e as pessoas incapacitadas sob tutela têm o direito de expressar a sua vontade e essa vontade deve ser considerada pelo médico”⁶².

3. Resposta às questões colocadas

⁶¹ GERALDO ROCHA RIBEIRO, «Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)», *cit.*, p. 129.

⁶² Disponível para consulta em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/174841/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2052%2F2012>, consultado em 17 de julho de 2017. O n.^o 3 da Base V ainda refere que “[o]s menores e maiores sem capacidade de decisão não podem tomar, sozinhos, decisões relativas aos cuidados paliativos”.

Penso que estamos, agora, em condições de responder aos casos que coloquei no início desta exposição:

- Pode um rapaz de catorze anos decidir que não quer continuar com o tratamento de quimioterapia que faz há anos por estar cansado de sofrer e preferir morrer?

Não pode. Os menores necessitam de atingir pelo menos a idade de dezasseis anos para poder decidir por si relativamente a actos médicos de relevo. Terão de ser os seus pais a decidir, embora devam ter em consideração a sua vontade na medida da sua maturidade.

Poderá, ainda, colocar-se a questão de se entender que a decisão dos pais (caso estes optem por cumprir a vontade do menor e não realizar o tratamento), apesar de respeitar o interesse subjectivo do menor, viola o seu interesse objectivo. Se assim for, deverá recorrer-se ao tribunal para que este avalie a necessidade de se limitar (ou não...) as responsabilidades parentais. O tribunal terá de decidir se a vontade da família (de respeitar a vontade do menor) deve ser mantida. Haverá situações limite em que se poderá não justificar este desrespeito (caso os tratamentos se limitem a adiar o inevitável, não nos parece que o superior interesse da criança seja sobreviver em sofrimento por mais algum tempo).

- Pode uma rapariga de quinze anos abortar dentro das dez semanas em que a lei permite a interrupção voluntária da gravidez?

Não pode. Mais uma vez, a lei exige um mínimo de dezasseis anos para que o consentimento da menor em questão seja válido.

- E se ela não quiser abortar, mas os pais quiserem que ela o faça por entenderem que ela ainda não tem maturidade suficiente para ser mãe?

O art. 142.º, n.º 5, do CP, quanto à interrupção voluntária da gravidez de mulher grávida com menos de dezasseis anos, determina que o consentimento (em bom rigor, a autorização na intervenção) terá de ser prestado pelo seu representante legal. Mas uma coisa é terem de ser os pais a “consentir” no lugar de uma menor com quinze anos, quando esta quer abortar. Outra, é os pais da menor em causa pretenderem forçá-la a abortar contra a sua vontade. Entendemos que a lei não lhes reconhece esse direito.

- Pode um rapaz de dezasseis anos recusar uma transfusão de sangue por questões religiosas?

Sim. Desde que o médico comprove que o menor em questão possui maturidade suficiente, possui capacidade natural para consentir, foi informado devidamente e tomou uma decisão consciente, creio que o menor pode decidir. Mesmo que os pais estejam contra. A decisão cabe ao menor.

Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos

Escola de Direito

Universidade do Minho

2017



Universidade do Minho
Escola de Direito

Título: **Anuário de Direitos Humanos - Nº 0**

Edição: **Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos
Escola de Direito da Universidade do Minho**

Diretora: **Anabela Susana de Sousa Gonçalves**

Data: **Dezembro 2017**

ISSN: **2184-1853**