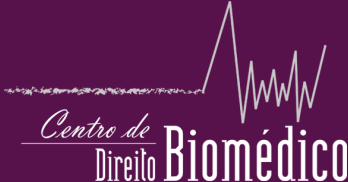


Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 13 - n.º 25-26 - 2016
Publicação Semestral


Centro de
Direito **Biomédico**

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Ficha Técnica

Conselho Redatorial

João Carlos Loureiro (Diretor)
(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e
Centro de Direito Biomédico da FDUC)

André Dias Pereira

(Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito
Biomédico da FDUC)

Carla Barbosa

(Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Propriedade da Revista

Centro de Direito Biomédico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Pátio das Escolas
3004-528 Coimbra
Telef./Fax: 239 821 043
cdb@fd.uc.pt
www.centrodedireitobiomedico.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde
Ano 13 - n.º 25/26 - Janeiro/Dezembro 2016
Publicação Semestral

Execução gráfica

Ana Paula Silva

ISSN 1646-0359

Depósito Legal: 214 044/04

Reg. ICS 124 765

O Centro de Direito Biomédico, fundado em 1988, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do direito da saúde entendido num sentido amplo, que abrange designadamente, o direito da medicina e o direito da farmácia e do medicamento. Para satisfazer este propósito, desenvolve ações de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.

Sumário

Nuno Manuel Pinto Oliveira <i>Interesses Experienciais e Interesses Críticos: Os Casos do Aborto e da Eutanásia em Life's Dominion e em Justice for Hedgehogs</i>	5
Luís Vasconcelos de Abreu	15
<i>O Direito e a Medicina</i>	
Ana Rita Alfiante <i>Algumas Questões sobre a Responsabilidade Penal dos Menores em Portugal: O Problema Específico da Aferição da (In)Imputabilidade Penal em Razão da Idade</i>	23
Camila Lima <i>Trabalhador com VIH/SIDA na Perspetiva Luso-Brasileira: O Direito à Mentira como Salvaguarda ao Acesso e à Segurança no Emprego</i>	35
Helga Fonseca <i>O Contrato de Prestação de Serviços Médicos (Treatment) no Anteprojecto de um Quadro Comum de Referência (do Direito Privado Europeu)</i>	53
Andreia da Costa Andrade <i>O Direito à Proteção da Saúde em Face da Crise do Estado Social</i>	73
Vária:	
João Carlos Loureiro <i>Vulnerabilidade e Direito da Saúde: Palavras Introdutórias</i>	89
João Carlos Loureiro Guilherme de Oliveira: <i>A Propósito de uma Homenagem Feita Estudos</i>	93
Notícias e Relatório de Atividades	97

INTERESSES EXPERIENCIAIS E INTERESSES CRÍTICOS: OS CASOS DO ABORTO E DA EUTANÁSIA EM *LIFE'S DOMINION* E EM *JUSTICE FOR HEDGEHOGS*

Nuno Manuel Pinto Oliveira

Palavras-chave: Dworkin; interesses críticos; aborto; eutanásia

Keywords: Dworkin; critical interests; abortion; euthanasia

Resumo: Em duas obras fundamentais da filosofia do direito contemporânea, *Life's Dominion* e *Justice for Hedgehogs*, Dworkin propõe um paradigma para a regulação jurídica do aborto e da eutanásia. Entre os conceitos fundamentais do paradigma proposto estão os conceitos de autonomia ética, de independência ética e de interesses críticos. Cada pessoa deveria ter o direito de se autodeterminar de acordo com os seus interesses críticos. O presente texto aprecia a adequação do argumento dos interesses críticos para explicar e justificar um direito ao aborto ou um direito à eutanásia.

Abstract: In *Life's Dominion* as well as in *Justice for Hedgehogs*, Dworkin proposes a paradigm for the legal regulation of abortion and euthanasia. In designing such a paradigm, Dworkin develops the concepts of ethical autonomy, ethical independence, and critical interests. Each person were to have the right to self-determination in accordance with their critical interests. In this essay, I intend to assess whether the critical interests' argument may be appropriate to justify a right to abortion, or a right to euthanasia.

1. O princípio da autonomia ética ou da independência ética

O conceito de *interesses críticos* relaciona-se com um paradigma do direito e da política. Dworkin descreve-o, articulando três princípios:

Em primeiro lugar, o Estado e o direito deveriam ou, pelo menos, poderiam pronunciar-se so-

bre as (chamadas) *questões morais*.

Dworkin define-as — às *questões morais* — como *questões de justiça na relação com o outro*; como *questões de responsabilidade para com o outro*. Os princípios e as regras da moral dir-nos-iam aquilo que devemos ou que não devemos fazer para tratar o outro com justiça.

Em segundo lugar, entre os princípios e as regras da moral (= da moralidade política) estaria o *princípio da imparcialidade*. O Estado deveria pronunciar-se sobre as *questões de justiça interpessoal* “em consonância com os interesses de todas as pessoas envolvidas e afectadas”.

Em terceiro lugar, o Estado e o direito não poderiam ou, pelo menos, não deveriam pronunciar-se sobre as (chamadas) *questões éticas*.

Dworkin define-as — às *questões éticas* — como *questões de justiça na relação conosco mesmo*; como *questões de responsabilidade para conosco mesmo*. Os princípios e as regras da ética dir-nos-iam aquilo que devemos ou não devemos fazer para nos tratarmos com justiça; aquilo que devemos ou não devemos fazer para termos uma *vida boa*.

Entre os corolários do *princípio da imparcialidade* estaria o *princípio da neutralidade* entre as *concepções do bem* de cada um dos indivíduos — entre as *concepções* sobre aquilo que é ou não é uma *vida boa*.

O sentido dos termos *ética* e *moral* carece de esclarecimento. Ricoeur diz, de forma paradigmática, que

“[r]ien dans l'étymologie ou dans l'histoire de l'emploi des termes ne l'impose. L'un vient du grec, l'autre du latin; et les deux renvoient à l'idée intuitive de mœurs, avec la double connotation [...] de ce qui est estimé bon et de ce qui s'impose comme obligatoire”.

O termo *ética* remete para uma *representação do bem*; “de ce qui est estimé bon”. O termo *moral*, para uma *representação do dever*; “de ce qui s'impose comme obligatoire”. Ora a *representação do bem*, “de ce qui est estimé bon”, pode relacionar-se com o bem da comunidade (com o bem comum) ou com o bem de cada um dos membros da comunidade (com o bem de cada indivíduo).

Estando em causa a *representação do bem da comunidade* (do bem comum), poderá falar-se — como faz Habermas — em *questões ético-políticas*: estando em causa a *representação do bem de cada um dos membros da comunidade* (= a *representação do bem de cada indivíduo*), poderá falar-se — como faz Habermas — de *questões ético-existenciais*.

O *princípio da imparcialidade*, concretizado no *princípio da neutralidade* entre as *concepções do bem* de cada um dos indivíduos, implicaria uma prioridade (definitiva?) da *autodeterminação ético-existencial* sobre a *autodeterminação ético-política*. O Estado deveria respeitar a *autonomia ética* ou a *independência ética* de cada indivíduo. Cada indivíduo deveria ter a liberdade de procurar e de prosseguir a sua *concepção do bem*.

Ora a *concepção do bem* de cada um dos membros da comunidade (cada indivíduo) concretiza-se em *interesses críticos*. O dever do Estado de respeitar a *autonomia ética* ou a *independência ética* de cada indivíduo concretiza-se no dever de respeitar os seus *interesses críticos*.

2. O conceito de interesses críticos

Dworkin distingue dois tipos de razões para que

uma pessoa faça ou não faça alguma coisa; para que uma pessoa dê à vida uma determinada direcção. O primeiro corresponderia aos *interesses experienciais* ou *interesses volicionais*. O segundo, aos *interesses críticos*. Os dois conceitos (*interesses experienciais* e *interesses críticos*) carecem de esclarecimento.

3. (Cont.) Os interesses críticos como razões para desejar que o conjunto das experiências de uma pessoa exprima escolhas coerentes

Os interesses experienciais ou volicionais são razões para desejar as experiências agradáveis e para não desejar as experiências desagradáveis. O valor das experiências, consideradas em si (isoladamente), depende de as considerarmos agradáveis ou desagradáveis *como experiências*. Os interesses críticos são razões para desejar que o conjunto das experiências agradáveis e desagradáveis tenha uma determinada estrutura. Dworkin descreve-a como uma *estrutura que exprima escolhas coerentes*.

Os termos *estrutura* ou *estrutura que exprima escolhas coerentes* significam (i) que as escolhas de uma pessoa são determinadas por princípios e por valores; (ii) que os princípios e os valores determinantes são em número relativamente restrito; (iii) que os princípios e os valores determinantes, em número relativamente restrito, são harmonizáveis entre si.

Caso as escolhas de uma pessoa sejam coerentes, a sua vida exprimirá um compromisso constante, constitutivo do “eu”, “no sentido de uma determinada perspectiva do carácter ou do fim que uma vida, entendida como uma narração criativa integrada, [deve] exprimir ou ilustrar”.

Dworkin fala de um ideal de *coerência* ou de *integridade*; ainda que a coerência ou a integridade não fossem tudo, seriam alguma coisa: “revest[ir]-

-se[-iam] de grande importância na vida, como na ciência e na arte”.

4. (Cont.) Os interesses críticos como razões para desejar que as escolhas coerentes sejam escolhas correctas

O valor dos interesses experienciais ou volicionais é um *valor subjectivo*. O valor dos interesses críticos é um *valor objectivo*. O facto de os reconhecermos, ou de não os reconhecermos, não os prejudica.

As pessoas que conhecem o valor dos interesses críticos, satisfazendo-os, transformam (podem transformar) a sua vida numa vida melhor; as pessoas que não conhecem o valor dos interesses críticos, não os satisfazendo, transformam-na numa vida pior: “não [...] reconhecer [= os interesses críticos] significa cometer um erro, tornar pior a própria vida”.

O sentido dos termos *tornar melhor a própria vida* ou *tornar pior a própria vida* deve esclarecer-se: *Tornar melhor a própria vida* não significa *tornar a vida mais agradável*; não significa, de forma nenhuma, *adoptar um estilo de vida* que permita gozá-la melhor. *Tornar pior a própria vida* não significa *tornar a vida menos agradável*. — Os *interesses críticos* fazem com que tornar a vida de uma pessoa mais ou menos agradável, com que *gozar a vida*, seja, “no fim de contas, menos importante do que parecia”.

O termo *tornar melhor a própria vida* significa fazê-la participar dos bens fundamentais; significa enchê-la com as coisas que são “boas em si mesmas” ou *torná-la mais coerente com os princípios e com os valores que são certos e verdadeiros*. O termo *tornar pior a própria vida*, esse, significa esvaziá-la das coisas que são “boas em si mesmas”; *torná-la menos coerente com os princípios e com os valores que são certos e verdadeiros*.

5. (Cont.) Os interesses críticos como representações particulares de bens ou valores universais

Entre cada pessoa e os seus interesses críticos há específica relação cognitiva (teorética). O conhecimento dos *interesses críticos* de uma pessoa é algo impreciso. Em primeiro lugar, cada pessoa tem tão-só uma representação do sentido geral do *estilo de vida* desejado. Em segundo lugar, cada pessoa tem tão-só uma representação do sentido geral do *tipo de escolhas* que corresponde ao *estilo de vida* desejado — ao *estilo de vida* que contribui para que a sua vida se torne autenticamente melhor.

Dworkin convoca o conceito de *convicções*, com ou sem o adjectivo *substanciais*: cada pessoa tem tão-só *convicções* sobre os seus interesses críticos — sobre os interesses cuja satisfação “contribui para tornar boa a vida, no seu conjunto”; cuja satisfação contribuiu para tornar melhor a vida, no seu conjunto. Ora o conceito de *convicções* implica a *autenticidade*, a *liberdade* e a *verdade*. As *convicções* sobre os princípios e os valores que são *certos* e *verdadeiros* só têm valor desde que sejam *autênticas* — e só podem ser autênticas desde que sejam *livres*.

Entre as *convicções* em causa estão, p. ex., as *convicções religiosas*. Ora “a verdade não se impõe de outro modo senão pela sua própria força, que penetra nos espíritos de modo ao mesmo tempo suave e forte”.

6. (Cont.) Os interesses críticos como compromisso com representações particulares de bens ou valores universais

Independentemente de se conformarem de uma forma conservadora ou de uma forma progressiva, os interesses críticos exigem um *compromisso*:

“as decisões que moldam a nossa vida são sobretudo [...] ocasiões [...] para o compromisso”.

Entre cada pessoa e os seus interesses críticos há uma específica relação prática. Os interesses experienciais podem ser satisfeitos de uma forma passiva. Cada pessoa pode ter experiências, agradáveis ou desagradáveis, sem fazer nada para as ter. Os interesses críticos, esses, só podem ser satisfeitos de uma forma activa — a integridade de uma pessoa depende de fazer, ou de ter feito, aquilo que corresponde às suas convicções; depende, p. ex., de “ter contribuído para alguma coisa, ter ajudado alguém, ter criado relações de confiança com outras pessoas”.

7. (Cont.) Os interesses críticos como razões para desejar fazer alguma coisa ou ser alguma coisa

Nozick fala de uma “máquina da experiência”, desenhada para proporcionar todas as experiências que uma pessoa quisesse ter — entre as quais estariam, p. ex., a experiência de estar a fazer um amigo, ou de estar a escrever um grande livro, ou de estar a ler um grande livro. Entre uma vida só com experiências agradáveis, determinadas por uma qualquer “máquina da experiência”, e uma vida com experiências agradáveis e desagradáveis, determinadas por escolhas coerentes, Nozick sustenta que deve dar-se preferência ou prioridade à segunda por, pelo menos, três razões.

Em primeiro lugar, a nossa representação de uma vida boa implica fazer determinadas coisas; queremos fazer determinadas coisas, e não só ter a experiência de as fazer, ou de as ter feito. Em segundo lugar, a nossa representação de uma vida boa implica ser alguma coisa; queremos ser uma determinada pessoa, e não só ter a experiência de a ser, ou de a ter sido. Em terceiro lugar, impli-

ca o contacto com a realidade — com uma realidade mais profunda que uma qualquer realidade artificial:

“plugging into an experience machine limits us to a man-made reality, to a world no deeper or more important than that which people can construct”.

Entre os argumentos deduzidos por Nozick, para sustentar por que devemos recusar uma vida contendo exclusivamente experiências agradáveis, proporcionadas por uma qualquer “máquina da experiência”, e os argumentos deduzidos por Dworkin, para sustentar por que devemos aceitar uma vida contendo experiências agradáveis e experiências desagradáveis, proporcionadas por escolhas coerentes, há uma *relação de semelhança*.

O interesse em *fazer determinadas coisas*, ou em *ser uma determinada pessoa*, em contacto com uma realidade *mais profunda* e, conseqüentemente, *mais significativa* que qualquer *realidade artificial*, corresponde exacta ou quase exactamente ao conceito de *interesse crítico*.

8. O princípio da autonomia ética ou da independência ética como fundamento de um direito ao aborto e de um direito à eutanásia

Estando em causa acções ou omissões relacionadas com interesses críticos, cada indivíduo tem ou deveria ter o direito de os resolver conforme as suas convicções. Dworkin alega que cada um de nós, como pessoa, considera importante duas coisas: em primeiro lugar, “consideramos importante tomar as decisões mais correctas” e, em segundo lugar, “consideramos [...] importante tomar as decisões mais coerentes com o nosso ideal de vida, connosco próprios”. O Estado deveria dar-nos o direito de tomar as decisões *mais coerentes com o nosso ideal de vida*.

Os problemas relacionados com o bem ou o valor da vida humana no seu *estádio inicial* (da vida humana ainda não nascida ou ainda não capaz de consciência) ou no seu *estádio final* (da vida humana já não capaz de consciência), como, p. ex., os problemas do aborto e da eutanásia, seriam sempre problemas relacionados com os *interesses críticos* — as opções sobre a vida e a sobre a morte seriam as (ou das) opções “mais importantes [...] para a formação e para a expressão da personalidade”.

O Estado deveria dar-nos, a cada um de nós, o direito de decidir o problema do aborto de acordo com as nossas convicções sobre o valor da vida no seu *estádio inicial* e de decidir o problema da eutanásia de acordo com as nossas convicções sobre o valor da vida no seu *estádio final*.

O *princípio* de que cada pessoa tem o direito de decidir o problema do aborto de acordo com as suas convicções sobre o valor da vida humana no seu *estádio inicial* concretizar-se numa *regra simples*. O Estado teria o dever de afirmar a licitude ou, pelo menos, teria o dever de negar a ilicitude do aborto durante os seis primeiros meses de gestação. O *princípio* de que cada pessoa tem o direito de decidir o problema da eutanásia de acordo com as suas convicções sobre o valor da vida humana no seu *estádio final*, esse, não se concretizaria em nenhuma *regra simples*. Dworkin diz, simplesmente, que a morte tem “uma importância especial e simbólica”.

Cada pessoa teria direito a uma *morte digna*. O termo *morte digna* designaria (deveria designar) uma *morte adequada à vida* — a morte só seria *digna* desde que confirmasse, “em termos muito nítidos”, “os valores que [as pessoas] reconhecem como os mais importantes das suas vidas”.

9. O caso do aborto. O pressuposto de que o caso do aborto é uma questão ética

Dworkin pressupõe que o caso do aborto deva representar-se como uma *questão ética*. A protecção da vida humana já nascida representaria uma *questão moral* — a *vida humana já nascida* seria a vida de uma *pessoa*. O respeito pela vida humana já nascida, pela vida de um ser com *interesses próprios*, resultaria do dever de tratar o outro com justiça. A protecção da vida humana ainda não nascida representaria uma *questão ética* — a *vida humana ainda não nascida* não seria a vida de uma *pessoa*. O respeito pela vida humana ainda não nascida, pela vida de um ser sem *interesses próprios*, não resultaria do dever de tratar o outro com *justiça* — não havendo uma *pessoa*, não haveria nenhum dever de o tratar com *justiça*.

10. Explicitação das razões por que não deve aceitar-se o pressuposto de que o caso do aborto é uma questão ética

O problema está em que pressuposto de que o caso do aborto deva representar-se como uma *questão ética* é um pressuposto *insustentável*.

Entendendo-se — como entende Dworkin — que as *questões morais* são *questões de justiça interpessoal*, cada *questão moral* decompõe-se (deve decompor-se) em duas. A primeira é a questão do *reconhecimento do outro* (como *pessoa*) e a segunda é a questão do *tratamento do outro*. Independentemente da resposta que deva dar-se-lhe, a questão do reconhecimento do *outro* como *pessoa* é, sempre, uma *questão moral*.

Entre as experiências mais graves de *negação da justiça interpessoal* estão as experiências de *negação*

de que haja uma *questão de justiça*, através do *não reconhecimento do outro (como pessoa)*. O fenómeno da *escravatura*, como as formas mais graves de discriminação, são precisamente fenómenos de *não reconhecimento do outro*.

O tema do aborto relaciona-se essencialmente com a *questão do reconhecimento do embrião como o outro (como pessoa)* — e, relacionando-se essencialmente com a *questão do reconhecimento do embrião como o outro*, o tema do aborto deve representar-se com uma *questão moral*.

11. (Cont.) A analogia entre os problemas do aborto antes do nascimento e do aborto depois do nascimento

Os casos do *aborto antes do nascimento* e do *aborto depois do nascimento* são casos análogos, colocando *questões morais* análogas.

Michael Tooley, Peter Singer e Helga Kuhse e, em 2012, Alberto Giubilini e Francesca Minerva sustentaram que os recém-nascidos não são pessoas. Os argumentos deduzidos a favor da licitude / da não ilicitude da destruição de uma vida humana ainda não nascida aplicar-se-iam ou deveriam aplicar-se *a pari* à destruição de uma vida humana já nascida (ao infanticídio). Os argumentos deduzidos a favor da licitude / da não ilicitude de um *aborto antes do nascimento* aplicar-se-iam ou deveriam aplicar-se *a pari* ao *aborto depois do nascimento*. O princípio de que o problema do *aborto depois do nascimento* é uma *questão moral* implica logicamente o resultado de que o problema do *aborto antes do nascimento* também o é.

12. (Cont.) A analogia entre os critérios de resolução dos problemas do aborto antes do nascimento e do aborto depois do nascimento

O critério da *potencialidade* para alcançar o *estatuto moral* pleno afigura-se critério *jurídica e moralmente* adequado para resolver os dois problemas. Entre a vida da pessoa humana *antes do nascimento* e *depois do nascimento* não há diferenças essenciais. O caso do *aborto depois do nascimento* deve resolver-se através do *reconhecimento* de que a vida humana já nascida é a vida de uma *pessoa humana*. O caso do *aborto antes do nascimento* deve resolver-se através do *reconhecimento* de que a vida humana não nascida é a vida de uma *pessoa humana*. Os princípios e as regras sobre o *aborto depois do nascimento* devem tratá-la *com justiça*.

O dever do Estado de respeitar a *autonomia ética*, a *independência ética* ou os *interesses críticos* de cada indivíduo limita-se (deve limitar-se) às *questões éticas*. A representação do caso do aborto como uma *questão moral* implica a *irrelevância* do argumento dos *interesses críticos*.

13. Os corolários da representação do caso do aborto como uma questão moral. O argumento dos interesses críticos não pode ser o fundamento de um direito ao aborto

O argumento dos *interesses críticos* não pode ser o fundamento de um direito *prima facie* ao aborto; ainda que pudesse ser o fundamento de um direito *prima facie*, não poderia ser o fundamento de um direito *definitivo*.

Em primeiro lugar, o Estado tem o dever de conformar o direito de autodeterminação de acordo com os *interesses críticos* para proteger a capaci-

dade e a liberdade de cada pessoa perante o perigo de uma *perturbação importante da possibilidade fáctica de autodeterminação*.

Em segundo lugar, ainda que a capacidade e a liberdade de cada pessoa estivessem protegidas, o Estado tem o dever de limitar o direito de autodeterminação para proteger bens ou valores fundamentais.

Entre os bens ou valores fundamentais está o valor da vida. Dworkin di-lo de forma expressiva ao falar da *sacralidade* ou *santidade* da vida. O alcance da representação da vida humana como *bem* ou *valor fundamental* compreende o *estádio inicial* da vida de uma pessoa humana — ou seja, compreende a vida de uma pessoa humana (ainda) *não nascida*.

Ora os princípios da razão prática têm (pelo menos) os seguintes três corolários: (i) a proibição das preferências arbitrárias entre bens ou valores fundamentais; (ii) o *respeito* por todos os bens ou valores fundamentais; e, por último, (iii) o *igual respeito* por todos os bens ou valores fundamentais — *todos os bens ou valores fundamentais são igualmente fundamentais*.

O princípio da proibição das preferências arbitrárias entre bens ou valores fundamentais tem como corolário a ilicitude de um aborto sem razão, ou por razões superficiais.

Dworkin dá como exemplo o caso de uma mulher que aborta para não alterar os seus planos de férias. Ora um aborto sem razão, ou um aborto determinado por razões superficiais, não exprime um adequado reconhecimento ou um adequado respeito pelo valor da vida humana. Estando em causa uma acção arbitrária, que não exprime um adequado reconhecimento do valor da vida, deverá duvidar-se da sua ilicitude?

14. O caso da eutanásia. O pressuposto de que o caso da eutanásia é uma questão ética. Explicitação das razões por que deve aceitar-se o pressuposto de que o caso da eutanásia é uma questão ética

Dworkin pressupõe ainda que o caso da eutanásia deva representar-se como uma *questão ética*: a protecção da vida da pessoa humana, da *minha* ou da *nossa vida*, nas *relações com o outro* seria sempre uma *questão moral*; a protecção da vida da pessoa humana, da *minha* ou da *nossa vida*, nas *relações comigo* ou *connosco* seria sempre (e só) uma *questão ética*.

O problema da incorrecta representação do caso do *aborto* como uma *questão ética* não contamina o raciocínio desenvolvido em relação ao caso da *eutanásia*. Entre os casos do *aborto* e da *eutanásia* há uma diferença fundamental: o caso do *aborto* não é essencialmente um problema de *autonomia ética* ou de *independência ética*; o caso da *eutanásia*, sim.

15. Os corolários da representação do caso da eutanásia como uma questão ética. O argumento dos interesses críticos pode ser o fundamento de um direito à eutanásia

O princípio de que *cada indivíduo deve ter a liberdade de procurar e de prosseguir a sua concepção do bem* significaria que cada indivíduo deve ter a liberdade de conformar o seu *plano coerente* ou o seu *plano racional de vida* de acordo com os seus *interesses críticos*. Entre os elementos de um *plano coerente* ou de um *plano racional de vida* estaria (poderia estar) o *processo da morte*, por causa da sua importância simbólica. O princípio de que *cada indivíduo deve ter a liberdade de procurar e de prosseguir a sua concepção do bem* significaria que *cada indivíduo*

deve ter a liberdade de conformar o processo da sua morte de acordo com os seus interesses críticos; de acordo com os valores que reconhece e respeita como os mais importantes.

16. Explicitação do alcance do direito à eutanásia. O direito à eutanásia como direito *prima facie*

Dworkin desvaloriza injustificadamente a diferença entre o direito de decidir de acordo com os interesses críticos como *princípio* (como direito *prima facie*) e o direito de decidir de acordo com os interesses críticos como *regra* (como direito definitivo). O *modelo de princípios*, em que o argumento dos interesses críticos faz sentido (faz todo o sentido), altera-se um tanto ou quanto *precipitadamente*, transformando-se em *modelo de regras*.

Evitado o problema da incorrecta representação, perguntar-se-á tão-só: O direito à eutanásia será (só) um *ponto de partida* ou um *ponto de chegada*? O ponto de partida deve representar-se como um *princípio* — como um direito provisório (*prima facie*) — ; o ponto de chegada (só) pode representar-se como uma *regra* — (como um direito definitivo). O direito à eutanásia será (só) um *direito prima facie* ou um *direito definitivo*?

Entre as razões por que o direito de autoterminação bioética, como direito de cada pessoa resolver as questões relacionadas com a vida e com a morte de acordo com os seus interesses críticos, é tão-só um direito provisório ou um direito *prima facie* estão sobretudo as duas seguintes.

17. (Cont.) O Estado tem o dever de limitar o direito à eutanásia exigindo uma adequada *justificação objectiva* para a causação da morte de uma pessoa

O problema da afirmação da licitude ou da negação da ilicitude da eutanásia só deve colocar-se desde que haja uma *perturbação grave* da capacidade de uma pessoa para prosseguir os seus *interesses críticos*.

Entre os casos em que há uma *perturbação grave* da capacidade de uma pessoa para prosseguir os seus *interesses críticos* estão sobretudo os quatro seguintes: (i) casos de perda definitiva da autonomia, em que a pessoa fica na absoluta dependência de outrem; (ii) casos de perda definitiva de consciência; (iii) casos de diminuição grave e irreversível das capacidades intelectuais; e (iv) casos de sofrimento irreversível e intolerável.

Dworkin admite-o, ainda que implicitamente, ao explicitar o alcance do princípio da *autonomia ética* ou da *independência ética* de cada indivíduo.

Em primeiro lugar, o Estado poderia impor preferências entre *interesses experienciais* ou *volicionais*. Em segundo lugar, o Estado poderia impor preferências entre *formas de satisfação dos interesses críticos* (poderia impor-lhes, p. ex., acções ou omissões razoáveis dentro da estrutura de *interesses críticos* do indivíduo). Em terceiro lugar, o Estado poderia propor preferências entre *interesses críticos*. O princípio da *autonomia ética*, de que *cada indivíduo deve ter a liberdade de procurar e de prosseguir a sua concepção do bem*, só ficaria prejudicado desde que o Estado impusesse, pela coacção — pela força —, preferências entre *interesses críticos*.

Entendendo-se — como entende, p. ex., Dworkin — que o Estado pode impor preferências entre *formas de satisfação dos interesses críticos*, o requisito de uma *adequada justificação objectiva* con-

culia-se com os princípios da *autonomia ética* ou da *independência ética* de cada pessoa.

18. (Cont.) O Estado tem o dever de limitar o direito à eutanásia exigindo uma adequada justificação subjectiva para a causação da morte de uma pessoa

Independentemente da *justificação objectiva*, o problema da afirmação da licitude ou de negação da ilicitude da eutanásia só deve colocar-se desde que a perturbação grave da capacidade da pessoa para prosseguir os seus interesses críticos seja autónoma e responsabilmente reconhecida.

O conceito de *interesses críticos* pressupõe que a pessoa disponha da *capacidade* para representar intelectualmente os bens e os valores mais importantes da sua vida e da *liberdade* para determinar as suas acções, as suas omissões e os seus projectos definidos de acordo com os bens e os valores representados. Os poderes políticos e sociais podem e devem entrar nos *espaços de autodeterminação* correspondentes aos *interesses críticos* para proteger, p. ex., a plena *capacidade* e a plena *liberdade* da pessoa contra o perigo de uma *perturbação importante da possibilidade fáctica de autodeterminação*. Estando por causa a eutanásia, o perigo de uma *perturbação importante da possibilidade fáctica de autodeterminação* é um perigo particularmente sério — as pessoas no *estádio final* da sua vida podem ser, como quase sempre são, *especialmente frágeis* e as pressões sociais (designadamente, as pressões familiares) sobre as pessoas especialmente frágeis podem ser *especialmente intensas*.

O acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 29 de Abril de 2002, no caso *Pretty vs. Reino Unido*, admite-o explicitamente:

“Clear risks of abuse do exist, notwithstanding arguments as to the possibility of safeguards and protective procedures”.

O Estado tem o dever de conformar um procedimento adequado para que a decisão de cada pessoa corresponda, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, a um resultado conforme aos bens e aos valores fundamentais (= aos bens e aos valores protegidos pela lei fundamental).

O procedimento por que se proteja a pessoa em situação de especial fragilidade contra o perigo de um *abuso* terá ou, pelo menos, poderá ter um resultado conforme aos bens e aos valores fundamentais; o procedimento por que não se proteja a pessoa em situação de especial fragilidade, esse, não poderá tê-lo. Se pode ou não conformar-se um adequado procedimento — se pode ou não conformar-se um procedimento adequado para que a decisão de cada pessoa seja plenamente esclarecida e plenamente livre —, é algo que causa e que seguramente continuará a causar controvérsia.

Conclusões

Os conceitos de *autonomia ética* ou de *independência ética* estão estritamente relacionados com o conceito de *interesses críticos*, em termos tais que direito de autodeterminação de acordo com os *interesses críticos* pode adequadamente representar-se como um direito de autodeterminação ético-existencial. Dworkin propõe um tratamento indiferenciado dos casos do aborto e da eutanásia. Os dois casos deveriam representar-se como *questões éticas* — o argumento dos *interesses críticos* implicaria um *direito ao aborto* e um *direito à eutanásia*. O presente texto propõe um tratamento diferenciado dos dois casos. O caso do aborto deve representar-se como uma *questão moral*. Estando em causa o *aborto*, o argumento dos *interesses críticos* é (deve ser) irrelevan-

te. O caso da eutanásia deve representar-se como uma *questão ética*. Estando em causa a *eutanásia*, o argumento dos *interesses críticos* é relevante, constituindo — como constitui — *razão suficiente* para o reconhecimento de um direito provisório ou *prima facie*. O Estado tem, em todo o caso, a faculdade de conformar qualquer *direito definitivo* à eutanásia, exigindo (i) uma adequada justificação objectiva

e (ii) uma adequada justificação subjectiva para a causação da morte. Entre os problemas centrais da regulação jurídica da eutanásia está precisamente a protecção das pessoas frágeis e vulneráveis contra o perigo de uma perturbação importante da possibilidade fáctica de autodeterminação.

O DIREITO E A MEDICINA

Luis Vasconcelos Abreu

Palavras-chave: direito; medicina; ensino jurídico; ensino médico; profissões jurídicas; profissão médica; interações entre o direito e a medicina.

Keywords: law; medicine; legal education; medical education; legal professions; medical profession; interactions between law and medicine.

Resumo: Neste artigo, analisam-se as interações entre o direito e a medicina e aprofunda-se o problema da falta de compreensão recíproca entre os profissionais dos dois sectores, a qual tem na sua origem, para além do incremento do número de casos de responsabilidade médica, a diferente forma como, logo na universidade, os mesmos são “formatados” para o posterior exercício das suas profissões. Entende-se que, num Estado de direito, o exercício da medicina não pode ficar imune a ser sindicado judicialmente e que a referida animosidade entre as duas profissões só poderá ser ultrapassada através de uma maior compreensão mútua dos quadros mentais e dos métodos analíticos de cada uma delas. A terminar, estabelecem-se “pontes” entre o direito e a medicina, concluindo estar-se perante um verdadeiro “casamento”, entre duas realidades e disciplinas incindíveis.

Abstract: In this article, interactions between law and medicine are analyzed with a focus on the lack of mutual understanding among professionals in the two sectors. This growing lack of mutual understanding is not only due to the increasing number of medical liability cases in the courts, but begins early in both legal education and medical education. The author examines how universities “format” law and medical students for the subsequent exercise of their professions. Since medical professionals cannot be immune from judicial review, court directives and the rule of law, the author argues that current animosity between legal professionals and medical professionals can only be overcome through greater mutual understanding of the mental frameworks and analytical methods of each profession. Finally, the author proposes a set of possible “bridges” between law and medicine, which would further the so-called “marriage” between these two realities and inseparable disciplines.

As relações entre o direito e a medicina são um tema recorrente na cultura ocidental⁽¹⁾. De uma forma sintética, pode dizer-se que estes dois ramos do saber têm interagido principalmente de três maneiras:

- i) a medicina vem, cada vez mais, auxiliando na realização da justiça⁽²⁾;
- ii) o direito regula o exercício da medicina,

¹ Sobre a interação do direito e da medicina, numa perspectiva histórica, em Inglaterra, v. os contributos reunidos em *Lawyers' Medicine. The Legislature, the Courts and Medical Practice, 1760-2000* (ed. Inogen Good/Catherine Kelly), Oxford e Portland, Oregon: Hart, 2009.

² Por exemplo, Pedro Polónio definia a psiquiatria forense como uma ciência auxiliar do direito, à qual cabia estabelecer e definir os elementos necessários ao fundamento da opinião médica que informava o juiz a respeito da aplicação da lei aos portadores de doenças e anomalias mentais. V., do A., *Psiquiatria forense*, Lisboa, 1975, 9. Na expressão de Mar Pastor Bravo, é a psiquiatria ao serviço da justiça, com o objetivo de estudar aquele que padece de uma doença mental, seja porque desrespeitou alguma norma, seja porque carece de proteção, atenta a sua especial vulnerabilidade. Cfr. MAR PASTOR BRAVO, *Psiquiatria forense. Concepto y objetivos. Ambito de aplicación en el derecho penal, civil, laboral y contencioso-administrativo*, in *Psiquiatria forense* (coord. Mar Pastor Bravo), 2014, Publicacions de la Universitat d'Alacant, 19-27, 19/20. Sobre a relevância das perícias psiquiátrica e psicológica no direito matrimonial canónico, JUAN JOSÉ GARCÍA FAILDE, *A prova pericial psiquiátrica e psicológica nas causas de nulidade matrimonial*, tradução, Lisboa: UCP/ISDC, 2005. Já em 1743, Jerónimo da Silva de Araújo afirmava que os juristas recorriam muitas vezes aos médicos para julgar e dar sentenças acerca de impotências, estupros, partos, venenos, mortes violentas e súbitas, ferimentos, chagas e outros casos. V., do A., *O perfeito advogado (capítulo XXVIII: Qual é o mais excelente: o médico ou o advogado? Fala-se da nobreza de ambos)* (tradução do Dr. Miguel Pinto de Menezes), *BMJ*, n.º 183, Fevereiro 1969, 75-82, 79/80. V. também NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Notas médico-legais (séculos XVI-XVIII): a examinação com fins periciais e a anatomia de cadáveres de condenados à morte*, *BMJ*, n.º 370, Novembro 1987, 5-33.

impondo-lhe regras⁽³⁾;

- iii) o direito, por sua vez, tem também estado ao serviço da medicina, nomeadamente em sectores como o da saúde pública⁽⁴⁾.

Constitui um lugar-comum afirmar-se que o progresso da ciência médica coloca novas questões ao mundo do direito⁽⁵⁾, obrigando, muitas vezes, a ciência jurídica a rever os seus conceitos e quadros de pensamento tradicionais⁽⁶⁾.

Tal como é habitual reconhecer-se a existência de alguma incompreensão recíproca entre médicos e ju-

³ Referindo os múltiplos condicionamentos que a atividade médica encontra no direito, LUÍSA NETO, *A atividade médica e o direito*, in Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 881-904, 903.

⁴ Cfr. CATHERINE CRAWFORD, *Medicine and the law*, in Companion Encyclopedia of the History of Medicine, vol. 2 (ed. W. F. Bynum/Roy Porter), Londres/Nova Iorque: Routledge, 1997, 1619-1640, 1619, A. que elenca os mencionados três patamares de interação entre o direito e a medicina. Esta tripartição foi, entre nós, seguida por RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 23-26.

⁵ A propósito do vertiginoso desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, e escrevendo sobre a procriação medicamente assistida, Maria do Céu Patrão Neves afirma sugestivamente que “o Homem hoje conquistou o poder de “engenheirar” a vida, vegetal, animal e humana, na sua origem, no seu decurso e no seu termo”. Cfr. MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES, *Mundam-se os tempos, manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho*, in Bioética e vulnerabilidade (coord. Ana Sofia Carvalho), Coimbra: Almedina, 2008, 49-68, 49. A ideia do “médico feito engenheiro” encontramos-la já em LUCIEN ISRAËL, *La décision médicale. Essai sur l'art de la médecine*, Paris: Calmann-Lévy, 1980, 14.

⁶ Nas palavras de Paula Lobato de Faria, “todos os progressos científicos ou tecnológicos que originaram alterações revolucionárias na vida das pessoas tiveram sempre fortes repercussões nas estruturas do Direito. O dealbar do maquinismo originou a “teoria do risco” no âmbito da responsabilidade civil; o automóvel levou à figura do seguro obrigatório; a fotografia fez aparecer o direito à imagem; o desenvolvimento da imprensa fruto da banalização do uso do telefone e do telex obrigou à criação de um direito à vida privada e a banalização da informática criou um novo ramo jurídico, o “Direito da Proteção de Dados” e um direito à autodeterminação informacional. Os mais recentes progressos nas áreas da Medicina e da Biologia parecem, contudo, ter criado um desafio ainda maior ao Direito, pondo em causa conceitos ancestrais, tais como as clássicas dicotomias entre “pessoa” e “coisa” (e.g. em que categoria se deve inserir o material genético?), mulheres

e homens (e.g. dificuldades no estado civil dos transexuais) ou vida e morte (e.g. as atuais técnicas de reanimação que permitem prolongar a vida a estados vegetativos que não diferem muito da morte em termos práticos)” (citando Claire Neirinck). Ainda de acordo com a mesma A., “outro exemplo de como as estruturas jurídicas típicas podem vir a ser transformadas pelos progressos das técnicas biomédicas, é o que toca os conceitos de maternidade e de paternidade, os quais são abalados pelas técnicas de reprodução assistida, e.g. da possibilidade única no passado de se ter apenas uma mãe, a criança pode hoje ter, pelo menos três: a mãe biológica (no caso de doação de ovócito), a mãe “uterina” (a mulher que transportou a criança no ventre e a deu à luz) e a mãe oficial (se vier a dar-se uma adoção após o parto). Mesmo a morte, que sempre significou para o Direito o momento natural da cessação da capacidade jurídica de alguém, dando início ao processo sucessório, foi transformada pela Ciência, na medida em que se permite hoje, não só a procriação de pessoas que já tenham falecido, mas ainda a transformação do momento da morte num momento simbólico de continuação da vida, através da doação de órgãos para transplante.” Cfr. PAULA LOBATO DE FÁRIA, *Biodireito — Nas fronteiras da ciência, da ficção científica e da política. Reflexões sobre um novo ramo das ciências jurídicas*, Sub Judge, n.º 38, 2007, 7-13, 7/8. No mesmo sentido, Paulo Otero: “O progresso científico e tecnológico alcançado no final do século XX nos domínios da biologia e da medicina, tornando realidade muito de tudo quanto antes se tinha como mera ficção, trouxe consigo uma verdadeira revolução jurídica em domínios tão delicados quanto representam a procriação humana assistida e a engenharia genética, o transplante de órgãos e tecidos humanos e as intervenções cirúrgicas sem intuídos terapêuticos ou a crioconservação e a experimentação humanas. Muito do património jurídico herdado do Direito Romano e pacificamente integrado no domínio do Direito Civil durante mais de dois mil anos ficou desesperadamente desatualizado e sem resposta para algumas das novas interrogações colocadas. A título meramente ilustrativo, (i) a determinação da filiação nos processos de procriação assistida heteróloga, (ii) os efeitos sucessórios perante aquele que nasce na sequência de um processo de inseminação artificial *post mortem*, (iii) a natureza gratuita ou onerosa do transplante de órgãos ou tecidos humanos, (iv) a validade (ou a invalidade) dos testamentos biológicos ou vitais, (v) a admissibilidade (ou não) de mudança de nome próprio dos transexuais, são exemplos de questões que traduzem novas situações totalmente inimagináveis à luz do ordenamento jurídico assente na matriz proveniente do Direito Romano”. Cfr. PAULO OTERO, *Direito da vida. Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino*, Coimbra: Almedina, 2004, 17/18. As referidas considerações foram depois retomadas pelo A., em tema da disponibilidade do próprio corpo pelo respetivo sujeito, no estudo *Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana*, in Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. I, Coimbra: Almedina, 2008, 107-138, 114-117. V. também MÁRIO RAPOSO, *O direito e as novas tecnologias médicas*, BMJ, n.º 356, Maio 1986, 5-10, palavras do então Ministro da Justiça no ato de posse da Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias (12 de Maio de 1986). Sobre as dificuldades de legislar em domínios tão marcados pelo progresso da biologia e da medicina, porque, ainda que se sinta a necessidade de uma intervenção legislativa, a mesma traz consigo o risco de introduzir, pelo menos, tantos problemas como aqueles que vem resolver, CHRISTIAN LAVIALLE, *De la difficulté à légiférer sur*

ristas. Muito em particular, há médicos que continuam a encarar como uma injustiça a possibilidade de serem responsabilizados pelo exercício da sua atividade⁽⁷⁾.

Para esses profissionais, através do escrutínio judicial das vicissitudes das respetivas relações com os doentes, estão a ser postas em crise a autonomia e a independência da profissão médica, para já não falar do respetivo estatuto social e profissional e, porque não dizê-lo, a sua autoridade ou poder⁽⁸⁾.

A situação atingiu o extremo de, nos EUA e na sequência das denominadas *malpractice crisis*, se terem verificado, instauradas pelos médicos que haviam obtido ganho de causa como réus, ações ret-

liatórias contra os advogados que, no exercício da sua profissão, os haviam processado⁽⁹⁾.

Esta falta de compreensão entre as duas profissões não deriva apenas do aumento do número de casos de responsabilidade médica, antes radica no modo como, desde cedo, ou seja, logo no ensino universitário, médicos e juristas são “formatados” para o posterior exercício das suas profissões⁽¹⁰⁾.

É importante, nomeadamente para quem tiver de estudar e/ou decidir casos de responsabilidade médica, saber reconhecer a existência de uma diferença entre os quadros mentais associados às duas profissões, fruto precisamente dos respetivos processos educativos e de formação profissional⁽¹¹⁾.

Desde o início dos seus estudos, o jurista está habituado a lidar com a dialética, a controvérsia, a dúvida, a criticar argumentos, a contrapor opiniões, precisamente porque, para si, a verdade emerge

le vivant, in De la bioéthique au bio-droit (dir. Claire Neirinck), Paris: LGDJ, 1994, 11-19.

⁷ Cfr. JOÃO ÁLVARO DIAS, Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade, RPDC, Maio 1994, ano III, n.º 4, 9-32, 9.

⁸ A reação negativa dos médicos à crítica, mesmo que fundamentada, deriva da sua mentalidade. A possibilidade de serem responsabilizados, magoa-os, fá-los sentirem-se vulneráveis. Cfr. JEAN FRANÇOIS MALHERBE, *Medizinische Ethik*, tradução, Würzburg: Echter, 1990, 83/84. Sobre o poder médico, GRAÇA CARAPINHEIRO, Saberes e poderes no hospital. Uma sociologia dos serviços hospitalares, 4.ª ed., Lisboa: Afrontamento, 2005, HELENA SERRA, Médicos e poder: transplantação hepática e tecnocracias, Coimbra: Almedina, 2008, e RUI MANUEL PINTO COSTA, O poder médico no Estado Novo (1945-1974). Afirmação, legitimação e ordenamento profissional, Porto: U. Porto editorial, 2009. Quanto ao “poder de experimentar”, que é também uma questão de autoridade, numa perspetiva histórica, GRÉGOIRE CHAMAYOU, *Les corps vils. Expérimenter sur les êtres humains aux XVIII et XIX siècles*, Paris: Éditions La Découverte, 2008. Entre nós, escrevendo sobre o ato médico na transição do séc. XVIII para o séc. XIX, JORGE CRESPO afirmou o seguinte: “Nas infrações cometidas pelos médicos era determinante a convicção, cada vez mais generalizada, de que a ciência atingia um desenvolvimento tal que dispensava outras interferências. As palavras de afeto e de consolo proferidas pelos médicos, na relação estreita que estabeleciam com o mal, tornavam-se mais eficazes e suscetíveis de atingir a dupla finalidade de cura de almas e corpos. Tudo se conjugava assim, mesmo numa área próxima dos sentimentos religiosos, para que os médicos desempenhassem funções cada vez mais alargadas e responsáveis. Nesta linha, e perante tão elevado grau de exigências que à medicina se solicitava, defendia-se a necessidade de conceder aos médicos determinadas prerrogativas, consideradas indispensáveis para que a profissão adquirisse a dignidade justa e a excelência recomendável”. Cfr. JORGE CRESPO, *A história do corpo*, Lisboa: Difel, 1990, 93.

⁹ Cfr. GEORGE J. ANNAS, *Judging medicine*, Clifton, Nova Jérsei: Humana Press, 1988, 191-194, e LISA T. WITLIN, *Countersuits by medical malpractice defendants against attorneys*, JLM, vol. 9, n.º 3, 1988, 421-447. V. também MARCIA M. BOUMIL/PAUL A. HATTIS, *Medical liability in a nutshell*, 3.ª ed., St. Paul, MN: West, 2011, 336-338. Procurando desmistificar algumas “ideias feitas” em torno da má prática profissional médica e da sua litigância, TOM BAKER, *The medical malpractice myth*, Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 2005.

¹⁰ Cfr. ROBERT L. SCHWARTZ, *Teaching physicians and lawyers to understand each other. The development of a Law and Medicine Clinic*, JLM, vol. 2, n.º 2, 1981, 131-149, 131.

¹¹ Cfr. DIETER GIESEN, *International medical malpractice law: a comparative study of civil liability arising from medical care*, Tübingen: Mohr; Dordrecht/Boston/London: Nijhoff, 1988, 721. V. igualmente DIETRICH RUESCHEMEYER, *Lawyers and doctors: a comparison of two professions*, in *Sociology of law (Selected readings)* (edited by Wilhelm Aubert), Middlesex, England/Baltimore, USA/Victoria, Australia: Penguin, 1969, 267-278, 268, e LOLA ROMANUCCI-ROSS/LAURENCE TANCREDI, *When law and medicine meet: a cultural view*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer, 2004, 23. Em geral, sobre as relações entre a esfera do direito e a da ciência, MARIÁ EDUARDA GONÇALVES, *Ciência e direito: de um paradigma a outro*, RCCS, Março 1991, n.º 31 (As novas fronteiras do direito), 89-113. Mostrando não ser descabido que a ciência jurídica — ex. analogia, precedente no *case law* — sirva de modelo para as ciências naturais, VITTORIO VILLA, *La science du droit*, tradução, Paris: LGDJ, 1990, 185-209.

desse conflito de posições⁽¹²⁾. Em última análise, a verdade será aquilo que resulta do processo judicial, a chamada verdade processual.

Já para o estudante de medicina, com um cunho científico mais objetivo ou exato, como é característico das ciências naturais, por contraposição às ciências humanas⁽¹³⁾, a verdade resultará de uma lei da natureza, válida em toda a parte, a qual não poderá, por isso, ser questionada, pelo menos em termos razoáveis. Diferentemente do jurista, ao médico, o que lhe interessa não é o debate ou confronto de posições, mas sim o estudo e a avaliação neutral de factos naturais⁽¹⁴⁾.

Não faz sentido, por isso, conforme há quem já o tenha sublinhado, ensinar direito aos médicos como os mesmos aprenderam medicina, nem medicina aos advogados nos precisos termos em que estudaram direito⁽¹⁵⁾.

É igualmente ponto assente que a formação que, durante anos, os médicos receberam não os

preparou adequadamente para saberem lidar com a crítica e a reprovação⁽¹⁶⁾.

Contudo, o exercício da medicina não pode hoje, num Estado de direito, ficar imune a ser sindicado judicialmente⁽¹⁷⁾ e o ser alvo de uma ação de responsabilidade civil deve ser entendido apenas como um risco próprio do exercício da atividade profissional — os chamados “ossos do ofício” —, e não propriamente como o precipitar de um final de carreira.

Evitar a referida animosidade entre as duas profissões passa pela compreensão mútua dos quadros mentais e dos métodos analíticos de cada uma delas⁽¹⁸⁾.

A evolução da ciência médica tem contribuído para o aperfeiçoamento do direito⁽¹⁹⁾ — pense-se, por exemplo, nos meios científicos disponíveis atualmente no âmbito de uma ação de investigação de paternidade⁽²⁰⁾, por comparação com o que sucedia há apenas algumas décadas atrás —, assim como o direito vem influenciando, de forma até cada vez mais intensa, o modo de exercício da medicina, de

¹² Com manifesto exagero, temos a afirmação de que “there never is an answer; there are only more questions and more arguments”. Cfr. SCHWARTZ, ob. e loc. cit., 135. Referindo que o pensamento jurídico não é suscetível de tudo justificar, assim como a medicina não deve ser uma ciência sem alma, JOÃO LOBO ANTUNES, *Juízes (e médicos)*, in, do A., O eco silencioso, Lisboa: Gradiva, 2008, 87-95, 91.

¹³ Sobre a função das teorias jurídicas e o seu caráter científico, atenta a possibilidade de ser demonstrada a respetiva incorreção, CLAUDIUS WILHELM CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, tradução espanhola, Madrid: Civitas, 1995. Em geral, definindo o método da ciência como sendo o da discussão e exame críticos de conjeturas e hipóteses até as mesmas serem refutadas, ou seja, comprovar-se a sua falsidade, KARL POPPER, *Ciência: problemas, objetivos, responsabilidades*, in, do A., O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade, tradução, reimpressão, Lisboa: Edições 70, 2009, 141-184. Quanto à especificidade da ciência jurídica, nomeadamente por força da sua falta de transcendência perante o respetivo objeto, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 3ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 1989, 359-375, 363/368.

¹⁴ Cfr. AMNON CARMÍ, *Medical versus legal maldiagnosis*, in *Recht und Ethik in der Medizin* (Hrsg. W. Doerr/W. Jacobs/A. Laufs), Berlin/Heidelberg/Nova Iorque: Springer, 1982, 109-125, 109.

¹⁵ Cfr. SCHWARTZ, ob. e loc. cit., 132.

¹⁶ Cfr. GIESEN, ob. cit., 722.

¹⁷ Na feliz expressão de Giesen, “the law cannot allow physicians to play God”. Cfr. GIESEN, ob. cit., 722. Entre nós, há quem tivesse defendido a criação da Ordem dos Médicos precisamente porque existiam “profissionais da arte de curar” para quem o velho juramento hipocrático se tinha tornado demasiado “grego”. Cfr. J. A. PIRES DE LIMA, *Ordem dos Médicos*, in, do A., Ao correr do tempo, Porto: ed. da revista *Atualidades literárias*, 1947, 143-154, 143.

¹⁸ Cfr. SCHWARTZ, ob. e loc. cit., 149.

¹⁹ Quanto às possíveis aplicações no campo do direito das novas técnicas, não invasivas, de estudo do cérebro, v. MANUEL RICHARD GONZÁLEZ, *La prueba de la culpabilidad atendiendo al nuevo paradigma propuesto por la neurociencia*, in *Neurociencia, neuroética y bioética* (ed. Javier de la Torre Díaz), Madrid: UPC, 2014, 99-133. V. também os diferentes contributos reunidos em *Neurociencia y proceso judicial* (dirs. Michele Taruffo/Jordi Nieva Fenoll), Madrid: Marcial Pons, 2013.

²⁰ Sobre a matéria, v. GUILHERME DE OLIVEIRA/HELENA MONIZ, *Utilização de informação genética em ações de filiação — perguntas e respostas*, *Lex Medicinæ*, ano 2, n.º 4, Julho/Dezembro 2005, 41-47.

que é bom exemplo a profunda transformação operada pela doutrina do consentimento informado⁽²¹⁾.

São mundos diferentes, mas que não vivem — nem podem, nem devem viver — de costas voltadas um para o outro⁽²²⁾. Basta recordar o papel tradicional dos médicos como peritos⁽²³⁾ em vários tipos de litígios judiciais⁽²⁴⁾.

Em jeito de conclusão, procurando estabelecer “pontes” entre o direito e a medicina, sem com isso

negar as especificidades e os objetivos de cada um dos saberes, pode assentar-se no seguinte:

- i) ambos, médico e jurista, lidam com “carne viva” — a pessoa humana⁽²⁵⁾;
- ii) as duas atividades são marcadas pelas respetivas éticas profissionais⁽²⁶⁾, e se ambos têm de respeitar a integridade daqueles que os procuram, o doente e o cliente também se encontram limitados pela autonomia deontológica dos profissionais⁽²⁷⁾;
- iii) quer a relação entre o médico e o doente, quer a relação entre o advogado e o cliente assentam na confiança⁽²⁸⁾;

²¹ Fazendo eco da sugestão de Mark Spiegel, no sentido de os juristas, que criaram a teoria do consentimento informado para a relação médico-doente, a aplicarem à relação entre o advogado e o seu cliente, de modo a reforçar aí o fluxo de informação, LUÍS VASCONCELOS ABREU, *O Estatuto da Ordem dos Advogados e a relação entre mandante e mandatário judicial*, ROA, ano 62, I, Janeiro 2002, 263-302, 293.

²² Um contributo para o diálogo entre juristas e psiquiatras, no interesse do cidadão doente e/ou arguido, foi dado por FERNANDO MANUEL RODRIGUES DOS SANTOS VIEIRA, *A violência na sua interface jurídico-psiquiátrica*, in AA.VV., *Direito da medicina — I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, 53-163.

²³ As funções de médico perito são objeto dos arts. 118º a 125º do CD. Segundo refere Duarte Nuno Vieira, enquanto, na esfera clínica, a relação médico-doente é habitualmente de confiança e de colaboração, a mesma, no âmbito pericial “tende a assumir contornos de alguma forma opostos, de desconfiança e de ausência de colaboração”. Cfr. DUARTE NUNO VIEIRA, *O perito e a missão pericial em direito civil*, in *Aspectos práticos da avaliação do dano corporal em direito civil* (coord. Duarte Nuno Vieira/José Alvarez Quintero), co-edição Caixa Seguros e Imprensa da Universidade de Coimbra, Julho 2008, 35-59, 37.

²⁴ No que se refere à “dependência processual” das perícias médico-legais, ou seja, o facto de os respetivos relatórios constituírem um meio de prova que assume uma relação direta com o processo, o que condiciona o acesso de terceiros aos referidos documentos, v. o Parecer do Conselho Consultivo da PGR nº 30/2005, de 2 de Junho de 2005 (Mário Serrano), acessível através de <www.dgsi.pt>. Concluiu-se aí que os elementos recolhidos em tais exames e vertidos nos seus relatórios constituem dados pessoais sensíveis, mercedores de especial proteção, nos termos da lei, por força do princípio da dignidade humana e da reserva da vida privada. Sobre o relatório pericial, v. TERESA MAGALHÃES/FRANCISCO CORTE-REAL/DUARTE NUNO VIEIRA, *O relatório pericial de avaliação do dano corporal em direito civil*, in *Aspectos práticos da avaliação do dano corporal em direito civil* ..., cit., 159-171.

²⁵ Cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, RDPC, 1935, I, nº 2, 169-175, 169. Para José de Faria Costa, “o ato médico e o ato jurídico têm igual estrutura onto-antropológica”, ou seja, “o “justo” e o “curar” arrancam da mesma matriz regional onto-antropológica”. Por outras palavras, do mesmo A.: “o ato jurídico e o ato médico pertencem ao núcleo irredutível e irrenunciável do modo de ser pessoa. Só somos uma comunidade de homens e mulheres, em contexto histórico, porque o direito está em nós, porque é nossa parte integrante e parte insubstituível dessa mesma comunidade, mas, do mesmo jeito, também só somos, repete-se acintosamente, uma comunidade de homens e mulheres, em contexto histórico, porque somos capazes de nos curar. De nos curarmos uns aos outros. De cuidarmos do outro e de nos cuidarmos”. Cfr. JOSÉ DE FÁRIA COSTA, *Em redor da noção de ato médico*, in *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal. Uma perspetiva integrada* (orgs. José de Faria Costa e Inês Fernandes Godinho), Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 379-399, 380/381. Este artigo foi anteriormente publicado na RLJ, ano 138º, Janeiro-Fevereiro 2009, nº 3954, 126-137.

²⁶ Dando nota de algumas propostas para um diálogo interdisciplinar, entre médicos e juristas, sobre a ética profissional, DAVID B. WILKINS, *Redefining the “professional” in professional ethics: an interdisciplinary approach to teaching professionalism*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 58, nºs 3/4, Verão/Outono 1995, 241-258.

²⁷ Cfr., para o profissional de saúde, JOSÉ LÓPEZ GUZMÁN, *Integridad en el ámbito profesional sanitario*, Granada: Comares, 2013, 84.

²⁸ De novo citando Faria Costa: “A relação entre o médico e o doente, baseada no modelo paternalista de raiz hipocrática, vinha de longe. De muito longe. Mas é só com a modernidade e com uma compreensão mais científica da medicina que tudo o que se passa no espaço da comunicação fechada entre o doente e o seu médico merece a estrutura simbólica de uma relação de confiança. A vida de cada um dos cidadãos desta nova forma de organização coletiva do nosso modo-de-ser comunitário estava escandida, e bem escandida, em três diferentes patamares: aos problemas do espírito acudia a religião através dos seus ministros; às rugas e às maleitas do corpo acudia a medicina através dos

- iv) para a boa execução de qualquer uma das duas prestações profissionais, ou seja, do médico e do advogado, é crucial a circulação de informação, em ambos os sentidos;
- v) os dois profissionais fazem diagnóstico e prognóstico — respetivamente, avaliam o doente e analisam a matéria de facto do caso —, isto é, recolhem evidência empírica e, depois, tentam prevenir e antever o futuro a partir da experiência passada, tomando decisões com uma margem de incerteza⁽²⁹⁾;
- vi) o diagnóstico e o prognóstico do médico e do jurista exigem, qualquer um deles, bastante estudo⁽³⁰⁾ e uma preparação muito cuidada⁽³¹⁾;
- vii) nas duas profissões, o tempo desempenha um papel fundamental. Num plano geral,

médicos; às agruras e dificuldades da *pecunia* e da própria vida (no caso de haver pena de morte) acudia e interpunha-se a advocacia por meio do advogado. E o que é que ligava, qual o cimento agregador, qual o sentido que unia aquelas três diferentes formas de trazer mais coesão a todo o tecido social? A resposta é fácil e só pode ser uma: a crença na relação de confiança ou, se se quiser, correndo o risco de parecer que se faz um mero jogo de palavras, a confiança na relação de confiança”. Cfr. FÁRIA COSTA, *Reflexões simples em torno do direito e da advocacia (Cadernos de exercícios: primeiro exercício)*, RLJ, ano 139º, Julho-Agosto 2010, nº 3963, 345-356, 349/350. Noutro estudo, o mesmo A. sublinha a ligação entre, por um lado, a vertente da confiança e, pelo outro lado, o “princípio da verdade” e a “virtude da honestidade”. Cfr. FÁRIA COSTA, *Um olhar, eticamente comprometido, em redor da ética médica*, RLJ, ano 140º, Novembro-Dezembro 2010, nº 3965, 70-79, 77/78. No sentido de que a confiança da respetiva clientela — em termos não banais, mas sim de confiança “do ignorante no sábio”, “do ser humano no seu conselheiro íntimo” — representa um traço comum às chamadas profissões liberais, sendo, enquanto dado psicológico, anterior à formação do correspondente direito positivo, que foi constituído a partir da respetiva base, RENÉ SAVATIER, *L'origine et le développement du Droit des professions libérales*, in Archives de Philosophie du Droit, nova série, *Déontologie et discipline professionnelle*, Paris: Sirey, 1953/1954, 45-74. Igualmente neste volume e do mesmo A., *Défense et illustration du Droit médical*, 123-142.

²⁹ Cfr. CARMÍ, ob. e loc. cit., 109/110. V. ANTÓNIO MOREIRA BARBOSA DE MELO, *A incerteza na decisão em bioética*, RPB, nº 2, Setembro 2007, 157-169.

³⁰ Quer o estudo do direito quer o da medicina, no que aos respetivos cursos superiores diz respeito, são, por vezes, em termos correntes, apelidados de meros “exercícios de memória”.

³¹ Cfr. CARMÍ, ob. e loc. cit., 109.

comprova-o a questão das listas de espera, em medicina⁽³²⁾, e a problemática do direito a uma decisão num prazo razoável (art. 6º da CEDH), no mundo do direito. Em concreto, quer o médico quer o advogado têm muitas vezes de tomar decisões complexas e delicadas em períodos de tempo muito limitados;

viii) atualmente, com a MBE, a medicina vive os mesmos problemas fundamentais da ciência jurídica, de criação de normas e da sua aplicação⁽³³⁾;

ix) a medicina e o direito não são ciências puras ou exatas⁽³⁴⁾ e, em ambas, a *praxis* é insepa-

³² Cfr. JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS, *Problemática socio-jurídica de los tiempos de espera. Especial consideración de las estrategias de priorización y del derecho a la libre circulación de pacientes en la Unión Europea ante demoras excesivas*, in Problemas actuales de Derecho y Salud. Perspectivas desde España y Latinoamérica (coord. Ángel Pelayo González-Torre), Granada: Comares, 2014, 133-155, 133/135. O A. distingue entre, por um lado, as listas de espera que designa como explícitas, as quais afirma serem próprias de um sistema de saúde de acesso universal e gratuito, com financiamento público, e, pelo outro lado, as listas de espera implícitas ou ocultas, características de um sistema de pagamento por ato médico, em que o preço constitui um travão à procura.

³³ Cfr. DIETER HART, *Evidenz-basierte Medizin und Gesundheitsrecht. Überlegungen zu rechtlichen Konsequenzen der Verwissenschaftlichung der Medizin*, MedR 2000, caderno 1, 1-5, 1. Nas palavras de Paul Ricoeur: “Je propose ici un parallélisme entre deux situations typiques du point de vue de la prise de décision, à savoir l’acte médical et l’acte judiciaire. En première approximation, il s’agit de part et d’autre de passer d’un savoir constitué de normes et de connaissances théoriques à une décision concrète en situation: la prescription médicale d’un côté — la sentence judiciaire de l’autre. Dans les deux cas, il s’agit de placer une décision singulière, unique, relative à une personne singulière, sous une règle générale et, en retour, d’appliquer une règle à un cas. Cet aller et retour entre la règle et le cas est opéré chaque fois par un acte comparable, le jugement: le jugement médical dans un projet thérapeutique, le jugement judiciaire dans un projet qui a pour enjeu le prononcer d’une parole de justice”. Cfr. PAUL RICOEUR, *La prise de décision dans l’acte médical et dans l’acte judiciaire*, in, do A., *Le Juste* 2, Paris: Esprit, 2001, 245-255, 245/246.

³⁴ Cfr. CHRISTIAN ATIAS, *Spécificité de l’activité médicale et responsabilité*, in La responsabilité civile du médecin (Colloque) (19-20 juin 1992), Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1993, 109-134, 125. Este A. recorda o adágio segundo o qual “science sans conscience n’est que

- rável da ciência⁽³⁵⁾;
- x) os dois saberes sofrem a influência do progresso técnico⁽³⁶⁾ e das conjunturas política e económica;
 - xi) tanto num caso como no outro, quando o exercício profissional respetivo assume carácter empresarial, como sucede cada vez mais na atualidade, de par com o risco do capital, continua sempre muito presente o risco associado ou característico do trabalho dos próprios profissionais, das suas qualificações académicas e experiências profissionais e, em particular, das suas especiais aptidões, que é como quem diz, da sua arte;
 - xii) em termos globais, os sistemas da Justiça e da Saúde sustentam a vida organizada de um país, qualquer debilidade no seu funcionamento tem repercussão imediata e palpável⁽³⁷⁾.

Numa imagem sugestiva, o enlace entre a medicina e o direito constitui um verdadeiro “casamento”, contraído até que a morte os separe⁽³⁸⁾.

la ruine de l'âme” e conclui que “savoir juridique sur savoir médical ne doit être ni la ruine du droit ni celle de la médecine”.

³⁵ Cfr. HANS-GEORG GADAMER, *O mistério da saúde: o cuidado da saúde e a arte da medicina*, tradução, reimpressão, Lisboa: Edições 70, 2009, 177/178. Para este A., “a *praxis* não é somente uma aplicação da ciência. Pelo contrário, algo da *praxis* atua sempre sobre a investigação, cujos resultados se devem incessantemente comprovar e conferir na prática” (ob. cit., 177).

³⁶ V. ADOLF LAUFS, *Medizin und Recht im Zeichen des technischen Fortschritts. Aufgaben und Antworten aus der Sicht des Juristen*, Heidelberg: Carl Winter, 1978.

³⁷ Cfr. ANTUNES, *Medicina e direito — interseções*, in Tribunal da Relação de Lisboa — Uma casa da Justiça com rosto, Lisboa: edição do Tribunal da Relação de Lisboa, 2010, 199-208, 201.

³⁸ Cfr. JOÃO VAZ RODRIGUES/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Medicina & direito: uma mera relação colorida?*, BOA, n.º 23, Novembro/Dezembro 2002, 8/9. A ideia de que o direito e a medicina formam um “casal”, aliás já muito antigo, e bastante problemático, ou seja, com um elevado potencial de conflito, mas também dando lugar a

Dito doutro modo, a medicina e o direito são realidades e disciplinas incindíveis⁽³⁹⁾.

Há, assim, que explicitar e potenciar os contributos da doutrina e da ciência médicas, por exemplo, no domínio da responsabilidade civil médica⁽⁴⁰⁾. Para a resolução de casos, tem interesse a estruturação tripartida do ato médico em diagnóstico, tratamento e prognóstico, assim como as categorias do erro médico, da negligência médica, do acidente e do evento adverso, desde que devidamente enquadradas no plano do direito. Numa hipótese concreta, a definição do número de ecografias a realizar durante a gravidez, de par com a altura em que as mesmas devem ter lugar, é algo do foro da ciência médica, sem com isso introduzir qualquer forma de insindicabilidade para o juiz, que tem sempre assegurada a sua liberdade quanto à decisão a tomar.

Direito e medicina podem e devem deixar-se cruzar e contaminar mutuamente. Existe campo para estudos interdisciplinares e a interdisciplinaridade surge aqui não tanto em contraposição à especialização⁽⁴¹⁾,

resultados positivos como nenhum outro, foi igualmente defendida por ANDRÉ DEMICHEL, *Médecine et droit: bilan provisoire d'une cohabitation problématique*, in Études offertes à Jean-Marie Auby, Paris: Dalloz, 1992, 705-725. Para Jan Broekman, a juridicização dos problemas médicos e da prestação de serviços de saúde tem um significado profundo e reconduz-se, em última instância, a uma “filosofia cultural”: o direito, a ética e a medicina expressam valores fundamentais da nossa cultura. Cfr. JAN M. BROEKMAN, *Bioética con rasgos jurídicos*, tradução espanhola, Madrid: Editorial Dilex, 1998, 18.

³⁹ Cfr. FARIA COSTA, *Um olhar ...*, ob. e loc. cit., 72.

⁴⁰ Concluindo que historicamente o princípio é o da responsabilidade dos médicos, quer no plano civil, quer no penal, ANDRÉ LAIN-GUI/JEAN ILLES, *La responsabilité du médecin dans l'ancien droit*, in Études de droit et d'économie de la santé, Paris: Economica, 1982, 1-15, 14/15.

⁴¹ Sobre a matéria, entre nós, OLGA POMBO, Unidade da ciência. O regresso de uma ideia, in A unicidade do conhecimento (coord. Vítor Manuel Trindade, Maria de Nazareth Trindade e Adelinda Araújo Candéias), Coimbra: Quarteto, 2008, 49-65. A dimensão interdisciplinar está presente na Medicina Narrativa, corrente que se tem desenvolvido para procurar combater os excessos e ultrapassar as insuficiências da MBE. V. ISABEL FERNANDES, A pertinência da Medicina Nar-

como antes no lugar de “motor” do desenvolvimento e da busca de novas e melhores soluções. Importa superar a fragmentação dos dois saberes, através de uma cada vez maior aproximação entre a ciência jurídica e a ciência médica.

Se, no plano teórico, as mencionadas “pontes” entre o direito e a medicina são verdadeiros dados adquiridos, elas carecem, na prática, de um trabalho permanente de aprofundamento. Uma mudança de atitudes pressupõe uma alteração de mentalidades. O serviço da comunidade, das pessoas, deve ser erigido como objetivo comum, em lugar de termos uma profissão contra

rativa na prática clínica, RPMGF, vol. 30, nº 5, Outubro 2014, acessível através da internet.

a outra. Conforme já foi referido, estamos perante dois pilares ou traves-mestras do sistema social. Mas, para realizar aquele desiderato, são certamente necessários anos de cursos, de colóquios, de recensões de jurisprudência feitas em coautoria por juristas e médicos, de revistas da especialidade versando a medicina e o direito. Dos EUA recebemos o exemplo da formação universitária em conjunto, a diferentes níveis, bem como das revistas científicas dedicadas às duas matérias⁽⁴²⁾.

⁴² Abreviaturas: BMJ - Boletim do Ministério da Justiça; BOA - Boletim da Ordem dos Advogados; JLM - The Journal of Legal Medicine; LGDJ - Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence; MBE - Medicina Baseada na Evidência; RDPC - Rivista di Diritto Processuale Civile; RLJ - Revista de Legislação e de Jurisprudência; RPDC - Revista Portuguesa do Dano Corporal; e RPMGF - Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar.

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DOS MENORES EM PORTUGAL: O PROBLEMA ESPECÍFICO DA AFERIÇÃO DA (IN)IMPUTABILIDADE PENAL EM RAZÃO DA IDADE¹

Ana Rita Alfaiate

Palavras-chave: imputabilidade penal em razão da idade; Direito Penal; jovens delinquentes; culpa; neurociências

Keywords: exclusion of criminal responsibility on the grounds of age; criminal law; young offenders; criminal guilt; neuroscience.

Resumo: O fenómeno da delinquência juvenil não é novo⁽²⁾ e desde cedo tem despertado as atenções da doutrina. Uma das questões mais relevantes nesta matéria prende-se com a necessidade de delimitar⁽³⁾ este tipo de delinquência relativamente ao princípio da culpa. Na realidade, enquanto princípio estruturante do direito penal, o princípio da culpa é muito importante no apuramento da delinquência a que é adequado responder por meio deste ramo do direito. E nesta matéria, especificamente, podemos afirmar, é a partir dele, do princípio da culpa, também, que deve afastar-se a delinquência juvenil da aplicação do direito penal. Dito por outras palavras, é curial saber se o sujeito jovem que pratica o facto reúne já as caracte-

rísticas necessárias para que se lhe dirija um juízo de censura jurídico penal, ou seja, se se trata, efectivamente, de alguém capaz de culpa. Só mediante uma resposta positiva a esta pergunta é possível mobilizar o direito penal. Neste nosso trabalho, dedicamo-nos, especificamente, ao estudo das condições para a afirmação da imputabilidade penal em razão da idade como pressuposto da culpa⁽⁴⁾.

Abstract: The phenomenon of juvenile delinquency is not new and from early on has it drawn increased attention from academic literature. One of the most relevant issues in this area concerns the need to delimit this type of delinquency in relation to the principle of guilt. In reality, as a structuring principle of criminal law, the principle of guilt is very important in seeking to determine which delinquency is met by means of this branch of law. As far as this matter is specifically concerned, we can affirm that juvenile delinquency ought to be excluded from criminal law enforcement on the very grounds of the principle of guilt. In other words, it is appropriate to find out whether the young individual who performs the action already has the characteristics needed for criminal prosecution, that is, if this is indeed a person who is guilty. Only a positive answer to this question makes it possible for criminal law to be enforced. In this work, we focus the conditions for criminal responsibility on the grounds of age as a presupposition for guilt.

¹ As ideias estruturantes do presente texto serviram de base à comunicação “Some questions about the criminal liability of minors in Portugal”, na International Conference “Young people and the law”, organizada pela Monash University, no Prato, Toscana, em Itália, entre 21 e 23 de Setembro de 2015, e em que a autora participou, também como colaboradora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Grupo 2 – Vulnerabilidade e *Direito, Desafios Sociais, Incerteza e Direito*: UID/DIR/04643/2013).

² Notas importantes sobre a evolução da delinquência “precoce” podem encontrar-se em MATTÁ, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, Volume I, Coimbra, F. França Amador, Editor, 1911, pp. 208 e 209.

³ Vejam-se os contributos de «The impact of juveniles ‘ages and levels of psychosocial maturity on judges’ opinion about adjudicative competence», COX, Jennifer Mayer, GOLDSTEIN, Naomi E. S., DOLORES, John, ZELECHOSKI, Amanda D., MESSENHEIMER, Sharon, *Law and Human Behavior*, December 2010, pp. 1 a 9.

⁴ No mesmo sentido de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 188, e IDEM, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 568 e ss.

1. Introdução

Em traços largos, e sem grande rigor, tem-se associado a ideia da inimputabilidade das crianças e jovens, em função da sua idade, ao período da menoridade. E essa parece ser também a orientação dos diplomas internacionais, cada vez mais preocupados em tratar de modo diferenciado crianças/jovens e adultos delinquentes. Ainda que o facto praticado, objectivamente, se assemelhe, a verdade é que não restam dúvidas de que as características associadas à aquisição de uma maturidade que só o passar dos anos pode dar têm de ser valoradas no momento da apreciação do facto concreto. E por aí não se cede, como é evidente, a qualquer direito penal do agente. Antes se antecipa a mediação essencial das específicas características do agente que pratica o facto no momento da aplicação do direito penal.

Um dos últimos sinais da legislação internacional nesta matéria surgiu com a Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal, de 11 de Maio de 2016. No diploma, o legislador europeu vem afirmar, pela primeira vez, de uma forma inequívoca, que é necessário ponderar o superior interesse da criança e o seu grau de maturidade antes de decidir submetê-la à aplicação do direito de *ultima ratio*. O que significa que, pela primeira vez, esta preocupação com as condições específicas do jovem releva quando ele, não sendo uma vítima é, antes, o agente do facto, o delincente. A Directiva vem aceitar, assim, que, ainda que se esteja perante alguém que, atendendo exclusivamente à sua idade, deveria ser tratado como imputável, o seu grau de maturidade poderá determinar a inidoneidade de um juízo de censura jurídico penal e que, por isso,

o direito penal não deve ser aplicado. Na realidade, tratando-se ainda de um processo estigmatizante, impõe-se afastar do direito penal o jovem que não reúna as características essenciais para o vivenciar, respeitando até, desse jeito, o específico *modo de ser* do direito penal. Vistas assim as coisas, então facilmente se percebe que não é já suficiente uma subrogação em matéria de sanção, antes presidindo, no nosso modo de ver as coisas, à evolução actual do direito (também penal) de crianças e jovens, uma verdadeira alternativa discursiva.

Em Portugal, o sistema apresenta diferentes respostas para a delinquência juvenil consoante a idade do agente. Se o facto for praticado por alguém com menos de 12 anos, o sistema apenas responde com a aplicação de medidas de protecção, considerando que a criança até esta idade deverá ser sempre, independentemente das circunstâncias, tratada como uma criança em perigo⁽⁵⁾. Se o facto for praticado por alguém entre os 12 e os 16 anos, então é possível aplicar ao delincente jovem uma medida tutelar educativa que, no limite, pode chegar, depois dos 14 anos, ao internamento em regime fechado⁽⁶⁾. Embora se trate de uma medida de contenção, privativa da liberdade, esta não deve ser confundida com qualquer pena, na medida em que o legislador português deixa claro que o objectivo das medidas tutelares é a educação para

⁵ Cfr. art. 3.º/2, g) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, segundo o qual se considera estar em perigo a criança que “assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.”

⁶ Sobre as medidas tutelares educativas, veja-se GUERRA, Paulo, «Medidas tutelares educativas institucionais e não institucionais – execução e acompanhamento», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 183 a 193.

o direito. Trata-se, no entanto, de uma medida de responsabilização e, também por isso, é possível dizer que a partir dos 12 anos se distinguem, em Portugal, delinquentes e vítimas⁽⁷⁾. Aos primeiros, podemos aplicar as medidas tutelares, enquanto para os segundos continuamos a reservar a aplicação de medidas de protecção.

A partir dos 16 anos, e salvo se padecer de uma anomalia psíquica, o agente é considerado, em Portugal, imputável. Por isso, passa a ser possível aplicar-lhe o direito penal dos adultos. Significa isto que, em Portugal, há menores (entre os 16 e os 18 anos) a quem aplicamos o direito penal, tanto mais quanto, embora o ordenamento jurídico português conte com um Regime Penal Especial para Jovens Adultos (entre os 16 e os 21), o diploma, que nunca foi regulamentado, tem uma aplicação muito limitada.

O que nos propomos tratar aqui prende-se, então, com uma parte do estudo que desenvolvemos na nossa dissertação de doutoramento “O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade” e que tem a ver, especificamente, com aqueles que nos parecem os melhores critérios para determinar se alguém jovem deve ou não ser alvo de um juízo de censura penal. Ou, dito de uma maneira mais simples, procuramos encontrar critérios alternativos ao mero critério objectivo/formal da idade para determinar se alguém tem ou não capacidade para praticar um facto com culpa jurídico penalmente relevante. Vale isto por dizer, então, e em suma, que nos parece que o recurso a

um critério puramente cronológico não pode ser suficiente para dizer se alguém é ou não susceptível de um juízo de censura penal. Há, no nosso entendimento, que somar a esse critério objectivo um outro, subjectivo, associado especificamente à maturidade do agente do facto.

2. Especificidades da inimputabilidade penal em razão da idade

Do que tratamos, importa deixar isso claro desde princípio, não é de qualquer noção de inimputabilidade por anomalia psíquica. Esse não é o objecto do nosso estudo. Procuramos, isso sim, identificar as etapas de formação da imputabilidade, de modo a que nos seja possível dizer que determinada pessoa não tem culpa jurídico penal por não ter ainda formada toda a sua capacidade para ser imputável. Não porque essa capacidade esteja a ser formada com um defeito, uma anomalia, mas tão simplesmente porque está ainda em processo de construção, porque está ainda incompleta.

Ora, a idade, sendo aqui muito importante e fornecendo-nos parâmetros de aquisição da maturidade, não pode ser o único critério, pois parece-nos pouco rigoroso um critério objectivo generalizador quando sabemos que duas pessoas com a mesma idade não têm necessariamente o mesmo grau de desenvolvimento. Procuramos, então, contribuir para a construção de uma dogmática da inimputabilidade penal em razão da idade e de onde resulte que as neurociências, enquanto ciência auxiliar do direito penal, são essenciais.

Partimos, deste jeito, de um pressuposto que alcança o estatuto de verdade pacificamente aceite, quer do ponto de vista empírico, quer do ponto de vista penal: a responsabilidade de quem pratica um facto qualificado pela lei como crime deve, consoante estejamos perante adultos ou crianças e

⁷ Para uma breve perspectiva histórica sobre este assunto, veja-se GERSÃO, Eliana, «Um século de justiça de menores em Portugal. No centenário da Lei de Protecção à Infância, de 27 de Maio de 2011», in *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo (Orgs.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1365 e ss.

jovens, ser tratada de maneira diferente, atentas as inerentes diferenças ínsitas a esta condição. E este tratamento diferenciado funda-se na imposição constitucional do direito à igualdade, na necessidade de tratar de forma igual o que é igual e de forma desigual o que é, na sua génese, desigual. E, para isso, na nossa opinião, não basta uma mera diferenciação de sanções, ou seja, não são suficientes as soluções já hoje preconizadas naquele Regime Penal Especial para Jovens Adultos e que admitem a aplicação de medidas tutelares ou medidas de correcção quando em causa estejam crimes menos graves e se trate de jovens⁽⁸⁾.

Para o efeito que vimos de descrever, acompanhamos o entendimento perfilhado por Chan Mora⁽⁹⁾ que aponta diversos critérios para tal distinção, designadamente e, em suma, as diferenças cognitivas entre adultos e jovens (1), a teoria do juízo moral de Kohlberg (2), a teoria do enfoque social de Steinberg e Caufmann (3) e as diferenças na estrutura e funcionamento do cérebro de adultos e jovens (4).

2.1. O desenvolvimento cognitivo

Relativamente às diferenças cognitivas (1), parece-nos ponto assente e bastante seguro que o pro-

cesso de desenvolvimento psicológico ocorre, com carácter universal, por etapas. Ou seja, da mesma forma e em todos os indivíduos, a capacidade cognitiva de um jovem é manifesta e intrinsecamente diferente da de um adulto, havendo determinadas idades em que se adquirem e se desenvolvem as capacidades cognitivas⁽¹⁰⁾.

Piaget, a este propósito, estabelecia critérios mediante os quais devem diferenciar-se etapas no desenvolvimento das capacidades psíquicas dos jovens. Para o autor, o desenvolvimento cognitivo é um processo de sucessivas mudanças qualitativas e quantitativas das estruturas cognitivas, derivando cada estrutura de estruturas precedentes. Tais construções seguem um padrão a que se dá o nome de “estágios”, sendo que estes seguem idades *mais ou menos* determinadas⁽¹¹⁾, o que acaba por esclarecer que há, efectivamente, idades em que se adquirem e desenvolvem algumas capacidades cognitivas⁽¹²⁾.

Ora, se “para tomar la decisión de cometer un delito, es esencial que el sujeto haya alcanzado una

¹⁰ OFSTEDAL, Mary Beth, FISHER, Gwenith G., HERZOG, A. Regula, «Documentation of Cognitive Functioning Measures in the Health and Retirement Study», Survey Research Center University of Michigan, Ann Arbor, MI, HRS Documentation Report DR-006, March, 2005, pp. 7 e ss.

¹¹ Sobre isto, *vide* PIAGET, Jean, *Seis Estudos de Psicologia*, 24.ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1999, p. 15.

¹² As capacidades cognitivas podem manter-se em alta até uma idade avançada, como os sessenta anos, havendo, no entanto, casos de idades mais avançadas, designadamente os setenta e cinco anos, em que estas não conhecem ainda um afrouxamento. Para isso contribuem diversos factores, designadamente no que tange à saúde, ao contexto educativo/cultural, à vivência profissional, etc. Questão distinta, mas também importante, prende-se com as mudanças físicas no cérebro, provocadas pelo próprio processo de envelhecimento. À medida que os anos passam, o tamanho e o peso do cérebro humano alteram-se. “Aos 20 anos, esse órgão pesa em média 1.400 gramas, enquanto entre os 50 e 60 anos de idade, o peso médio é de 1.337 gramas. Já entre 70 e 80 anos, o cérebro pesará 1.226 gramas, ao passo que entre 80 e 90 anos terá, em média, 1.180 gramas...”. Cfr. DORNELES, Caroline Lacerda, CARDOSO, Aliana Anghinoni, CARVALHO, Fernanda Antonilio Hammes de, «A educação de jovens e adultos na perspectiva das neurociências», *Revista de Psicopedagogia*, Vol. 29, n.º 89, 2012.

⁸ Uma interpretação actualista do preceito permite dizer que o artigo 5.º daquele diploma prevê a possibilidade de se aplicar subsidiariamente a Lei Tutelar Educativa sempre que se esteja perante um caso cuja pena de prisão correspondente seja inferior a 2 anos e mediante a consideração da personalidade do menor de 18 anos e das circunstâncias do facto. Já o artigo 6.º, por seu turno, prevê que, quando das circunstâncias do caso e considerada a personalidade do jovem entre os 18 e os 21 anos resulte que a pena de prisão até 2 anos não é necessária nem conveniente à sua reinserção social, o juiz poderá impor-lhe, em alternativa à pena, medidas de correcção (admoestação, imposição de determinadas obrigações, multa e internamento em centros de detenção são as medidas de correcção avançadas pelo legislador).

⁹ CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 3, 2011, pp. 351 e ss.

etapa de razonamiento lógico formal o abstracto”⁽¹³⁾, significam estas palavras que um desenvolvimento insuficiente da capacidade de abstracção leva a uma menor capacidade cognitiva para a tomada de decisões, designadamente as decisões que se prendem com a correcta valoração do delito e das suas implicações.

Do estudo de Chan Mora destaca-se a referência à idade de dezasseis anos como o culminar do índice de capacidade de abstracção que tem o seu início aos doze anos, havendo, a partir daí, espaço para a afirmação de que não existirão grandes diferenças entre o desenvolvimento cognitivo de um jovem e de um adulto⁽¹⁴⁾. Mas importa perceber exactamente em que termos são proferidas as afirmações do Autor. Se é verdade que antes dos doze anos não é muito provável que exista capacidade de abstracção ou de formulação de um juízo abstracto, não menos verdade é o entendimento de que os dezasseis anos podem não ser o efectivo culminar do desenvolvimento cognitivo.

Para Piaget⁽¹⁵⁾, em determinadas idades é expectável a verificação de determinados estágios, mas tal não significa que isso seja um fenómeno universal para todos os indivíduos, o que equivale a aceitar que há apenas uma margem de idade, mais ou menos determinada, em que isso acontece. E, postas assim as coisas, não será já difícil perceber o que se pretende com o nosso estudo: burilar a solução jurídica mais adequada para os concretos casos em que não se verifica ainda o completo desenvolvimento cognitivo (a capacidade de abstracção) que é expectável naquela idade de dezasseis

anos e a partir da qual, em Portugal, o jovem passa a ser tratado, *grosso modo*, como adulto imputável.

E eis que, ao considerarem-se assim as idades médias, se impõe perceber que, se existe um juízo de prognose ou de expectabilidade de verificação daquelas competências numa determinada idade, não existe, no entanto, uma régua que demarque ou nos possa apontar quando se encontra atingido o pleno desenvolvimento cognitivo. Ou, dito por outras palavras,

“no existe una relación de implicación entre edad y grado de desarrollo que permita afirmar que “siempre” que se tenga una edad determinada, se tendrá un desarrollo cognitivo específico correspondiente. Los criterios de normalidad y probabilidad subyacentes, no excluyen entonces, la posibilidad de que, por ejemplo, una persona de 20 años no haya alcanzado aún una capacidad de razonamiento abstracto, ni tampoco, que un niño de 11 años ya haya alcanzado tal nivel de desarrollo cognitivo. Sin embargo, la posibilidad de que esas capacidades relevantes no se hayan adquirido aumenta conforme disminuye la edad. De ahí la necesidad de constatarlas en el caso de los jóvenes acusados penalmente”⁽¹⁶⁾.

Por conseguinte, só com uma cuidada e profunda análise ao efectivo desenvolvimento cognitivo do jovem, análise esta obviamente multidisciplinar, mas com acentuado enfoque na medicina, poderemos, com rigor, definir se este o completou de forma adequada e sã.

Para Piaget, pode dizer-se que é na adolescência que se completa o desenvolvimento cognitivo, com o atingir do sexto estágio (o qual se mantém por toda a vida adulta), a saber, o “estágio das operações intelectuais abstratas, da formação da personalidade e da inserção afectiva e intelectual na sociedade dos adultos”⁽¹⁷⁾. Não obstante, persistem,

¹³ CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 359.

¹⁴ IDEM, *ibidem*, p. 361.

¹⁵ PIAGET, Jean, *Seis Estudos de Psicologia*, cit., pp. 7 e ss.

¹⁶ CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 361 (nota 406).

¹⁷ PIAGET, Jean, *Seis Estudos de Psicologia*, cit., p. 15.

entre o jovem e o adulto, diferenças quanto à capacidade de pensamento abstracto e, reflexamente, quanto à capacidade para compreender as normas penais, o que vem a justificar, segundo Chan Mora, um tratamento responsabilizador diferente⁽¹⁸⁾.

2.2. O desenvolvimento moral

Com o propósito de aperfeiçoar a distinção entre o jovem e o adulto, surge, então, outro critério: o da diferença no juízo moral de jovens e adultos, critério este que se funda na teoria do juízo moral de Kohlberg (2)⁽¹⁹⁾ (20). Na sua acção, o jovem distingue-se do adulto pela sua incapacidade de ir além do plano evolutivo da obediência à autoridade e à norma social, onde a moralidade é ditada por uma força externa: a da observação e cumprimento das normas – leis e deveres. Significa então isto que o jovem com reduzido desenvolvimento cognitivo ou com *deficit* de “desenvolvimento moral”⁽²¹⁾ possui uma menor capacidade de avaliar as

regras penais e de conformar a sua acção⁽²²⁾ (23). De acordo com Kohlberg⁽²⁴⁾, não obstante o juízo moral comece a completar-se com o fim dos dezasseis anos, início dos dezassete⁽²⁵⁾, certo é que isso não pode ser suficiente para afirmar que a partir dessa idade deixam de existir diferenças⁽²⁶⁾. Na verdade, as conclusões a que se acaba por chegar têm por base um critério estatístico do parâmetro de normalidade, sendo que “no se excluye la posibilidad de que una persona de 20 años de edad no haya alcanzado tal estágio de desarrollo moral”⁽²⁷⁾.

Existe, pois, uma margem etária que se situa entre os quinze anos de idade (para o desenvolvimento cognitivo – segundo Piaget) e os final dos

consequência social, onde o agente representa um papel: ser bom filho, ser bom aluno).

²² Resumidamente, e citando ainda CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., pp. 365 e 366, “(1) No es posible alcanzar el estágio IV.2 del desarrollo moral si no se ha alcanzado la capacidad cognitiva de razonamiento lógico abstracto. Esto usualmente no sucede antes de los 12 años de edad. (2) Sin embargo, la consecución de una capacidad de razonamiento lógico formal no conlleva automáticamente la consecución de la etapa IV. 2 de desarrollo moral. (3) Antes de los 14 años de edad es menos probable que alguien alcance el estado de orientación moral por “las leyes y el ordenamiento”. (4) A partir de los 14 años de edad, es más probable que un joven logre alcanzar dicho estado de desarrollo moral, pero aún existe la posibilidad, mayor que en el caso de los adultos, de que no lo haya alcanzado. (5) La capacidad de juicio moral de los jóvenes, usualmente se diferencia del de los adultos, por lo menos hasta que finalizan los 16 años de edad.”

²³ Em sentido contrário, «The competence-related abilities of adolescent defendants in criminal courts», POYTHRESS, Norman, LEXCEN, Frances J., GRISSO, Thomas, STEINBERG, Laurence, *Law and Human Behavior*, Vol. 30, n.º 1, February 2006, p. 88.

²⁴ KOHLBERG, Lawrence, *Moral stages and moralization: the cognitive-developmental approach*, cit., p. 123.

²⁵ No mesmo sentido, CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 366.

²⁶ Para o Autor, raros são os indivíduos que podem atingir o estágio 6.

²⁷ CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 366.

¹⁸ CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 362.

¹⁹ Para Kohlberg, todos os seres humanos têm a capacidade de chegar à plena competência moral, sendo que para tal existem níveis evolutivos (pré-convencional, convencional e pós-convencional) que no conjunto formam um complexo grupo de estágios que agregam desde o mais elementar, desenvolvido inicialmente pelas crianças (estágio 1 ou de punição e obediência: onde a acção da criança é sempre condicionada pelo castigo – não faço isto para não ser castigado), até ao estágio 6 ou o dos princípios universais éticos (sendo que, entre estes dois estágios existem outros quatro, a saber: o estágio 2 - orientação ingenuamente egoísta, o estágio 3 - orientação do bom menino, o estágio 4 - orientação de manutenção da autoridade e ordem social, o estágio 5 - orientação contratual legalista). Cfr. KOHLBERG, Lawrence, HERSH, Richard H., «Moral development: a review of the theory», *Theory into Practice*, Vol. 16, n.º 2, April 1977, pp. 54 e 55 e KOHLBERG, Lawrence, *Moral stages and moralization: the cognitive-developmental approach*, New York, T. Lickona, 1976, pp. 53 e ss.

²⁰ *Vide*, para melhor compreensão, a síntese apontada por DELUCA, Jenn, «Kohlberg's theory of moral development: theory synthesis», Bridgewater State University.

²¹ Será o caso do jovem que permanece no estágio 3 de Kohlberg (a moralidade de uma acção é valorada em função da recompensa/

dezasseis anos - início dos dezassete (para o desenvolvimento do juízo moral de Kohlberg)⁽²⁸⁾ em que se deve colocar a questão: terá o agente (com dezasseis anos⁽²⁹⁾ de idade, para o que nos importa, aqui) completado o seu desenvolvimento?

Se, como já visto, estes estágios de formação não são determinísticos, isto é, repete-se, se são apenas padrões estatísticos de normalidade, então, para o nosso estudo, há que considerar e tomar como ponto inegociável de aplicação do direito penal uma concreta avaliação das circunstâncias e do quadro de desenvolvimento (cognitivo e moral), olhando a factores endógenos e exógenos de cada jovem, de forma a apurar se, caso a caso, este poderá, apesar da sua idade igual ou superior a dezasseis anos, ser submetido ao jugo das sanções daquele ramo do direito.

2.3. A maturidade psicossocial

Em defesa desta mesma posição temos então o apoio das teorias sociais de Steinberg e Cauffman⁽³⁰⁾. Para estes Autores, as tradicionais teorias cognitivas e de juízo moral pecam por não fazer, após determinadas idades, uma diferenciação entre os jovens e os adultos, embora aceitem que ela possa existir.

Segundo esta nova corrente de pensamento, crítica, então, das teorias tradicionais, há um conjunto de factores suplementares que é preciso ter em conta (e que são desconsiderados por aquelas), a saber: os factores demográficos, os psicológicos,

os sociais (ou de contexto), factores legais e outros factores externos⁽³¹⁾. Isto porque,

“drawing age boundaries on the basis of developmental research cannot be done sensibly without a careful and nuanced consideration of the particular demands placed on the individual for “adult-like” maturity in different domains of functioning”⁽³²⁾.

As capacidades individuais do jovem delinquente não valem por si só para a tomada de decisão da prática de um facto. Há que somar a essas características a influência dos outros factores, em especial os de contexto ou sociais. Desta forma, sugerem-se novos requisitos para a avaliação da determinação da maturidade, introduzindo-se um novo conceito, o da maturidade psicossocial, para cuja avaliação será imprescindível considerar “susceptibility to peer influence”, “attitudes toward and perception of risk”, “future orientation” e “capacity of self-management”⁽³³⁾. Esta será, por conseguinte, uma nova forma de jovens e adultos se diferenciarem, na medida em que

“los componentes o requisitos de la madurez psico-social muestran una evolución aún después de los 16 años, en incluso, para algunas dimensiones, hasta los 18 y 21 años de edad”⁽³⁴⁾.

²⁸ IDEM, *ibidem*, p. 367.

²⁹ Pelo que deixamos exposto, parecem redundantes explicações sobre a desadequação, entre nós, de questionar a possibilidade de aplicação do direito penal abaixo desta idade.

³⁰ CAUFFMAN, E., STEINBERG, L., «(Im)maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults», *Behavioral Sciences and the law*, 18 (6), 2000, pp. 741 a 760.

³¹ «Legal, Individual, and Environmental Predictors of Court Disposition in a Sample of Serious Adolescent Offenders», CAUFFMAN, Elisabeth, PIQUERO, Alex R., KIMONIS, Eva, STEINBERG, Laurence, CHASSIN, Laurie, FAGAN, Jeffery, *Law and Human Behavior*, 31(6), Dec. 2007, pp. 519 a 535.

³² «Are adolescents less mature than adults?: Minors’ access to abortion, the juvenile death penalty, and the alleged APA “flip-flop”», STEINBERG, Laurence, CAUFFMAN, Elisabeth, WOOLARD, Jennifer, GRAHAM, Sandra, BANICH, Marie, *American Psychologist*, Vol. 64 (7), Oct 2009, p. 583.

³³ CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., pp. 374 e 375.

³⁴ IDEM, *ibidem*, p. 376. No mesmo sentido, embora considerando o intervalo entre os 16-19 anos como mais relevante, veja-se CAUFFMAN, E., STEINBERG, L., «(Im)maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults», cit., p. 756.

As teorias cognitivas e éticas (também denominadas de morais) devem, assim, ser complementadas pelas teorias sociais de Steinberg e Cauffman, procurando-se um conceito unificado de adulto.

2.4. Alguns aspectos do desenvolvimento do cérebro

Entre nós, porém, Maria Fernanda Palma não deixou ainda de referir-se, no mesmo sentido de Chan Mora, à necessidade de uma análise das diferenças na estrutura e funcionamento do cérebro dos adultos e dos jovens (4)⁽³⁵⁾, *maxime* se aceitarmos que, atento o critério orgânico, também denominado critério biológico, existem profundas diferenças nas suas estruturas do cérebro, enquanto órgão.

Por ora, sendo assim, centramo-nos no processo formativo bio-orgânico do cérebro e das suas múltiplas estruturas bem como na importância destas para a formação da susceptibilidade de se dirigir a determinada pessoa um juízo de culpa. E só nisso. Ou seja, procuramos mostrar que a afirmação da incompletude da formação de determinadas áreas do cérebro, podendo comprometer a capacidade para a culpa, se afasta daquilo a que damos o nome de anomalia psíquica para efeitos da aplicação do artigo 20.º do Código Penal português.

Na sequência do que afirmamos, surge de valia indesmentível, então, a referência ao hipocampo,

estrutura do cérebro⁽³⁶⁾ ⁽³⁷⁾ situada nos lobos temporais e que é responsável pela memória a curto e longo prazo, pela aprendizagem e, em especial, pela conversão daquelas memórias de curto prazo em memória de longo prazo. Seria, porém, redutor só apontar estas funções ao hipocampo uma vez que este apresenta vastas conexões designadamente no plano da atenção, do estado de alerta e das funções comportamentais.

De acordo com o consenso médico mais presente, este núcleo essencial do cérebro regista um desenvolvimento que começa com o nascimento/início da vida e que se estende até aos quarenta anos. O seu volume é susceptível de variação⁽³⁸⁾ (em especial com o stress)⁽³⁹⁾, sendo que, em regra, à medida que envelhecemos ele sofre uma diminuição do seu volume, o que pode ser contrariado com uma maior estimulação e até mesmo com o aumento da actividade física.

Assim, e durante toda a vida do hipocampo, um ambiente rico em estímulos contribui para a renovação das estruturas neuronais. Da mesma forma, uma presença constante de afectividade por parte

³⁶ «Distinct Hippocampal and Basal Ganglia Contributions to Probabilistic Learning and Reversal», SHOHAMY, Daphna, MYERS, Catherine E., HOPKINS, Ramona O., SAGE, Jake, GLUCK, Mark A., *Journal of Cognitive Neuroscience*, 21:9, Massachusetts Institute of Technology, 2008, pp. 1821 a 1833.

³⁷ AROEIRA, Rita Isabel Pedro, *Caracterização espaço-temporal do receptor da glicina no hipocampo de rato*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Faculdade de Ciências - Departamento de Química e Bioquímica, 2009, p. 32.

³⁸ Nesse sentido, “...general role for the hippocampus in configural learning, and suggests it may also support the ability to respond to changes, in cue–outcome contingencies” («Distinct Hippocampal and Basal Ganglia Contributions to Probabilistic Learning and Reversal», SHOHAMY, Daphna, MYERS, Catherine E., HOPKINS, Ramona O., SAGE, Jake, GLUCK, Mark A., cit., p. 1821).

³⁹ No mesmo sentido, *vide* «Hippocampal atrophy in recurrent major depression», SHELINE, Y. I., WANG, P. W., GADO, M. H., CSERNANSKY, J. G., VANNIER, M. W., *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 93(9), 1996, pp. 3908 a 3913.

³⁵ “Se concebermos o desenvolvimento da pessoa nas suas diversas dimensões neuro-biológica, intelectual, ética e social – deveremos concluir que a responsabilidade penal por culpa pressupõe um certo estágio de desenvolvimento nessas diversas dimensões.” Cfr. PALMA, Maria Fernanda, «Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no Código Penal Português», *Sub Judice*, 11, Janeiro/Junho 1996, p. 61.

dos pais gera na criança um maior crescimento do hipocampo⁽⁴⁰⁾ (o mesmo já não se passando com os adultos que sejam submetidos a cuidados de afectividade)⁽⁴¹⁾. Desta forma, ganha consistência a ideia de que uma região-chave do cérebro é mais saudável e melhor desenvolvida nas crianças criadas com carinho e afecto⁽⁴²⁾.

Por conseguinte, e na esteira do que vimos suportando, este é um elemento essencial para a afirmação da importância da avaliação de outros factores para além da idade na determinação do amadurecimento de uma pessoa. Repare-se, pois, que dois jovens da mesma idade, mas com tipos de afectividade e de carinho familiar bem diferentes, podem inelutavelmente, em si, encerrar disparidades bio-orgânicas no seu hipocampo⁽⁴³⁾, sem que se coloque, apesar disso, bem é de ver, relativamente a qualquer um deles, a hipótese de anomalia psíquica. Nesta medida, a diferença de tamanho do hipocampo pode ser a pedra de toque diferenciadora numa eventual avaliação da “culpa” da pessoa. Um hipocampo menor pode gerar uma maior dificuldade quer para a percepção da factualidade, quer para a actuação comportamental de determinado jovem, comparativamente a outro que, muito embora com a mesma idade, mas com um maior hipocampo, revela percepção e actuação comportamental mais facilitadas. O mesmo é dizer que estes dois jovens (sem anomalia psíquica que lhes possa

reivindicar inimputabilidade) estão, em rigor, em patamares desiguais relativamente ao direito penal e que urge determinar em concreto.

O mesmo processo ocorre com a amígdala, uma estrutura cerebral que concentra em si, processando-a, a agressividade nas suas múltiplas vertentes: a raiva, o medo e a ansiedade. Contudo, a sua função é também mais ampla, sendo igualmente responsável pela regulação do comportamento sexual e das emoções, em especial as da paixão, do amor, da amizade e do afecto. É, pois, a parte mais utilizada para o processamento das emoções enquanto o córtex pré-frontal não amadurece na sua totalidade. As informações sensoriais são enviadas para a amígdala, a porta de entrada do sistema límbico, área responsável pelo processamento de emoções. Usando o conhecimento armazenado, a amígdala determina a resposta emocional que deve dar a cada estímulo que recebe e, com o tempo, cria vários significados emocionais do ambiente.

Assim, ambientes educacionais mais elevados trazem uma diminuição da amígdala cerebral, e, no lado oposto, jovens com historial de negligência educativa e de afectos demonstram ter um maior volume de amígdala⁽⁴⁴⁾. Deste modo, indivíduos (jovens) com maiores volumes de amígdala revelam maior agressividade e menor capacidade de comportamento social normalizado⁽⁴⁵⁾, na medida em que têm mais dificuldades de socialização e de criação de laços mais firmes de amizade.

Ora, à semelhança do que atrás se deixa exposto, estas diferenças na amígdala das crianças e jovens não acarretam por si só anomalia psíquica e a inerente inimputabilidade penal por via dessa causa. Trata-se, tão somente, de diferenças orgânicas

⁴⁰ «Maternal support in early childhood predicts larger hippocampal volumes at school», LUBY, Joan L., BARCH, Deanna M., BELDEN, Andy, GAFFREY, Michael S., TILLMAN, Rebecca, BABB, Casey, NISHINO, Tomoyuki, SUZUKI, Hideo, BOTTERON, Kelly N., *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Vol. 109, n.º 8, 2012, pp. 2854 a 2859.

⁴¹ IDEM, *ibidem*, p. 2857.

⁴² IDEM, *ibidem*, pp. 2857 e 2858.

⁴³ Com esta afirmação não se reconhece procedência ao argumento de que determinado meio social conduz de forma inexorável a uma carreira criminosa, embora se admita e reconheça a importância daquele.

⁴⁴ ANDERSEN, Susan L., PINE, Daniel S., *The Neurobiology of Childhood*, Berlin – Heidelberg, Springer Verlag, 2014, p. 120.

⁴⁵ IDEM, *ibidem*, p. 140.

que influenciam a personalidade. Apesar de serem insusceptíveis de fundar uma situação de inimputabilidade por anomalia psíquica (ou até diminuída), podem contribuir para afastar a consideração de uma completa formação para a susceptibilidade de um juízo de culpa jurídico-penal.

Retomando a necessidade de pensar um novo critério, que ora trazemos a público, entendemos que só por meio dele podemos, em homenagem ao princípio da igualdade, tratar com desigualdade o que realmente é desigual: o processo de desenvolvimento cerebral (que é variável de jovem para jovem).

Repetindo o que atrás se afirma, dois jovens com a mesma idade podem ter volumes de amígdalas diferentes, logo, diferentes capacidades de controlo das suas emoções, que exigirão diferentes idades de amadurecimento para controlo dessas mesmas emoções. E isto assim o é tanto mais que esta estrutura cerebral apresenta uma ligação com o hipocampo (já descrito)⁽⁴⁶⁾. Parece-nos, então, que só a ideia de um critério subjectivo, distinto da mera consideração de uma idade, será capaz de tomar em linha de conta todas estas diferenças, valorizando-as de forma prévia ao patamar da anomalia psíquica que, repete-se, poderá nem existir, porquanto o jovem em formação poderá completar o *iter* do seu amadurecimento e tornar-se um adulto imputável.

Outra estrutura essencial à nossa análise é o córtex pré-frontal. Na verdade, esta estrutura torna-se o centro responsável pela tomada de deci-

sões⁽⁴⁷⁾ ⁽⁴⁸⁾, logo, pelo controlo das emoções⁽⁴⁹⁾ ⁽⁵⁰⁾, e também pelo julgamento. Esta área, integrada no córtex cerebral, é a que mais demora a “amadurecer”⁽⁵¹⁾, sendo que sua formação completa pode estender-se para lá dos dezasseis ou até dos dezoito anos ⁽⁵²⁾ ⁽⁵³⁾. Em rigor, o córtex frontal parece ter uma especial ligação com a amígdala⁽⁵⁴⁾, o que leva

⁴⁷ Para demonstração das diferentes áreas do córtex activadas pelos jovens e pelos adultos aquando das decisões, *vide* «Adolescent development of the neural circuitry for thinking about intentions», BLAKEMORE, Sarah-Jayne, OUDEN, Hanneke den, CHOUDHURY, Suparna, FRITH, Chris, *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, 2 (2), 2007, pp. 130 a 139.

⁴⁸ Notando a importância do desenvolvimento desta área do cérebro, nomeadamente no momento da tomada de decisões de recompensa imediata, veja-se BLAKEMORE, Sarah-Jayne, ROBBINS, Trevor W., «Decision-making in the adolescent brain», *Nature Neuroscience*, Vol. 15, n.º 9, September 2012, especialmente pp. 1185 a 1188. Detidamente acerca, desde logo, da influência dos pares, HARTLEY, Catherine A., SOMERVILLE, Leah H., «The neuroscience of adolescent decision-making», *Current Opinion in Behavioral Sciences*, *ScienceDirect*, 5, 2015, pp. 108 a 115 e AHMED, Saz P., BITTENCOURT-HEWITT, Amanda, SEBASTIAN, Catherine L., «Neurocognitive bases of emotion regulation development in adolescence», *Developmental Cognitive Neuroscience*, 15, 2015, pp. 11 a 25 (não deixando ainda, na p. 18, de referir-se à especificidade dos chamados “early-twenties”).

⁴⁹ Deixamos aqui, sem necessidade de melhores explicações, as doulas considerações de DAMÁSIO, António R., *O Erro de Descartes: Emoção, razão e Cérebro Humano*, Temas e Debates, Círculo de Leitores, 2011.

⁵⁰ Para o desenvolvimento dos diferentes tipos de emoções, *vide* DELGADO EGIDO, Begoña, CONTRERAS FÉLIX, Antonio, *Desarrollo social y emocional, La segunda infancia: desde los seis a los doce años*, 12, p. 41.

⁵¹ No mesmo sentido, “The notion that brain continues to develop after childhood is relatively new. Post-mortem studies carried out in the 1970s and 1980s demonstrated that the structure of the prefrontal cortex undergoes significant changes during puberty and adolescence” em BLAKEMORE, Sarah-Jayne, CHOUDHURY, Suparna, «Brain development during puberty: state of the science», *Developmental Science*, 9 (1), 2006, p. 12.

⁵² Cfr. TEFFER, Kate, SEMENDEFERI Katerina, «Human prefrontal cortex: Evolution, development, and pathology», in *Progress in Brain Research*, (capítulo 9), Vol. 195, 2009, pp. 195 a 198, especialmente p. 196.

⁵³ Para dados quantitativos sobre o volume do córtex e da amígdala ao longo de toda a vida, cfr. BLAKEMORE, Sarah-Jayne, CHOUDHURY, Suparna, «Development of the adolescent brain: implications for executive function and social cognition», *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 47 (3), 2006, pp. 297 e ss.

⁵⁴ SALZMAN, C. Daniel, FUSI, Stefano, «Emotion, Cognition, and Mental State Representation in Amygdala and Prefrontal Cortex», *Annual Review of Neuroscience*, 33, 2010, pp. 173 a 202, especialmente p. 181.

⁴⁶ Amígdalas maiores interferem com este e geram assim uma maior propensão para uma maior severidade da ansiedade nas depressões dos jovens. Cfr. «Increased Amygdala: Hippocampal Volume Ratios Associated with Severity of Anxiety in Pediatric Major Depression», MACMILLAN, Shauna, SZESZKÓ, Philip R., MOORE, Gregory J., MADDEN, Rachel, LORCH, Elisa, IVEY Jennifer, BANERJEE, S. Preeya, ROSENBERG, David R., *Journal of Child and Adolescent Psychopharmacology*, Vol. 13, n.º 1, Março de 2003, pp. 65 a 73.

a que estas duas estruturas, em conjunto, participem em funções executivas tais como a atenção, o entendimento das regras, o planeamento da acção e a sua avaliação⁽⁵⁵⁾. Nesta medida, se tal estrutura cerebral, e ao fim e ao cabo todo o cérebro⁽⁵⁶⁾, se mostra em formação para lá dos dezasseis anos, entendemos que também aqui o critério subjectivo que defendemos é a pedra de toque essencial para a inimputabilidade que pretendemos afirmar.

Estando o córtex pré-frontal em desenvolvimento, não podemos, no nosso entendimento, falar em anomalia psíquica. Tanto mais porquanto o processo de desenvolvimento e formação completa desta estrutura é, *per natura*, diluído no tempo. Ou seja, não estamos perante uma errada formação já concluída (ou uma lesão adquirida dessa estrutura) que importa uma anomalia psíquica, mas um *iter* incompleto, com estágios e etapas sucessivas para a sua plena formação. No caso de uma anomalia psíquica, a lesão da estrutura cerebral assenta na verificação inequívoca do “defeito” que torna impossível a afirmação da culpa, ou porque ele se assume como herança aceite à nascença ou nos primeiros anos, ou porque, eventualmente em conjugação com uma predisposição genética para o efeito, se

adquiriu posteriormente⁽⁵⁷⁾.

A verificação, *in casu*, do caminho do desenvolvimento que é imprescindível para a culpa é, pois, uma análise prévia ao pressuposto da sua completude que é expectavelmente atingida até aos vinte e um anos⁽⁵⁸⁾, idade a que chegamos após confronto com tudo o que fomos indicando.

Em síntese, se esta doutrina nos aponta a idade de vinte e um anos como ponto fulcral na completude da formação das estruturas essenciais de amadurecimento (também do cérebro, muito embora não se negando aqui que o cérebro, enquanto estrutura neuronal complexa, está em constante mutação e adaptação ao longo de toda a sua vida), outra alternativa não se imporá senão considerar esta barreira dos vinte e um anos como limite da nossa intervenção diferenciada face ao direito penal.

3. Conclusão

Porque em Portugal temos jovens com mais de dezasseis anos e menos de vinte e um tratados, em linhas gerais, como adultos, impõe-se perceber que, se aliarmos ao critério da idade a ponderação do desenvolvimento da sua susceptibilidade para que lhe seja dirigido um juízo de culpa, então, em muitas situações concretas, o que temos é verdadeiros inimputáveis em razão das características inerentes à sua idade tratados como imputáveis. Temosa possibilidade de aplicação de penas a inimputáveis. E, por isso, a subversão do princípio da culpa.

⁵⁵ IDEM, *ibidem*.

⁵⁶ Para uma mais completa perspectiva do desenvolvimento do cérebro, com quantificação dos volumes da matéria cinzenta, matéria branca nos dois sexos, até aos dezoito anos, vide «Puberty-related influences on brain development», GIEDD, Jay N., CLASEN, Liv S., LENROOT, Rhoshel, GREENSTEIN, Dede, WALLACE, Gregory L., ORDAZ, Sarah, MOLLOY, Elisabeth A., BLUMENTHAL, Jonathan D., TOSSELL, Julia W., STAYER, Catherine, SAMANGO-SPROUSE, Carole A., SHEN, Dinggang, DAVATZIKOS, Christos, MERKE, Deborah, CHROUSOS, George P., *Molecular and Cellular Endocrinology*, 254-255, 2006, pp. 154 a 162. Igualmente quanto ao lobo frontal e a respectiva quantificação, «Improved memory functioning and frontal lobe maturation between childhood and adolescence: a structural MRI Study», SOWELL, Elisabeth R., DELIS, Dean, STILES, Joan, JERNIGAN, Terry L., *Journal of the International Neuropsychological Society*, 7, 2001, pp. 312 a 322.

⁵⁷ Sobre a predisposição genética associada à aquisição de determinadas anomalias psíquicas, veja-se, por todos, URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Bilbao – Granada, Comares, 2004, pp. 399 e ss.

⁵⁸ Cfr. CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 382.

Deste modo, e posicionando a questão no plano do quem pode ter a culpa que o direito penal reivindica como relevante, não nos parece que a solução deva passar por elevar a idade da imputabilidade penal para os dezoito anos, fazendo-a coincidir com o *terminus* da menoridade. Sucede, em boa verdade, que continuaríamos, por essa via, a ficcionar a inimputabilidade, não a suscitando por meio da real incapacidade para a culpa. A menoridade, enquanto ficção jurídica, não opera, só por si, a (in)imputabilidade da pessoa, como vimos. É, pois, essa, a magna razão para que defendamos a materialização/subjectivação da apreciação do patamar da (in)imputabilidade em razão da (pouca) idade, adequando-a, verdadeiramente, ao juízo concretamente vinculado ao facto *daquele* delinquente.

Em suma, só esse critério misto, onde concorram a segurança que as barreiras etárias estatisticamente definidas podem dar e a justeza da adequação às especificidades de quem pratica o facto poderá, em nosso entender, levar à afirmação natural da culpa jurídico penal.

Pelo menos até aos vinte e um anos terá, então, sentido dizer que não basta a idade para que se afirme a imputabilidade penal, antes devendo fa-

zer-se coincidir, depois dos dezasseis anos, este critério formal com um outro, material, dependente de avaliação multidisciplinar, mas eminentemente psicológica e médica, da completude da capacidade para ser um sujeito da culpa penal. Tanto mais quanto este juízo complexo de imputabilidade, frustrando uma equiparação entre jovens e adultos nesta matéria, só terá sentido quando aferido num duplo grau casuístico. Concretizando, não bastará, depois da prática de um facto, evidenciar a condição de imputável do delinquente em concreto, é preciso que, no caso de prática posterior de novo facto, pelo mesmo delinquente, mas ainda antes daquela idade dos vinte e um anos, o processo se repita, porquanto o juízo de imputabilidade, referindo-se ao delinquente, não pode, bem é de ver, desconsiderar o facto concretamente em causa.

Deste modo, *lege ferenda*, propõe-se que a redacção do artigo 19.º do Código Penal português se altere, no sentido de acolher aí a mudança de paradigma que aqui se suscita e que incluiria também um critério subjectivo na determinação da imputabilidade penal dos jovens⁽⁵⁹⁾.

⁵⁹ Para mais desenvolvimentos, ALFAIATE, Ana Rita, *O problema da responsabilidade penal dos imputáveis por menoridade*, Polic., Coimbra, 2014 (dissertação de doutoramento disponível na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

TRABALHADOR COM VIH/SIDA NA PERSPETIVA LUSO-BRASILEIRA: O DIREITO À MENTIRA COMO SALVAGUARDA AO ACESSO E À SEGURANÇA NO EMPREGO

Camila Lima

Palavras-chave: *igualdade; não discriminação; acesso e segurança no emprego; direito à mentira. trabalhador portador de VIH/SIDA.*

Keywords: *equality; non-discrimination; access and security at work; right to lie; workers with HIV/AIDS.*

Resumo: *O presente artigo aborda a problemática da ponderação normativa de direitos e bens juridicamente tutelados quando contrapostos, no que concerne às noções de igualdade, não discriminação e acesso e segurança no emprego, através do embate com direito à mentira (ou à omissão), em defesa dos direitos relativos à personalidade, cujo recorte analítico recai sobre o case study do trabalhador portador do VIH/SIDA. Evidenciamos a referida temática sob a perspetiva sociojurídica e com base em análise documental (doutrina, legislação e jurisprudência), discutindo o posicionamento do ordenamento jurídico internacional (proteção e promoção) acerca das garantias objeto de nossa análise, com ênfase nos modelos constitucionais português e brasileiro. Dimensionamos a relevância da temática proposta, pelo que vislumbramos o instituto do direito à mentira como baliza legal capaz de salvaguardar a igualdade e o acesso e segurança no emprego, na medida em que labora pelo repúdio a práticas discriminatórias no âmbito da empresa, em termos de contratação e de manutenção do contrato de trabalho. Considerando as dificuldades das relações trabalhistas presentes na contemporaneidade capitalista, reveladoras de um acentuado desnível de forças entre trabalho e capital, insurge-se como premente o combate a condutas discriminatórias diretas e indiretas (formas conhecidas ou não pelo legislador), nomeadamente, por meio de um arcabouço normativo protetivo e efetivo, com base na sistematização dos princípios, garantias e direitos supra elencados.*

Abstract: *This article approaches the issue of normative deliberation of opposing rights and legally protected goods, related to equality, non-discrimination and access and security*

at work, through the shock with the right to lie (or to omit) in defense of rights related to the personality, whose analytical approach concerns the case study of the worker with HIV/AIDS. We highlight this theme under a social and legal perspective and based on analysis of doctrine, legislation and jurisprudence, discussing the position of the international legal order (protection and promotion), with emphasis on the Portuguese and Brazilian constitutional models. By dimensioning the relevance of this proposed theme, we realize the right to lie as a legal protection capable of safeguarding equality and access and security at work, by rejecting discriminatory practices at work, in terms of hiring and employment contract retention. Considering the difficulties of labor relations in the capitalist society, revealing power imbalance between labor and capital, it is important to combat the direct and indirect discriminatory behaviors through a protective and effective normative framework, based on the systematization of principles, rights and guarantees.

1. Apresentação

O Direito, antes de mais nada, precisa ser efetivo. Efetivo na medida em que seja condizente com a realidade (necessita manter-se atual e no compasso das mudanças sociais) e capaz de produzir efeitos jurídicos almejados. No entanto, precisa também ser o Direito sensível, considerar a questão que se apresenta sob um viés sociológico, político e econômico. Guarda a perspetiva de ser justo, de incorporar as necessidades da sociedade e de amparar fenômenos sociais na medida em que estes sejam formulados como bens jurídicos.

Partindo dessa perspetiva, e com base no pro-

cesso de mudança da sociedade que, em tempos, dinamicamente modifica situações e cria novos processos, consoante informa a perspectiva andriana, emana a necessidade de o ordenamento jurídico acompanhar essa evolução social, mantendo sempre sob a égide de seu arcabouço jurídico a tutela desses bens (direitos, garantias e liberdades).

Inicialmente, abordaremos a questão do direito à igualdade e à não discriminação e seu processo de constitucionalização (a níveis lusitano e brasileiro), para, então, adentrarmos na esfera dos direitos inerentes à personalidade do trabalhador (vida, saúde, segurança, privacidade e integridade) sob o aspeto da garantia de acesso e de segurança no emprego, bem como as tensões resultantes dessa contenda, pelo que propomos a análise da contraposição normativa entre o direito à mentira *vs.* o dever contractual da verdade, quando mensuramos questões inerentes à vida privada do trabalhador (em especial acerca de sua saúde), com base na fundamentação dos direitos constitucionais relacionados, acima mencionados.

Entre os fatores de desigualdade, em qualquer dimensão (social, política, jurídica e económica), destacamos aqueles relativos ao gênero, raça, idade, religião, ideologia e orientação sexual, situando nosso recorte de análise em torno da realidade do seropositivo assintomático (VIH) e do portador da doença SIDA, colocando em relevo possíveis condutas discriminatórias pelo empregador (ou superior hierárquico) e as consequências dessa prática coibida internacionalmente (OIT, OMS, constituições, tratados internacionais e comunitários).

2. Fundamentos dos direitos princípios e constitucionais à igualdade e à não discriminação

2.1 Noções acerca do direito à igualdade

A construção da noção de igualdade entre os homens apresenta uma longa trajetória histórica. Seu marco temporal remete ao Cristianismo e sua gênese filosófica recebeu intervenções de filósofos como Platão⁽¹⁾ Aristóteles⁽²⁾, Santo Agostinho⁽³⁾, S. Tomás de Aquino⁽⁴⁾ e Rousseau⁽⁵⁾, elevando à noção de princípio fundamental e provocador de Justiça, que demanda uma normatividade genérica, a fim de que seja coibida a concessão de privilégios (DRAY, 1999).

Originário dos ideais iluministas que influenciaram as revoluções liberais do século XVIII, os direitos fundamentais⁽⁶⁾, por sua vez, desaguam no processo de constitucionalização francês (com a

¹ Enseja a igualdade generalizada dos homens livres, sem reconhecimento de desníveis sociais, aceitando, no entanto, a controversa ideia de escravidão como uma consequência natural da isonomia humana setorizada.

² Discípulo da filosofia platonista, prega a igualdade como canalizadora do senso de justiça e de direito, admitindo, também, a escravidão como efeito natural e inerente à desigualdade humana, consoante argumenta na obra Política, em sua polémica frase: “há homens que nasceram para escravos e outros para senhores”.

³ Difunde ser a igualdade proveniente da Justiça, consoante informa Aristóteles.

⁴ E sua noção de isonomia geométrica e aritmética.

⁵ Abomina a escravidão e a vislumbra como uma anomalia social, inadmissível em face da inerente isonomia civil, da qual emana o natural nivelamento do homem; conceções adotadas pelo constitucionalismo liberal.

⁶ Ressalta Guilherme Machado Dray (1999) a inércia das constituições liberais em abordar os direitos sociais, a serem ineditamente salvaguardados pela Constituição Alemã de Weimar, em 1919, instituindo o Estado Social de Direito, consagrando em seu arcabouço jurídico institutos como o direito à greve, à liberdade sindical e à condições justas no âmbito do trabalho (remuneração, jornada, segurança), propagados pelas conceções liberais da época.

Revolução Francesa em 1789⁽⁷⁾), americano⁽⁸⁾ (em 1787⁽⁹⁾), sendo, inclusive, a primeira Carta a alçar à categoria constitucional o princípio da igualdade) e inglês (*Bill of Rights*, em 1689), para logo serem propagados como modelo pelo universo jurídico ocidental, promovendo a igualdade proveniente da lei⁽¹⁰⁾, bem como a abolição de predileções (especificamente, distinções e consequentes discriminações).

Nesse contexto, o Estado Absolutista se enfraquece politicamente com a Revolução Inglesa de 1688; a independência das colônias inglesas da América do Norte, em 1776; a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789⁽¹¹⁾; a primeira Constituição Francesa de 1791. Tais acontecimentos sociais, políticos e filosóficos fomentaram as condições para a criação do

⁷ Guilherme Machado Dray (1999, p. 28) informa que “vai caber a Rousseau, na linha iluminista da filosofia do séc. xviii, cujos ideais viriam a ser proclamados na Revolução Francesa de 1789, a admissão de maneira inequívoca da igualdade jurídica (civil)”.

⁸ Importante fazer referência à Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, precedente à Constituição americana de 1787, também influenciada pelo pensamento iluminista, pelo que informa: Section 1. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety. Assim, emana da referida carta a noção de ser o direito igualitário naturalmente inerente ao homem.

⁹ Carta Política influenciada pelas teorias de Hobbes, Locke e Montesquieu, no que concerne às noções necessárias para manutenção da “ordem, (d)a segurança e (d)a paz entre os homens”, bem como de senso de igualdade e de limitação ao poder estatal, na esteira de Guilherme Machado Dray (1999, p. 32).

¹⁰ Particularmente, a supracitada máxima tem origem atribuída às Revoluções Liberais Americana e Francesa durante o século xviii, substanciando a formação do constitucionalismo clássico (dray, 1999).

¹¹ Enquanto a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 assevera a noção de que os homens nascem livres e iguais em direito (Article premier: Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune), apenas com a *Constitution* do 24 juin 1793 tem-se registrado a máxima da igualdade perante a lei (Article 3. - Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi).

Estado Liberal de Direito, também denominado Estado Burguês de Direito (por Carl Schmitt) ou de Liberalismo Clássico, em que o princípio da igualdade passa a ser “assente num modelo liberal que postula a proclamação da igualdade no momento da aplicação da lei” (DRAY, 1999, p. 28), resultando na máxima da *igualdade perante a lei*⁽¹²⁾.

Dessa conjuntura sociopolítica emana a garantia constitucional dos direitos e da liberdade como ideia central de qualquer Estado de Direito, determinando a proteção formalizada e institucionalizada do cidadão na ordem jurídica, e reclamando a presença de mecanismos socioeconômicos dirigidos e planejados a fim de atingir a sua concretização. Visava, assim, o Estado Liberal de Direito impedir a arbitrariedade estatal contra a sociedade civil, pelo que surgem como elemento essencial os direitos fundamentais, representando uma baliza ao poder estatal, entre eles a separação de poderes (proposta por Montesquieu) e a garantia de direitos e liberdades individuais.

Com relação ao constitucionalismo lusitano, suas Cartas Magnas (de 1822, 1826, 1838 e 1911), na esteira do constitucionalismo americano e francês, em termos de igualdade, preconizaram-na nos parâmetros da legalidade formal, entretanto, apenas consagrada aos portugueses (salvo a Carta de 1911, que passa a atribuir o direito à igualdade também aos estrangeiros), pelo que “a igualdade, nos termos enunciados, não era assim entendida como

¹² Em contrapartida, é com as contribuições do constitucionalismo alemão (1815-1948) que a isonomia passa a ser analisada também sob o viés material, quando da sua aplicabilidade, destacando que “a conceção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só suficiente (...) em vez da igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições” como informa Guilherme Machado Dray (1999, p. 58). O autor vai mais além ao destacar que “a visão de Schmidt da igualdade pela generalidade não era suficiente” (op. cit., p. 77).

um direito absoluto em si mesmo” (DRAY, 1999, p. 54).

A atual Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976, abarca o princípio da igualdade (artigo 13.º), determinando que a igualdade formal e legalista é devida a todos os cidadãos, coibindo privilégios ou diferenciações discriminatórias, com base nas universais categorias suspeitas⁽¹³⁾, seguindo os preceitos emanados pelo constitucionalismo liberal clássico do século XVIII.

Em termos de disposição infraconstitucional, o preceito da isonomia elencado no Código de Trabalho (artigo 4.º) informa que deverá ser concedido tratamento igualitário a trabalhadores portugueses assim como aos estrangeiros.

Com relação ao posicionamento constitucional brasileiro, o preâmbulo de sua Carta Política, que apesar de não possuir caráter normativo ou vinculativo, mas função pragmática, informa preliminarmente os fundamentos perseguidos por este Estado Democrático de Direito, dos quais destacamos a igualdade, novamente disposta⁽¹⁴⁾ no *caput* do artigo 5.º⁽¹⁵⁾.

Desse modo, na medida em que reconhece o *status* de direito fundamental do princípio da igualdade, atribui-lhe, também, roupagem de garantia constitucional, pelo que da conjugação desse princípio com o da dignidade humana⁽¹⁶⁾ vislum-

brando-se a disposição e a efetivação dos direitos da personalidade, possuindo, portanto, *status* de princípio constitucional, vez que correspondem ao aglutinamento dos direitos e garantias elencados pela Carta Magna, salientando a preocupação desse Estado em evitar ações discriminatórias (LIMA NETO, 2008), temática (práticas discriminatórias) a ser explorada no tópico que se segue.

2.2. Noções acerca do direito à não discriminação

Nesse processo de formação do *corpus* jurídico liberal-democrático, insurge o princípio da não discriminação⁽¹⁷⁾ para substanciar⁽¹⁸⁾ e completar⁽¹⁹⁾ o sentido abstrato (LOPES, 1999) da isonomia constitucional, que possui, no entanto, indubitável “autonomia estrutural (...) (que) permite preencher o vazio resultante do princípio da igualdade enquanto princípio formal” (CANOTILHO, 2011, p. 102). Assente na “vertente negativa do princípio da igualdade” (DRAY, 1999, p. 96), o preceito da proibição em diferenciar é concebido como baliza

de critérios diferenciadores especialmente censuráveis”, entendimento com o qual corroboramos, pelo qual, em respeito à dignidade, vislumbra-se a necessidade de efetivação da igualdade e de abolição de práticas discriminatórias, mormente em termos de acesso e de segurança no emprego.

¹⁷ Princípio constitucional da não discriminação é analisado por Dulce Lopes (2011, p. 49) como a “forma mais infame de desigualdade”.

¹⁸ Nessa perspectiva, ratificamos a premissa de que o “princípio da igualdade seria uma fórmula vazia, neutra, pois dele não decorreria qualquer directiva sobre o tratamento concreto das situações. A sua utilidade necessitaria, assim, de uma mediação legislativa”, pelo que “quando isolado, não se assumia como uma verdadeira norma jurídica”, em conformidade com Guilherme Machado Dray (1999, p. 61).

¹⁹ Não buscamos propagar a ideia de ser um princípio irrisório ou irrelevante, muito pelo contrário. O princípio da igualdade possui carga histórica e imensurável valor jurídico. Procuramos, apenas, destacar a sua fragilidade em termos de inexactidão conceitual, pelo que necessita de um acessório normativo mais pragmático, que logre materializar as noções de sua proteção.

¹³ Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 15) informa serem as categorias suspeitas (gênero, idade, raça, orientações sexual e política, etc) “determinados elementos ou tratamentos característicos das pessoas (...) colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação”.

¹⁴ Alçada ao status de garantia constitucional, e não apenas de princípio informador da ordem jurídica.

¹⁵ Destacamos, no mais, a presença de noções de igualdade nas Cartas Constitucionais brasileiras de 1824 (Carta Imperial), de 1891 (estabeleceu a igualdade e aboliu regalias), de 1934 (proibiu a diferença salarial), de 1937 (isonomia formal e genérica) e a de 1967 (proibiu diferenças salariais e de admissão ao emprego).

¹⁶ Nessa linha, preconiza Dulce Lopes (2011, p. 49) que “não se trata apenas de proibir distinções irrazoáveis ou desproporcionadas, mas de defender a dignidade da pessoa humana, vedando a utilização

constitucional⁽²⁰⁾ que visa impedir atitudes arbitrárias e ilegitimamente diferenciadoras, sobretudo na seara laboral, pelo que possui o condão de materializar⁽²¹⁾ a noção genérica e efêmera do conceito de igualdade (formal e material)⁽²²⁾.

Depreende-se, dessa forma, a noção de que o aludido preceito “não promove a identidade e o igualitarismo e não nega as diferenças objetivas entre os homens. Ele admite diferenciações, em nome da *justiça distributiva* (...) o que se exige é que as diferenciações operadas não consubstanciem práticas discriminatórias e arbitrárias” (DRAY, 1999, p. 114).

No âmago dessa questão, ressaltamos que não será admitida constitucionalmente a diferenciação com base em critérios subjetivos, aleatórios, tendenciosos ou *odiosos* (CANOTILHO, 2011) sobre determinados grupos individualizados, mas apenas assentidos os preceitos diferenciadores que tenham por base elementos objetivos, abstratos e convenientes, respaldados pelos postulados constitucionais vigentes (MELLO, 2004).

Isto posto, nas linhas de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 34), “o que autoriza discriminar é a diferença que as coisas possuem em si e a correlação entre o tratamento desequiparador

e os dados diferenciais radicados nas coisas”. Com efeito, admitir-se-ão as diferenciações normativas constitucionalmente pertinentes que visem indivíduos indeterminados e cotidianamente prejudicados ou excluídos, a fim de que, com a norma de tratamento diferenciado (porém legítimo e constitucional) direcionado a grupos minoritários discriminados, haja um restabelecimento generalizado da isonomia material.

Dessa forma, a diferenciação com base na discriminação positiva⁽²³⁾, por meio do tratamento temporário, objetiva elevar grupos específicos (e *in concreto*) ao patamar isonômico, pelo que preconiza Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 17) que “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial escolhida (...) e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. Nesses termos, complementam Guilherme Machado Dray (1999) e Dulce Lopes (2011) que para ser considerada legítima e, portanto, constitucional, a diferenciação normativa deverá ser balizada pelos critérios da razoabilidade, proporcionalidade, motivação, adequação e, nomeadamente, com ausência de arbitrariedade⁽²⁴⁾.

A fim de se neutralizar os evidentes tratamentos diferenciados e ilegítimos, impera a necessidade

²⁰ Preceito observado pelas cartas constitucionais japonesa, italiana, brasileira, portuguesa, francesa, espanhola, entre inúmeras outras, conforme destaca Guilherme Machado Dray (1999).

²¹ Concebe Dulce Lopes (2011, p. 52), em termos de materialidade do aludido princípio, ser o “direito à não discriminação como uma cláusula normativa aplicável por si mesma — uma self-standing clause”. Nesses termos entende o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pelo que “transformou a obrigação negativa da não discriminação, numa obrigação para assegurar o respeito pelo princípio da igualdade” (Lopes, 2011, p. 47).

²² Mariana Canotilho (2011, p. 105) destaca a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, designadamente por tecer as distinções entre os princípios da isonomia e da não discriminação, observando esse “como uma expressão particular, específica do princípio da igualdade”, verdadeiro instrumento operativo ao serviço da realização efectiva deste último”.

²³ Acrescenta Alice Monteiro de Barros (2013, p. 890) que “não constituem discriminação as medidas especiais de proteção ou assistência”, que visem reestabelecer a isonomia material por meio do tratamento normativo diferenciado e constitucional, atribuindo sua origem ao ordenamento jurídico norte-americano, denominando o referido instituto de discriminação reversa, com base na justiça distributiva e compensatória.

²⁴ Mariana Canotilho (2011) vislumbra, no entanto, como uma discriminação indireta constitucionalmente admitida, ressaltando ser a referida premissa consentida pela jurisprudência juscomunitarista.

de produção de normas efetivas e compensatórias (a níveis nacional e internacional⁽²⁵⁾) pelo que preconiza Guilherme Machado Dray (1999, p. 103) “a ideia de igualdade social, efetiva, real ou material, consistente na tentativa de correção das desigualdades existentes e no alcance de uma verdadeira igualdade, através da implementação de diferenciações ou discriminações (positivas)”, complementando serem os *direitos sociais* normas de caráter discriminatório positivo. Nesses termos, defende Mariana Canotilho (2011, p. 102), a “reconceptualização da ideia de igualdade, a fim de construir um modelo de discriminação centrado no conceito de *desvantagem*, mais do que no conceito de *diferença*”.

Em tempo, destacamos que o instituto da discriminação comporta uma subdivisão doutrinária: discriminação direta e indireta. A primeira modalidade seria a discriminação expressamente declarada, com nítida, intencionada e ilegítima vontade em diferenciar (ou tratar isonomicamente sujeitos que mereçam tratamento diferenciado⁽²⁶⁾), ao passo em que o acto discriminatório indireto seria “medidas que, no plano estritamente formal, são indistintamente aplicáveis (...) mas que, de um ponto de vista prático e material, têm um *efeito* equivalente ao das discriminações diretas” (CANOTILHO, 2011, p. 107), ou seja, normas que formalmente são igualitárias e neutras (*blind criteria*⁽²⁷⁾),

²⁵ Destacamos, no entanto, os avanços registrados acerca da proibição em discriminar por diplomas internacionais, noção promovida pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CEDR) da Onu, em 1965; Convenção n.º 111 da oit, em 1958; Convenção n.º 156 da oit, em 1981; e, fugazmente, pelo preâmbulo da Carta Social Europeia, de 1961.

²⁶ Pelo que informa Dulce Lopes (2011, p. 49) como uma das nuances da igualdade “a obrigação de diferenciação”, para além da “proibição do arbitrio (...) e a proibição de discriminação”.

²⁷ Dulce Lopes (2011, p. 136), referenciando o Advogado Geral Cosmas, no proc. C-167/97, complementa que pode a norma discriminar indiretamente em um determinado espaço social, mas não em outro, ressaltando a necessidade de uma análise do caso em concre-

mas que produzem, material e correlativamente, efeitos diferenciados e desproporcionais às categorias suspeitas.

Sob essa questão, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 45) peculiarmente destaca que “*não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja “assumido” o fator tido como desequiparador*. Isto é, circunstâncias ocasionais que proponham fortuitas, acidentais, cerebrinas ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de considerar”, complementando ser necessário o intento da norma, a despeito do instituto da discriminação indireta, pelo que exige o autor a necessidade de a lei vislumbrar discriminação descritiva, não reconhecendo as situações aleatórias e eventuais, entendimento esse com o qual não corroboramos.

Colocamos em pauta a temática da discriminação indireta, pelo que destacamos a necessidade de reconhecimento e repúdio à doutrina dessa *obscura* prática legislativa, na medida em que nenhuma diferenciação, mesmo que aleatória e momentânea, poderá ser *sutil*, mas provocadora de atitudes concretamente discriminatórias e incompatíveis com os ideais constitucionais universalmente propagados. Vislumbramos o referido pensamento, designadamente como retrógrado e arbitrário, pelo que tendencialmente acoberta práticas legislativas ilegítimas sob o argumento de não terem sido intencionalmente⁽²⁸⁾ provocadas, argumentação essa difícil de ser comprovada. Nessa esteira,

to, que “não pode ser efetuada lançando mão apenas de critérios jurídicos, tendo de ser complementada mediante recurso a estudos sociológico-estatístico”.

²⁸ Dulce Lopes, O princípio da não discriminação..., p. 156-157, esclarece acerca da irrelevância da intenção em discriminar, “pois está em causa a garantia de um direito fundamental bastando, para tal, a violação da proibição para responsabilizar o seu autor”, pelo que a comprovação da intenção apenas “poderá funcionar como circunstância agravante da responsabilidade (...)”.

compreende Dulce Lopes (2011, p. 55)⁽²⁹⁾ existir discriminação sempre que uma norma discriminar “aberta, formal ou ostensiva, ainda que não tenha de ser intencional”.

A partir das conclusões supra, evidenciamos que a questão da discriminação, mascarada sob a forma de norma jurídica, traduz-se em uma da(s) nuance(s) da perversidade social (ROUXINOL, 2011), que tenta agregar legitimidade a uma demanda passível de provocar o embate de interesses, despertando a contraposição normativa capaz de, com base em justificativas infundadas⁽³⁰⁾, sobrepor direitos e garantias de alguns em face de outros, sob o pretexto da máxima maior *do bem e da segurança da sociedade*.

Isso posto, acaba por se traduzir a norma jurídica *in a two way street*, na medida em que ampara bens jurídicos, tais como a vida, a integridade física e a saúde — protegendo, dessa forma, os direitos da personalidade do homem (LIMA Neto, 2008), mas que pode vir a relativizar os direitos dos trabalhadores em prol de interesses da coletividade, provocando a contraposição normativa de bens juridicamente protegidos em atrito.

No mais, vislumbra Dulce Lopes uma terceira classificação⁽³¹⁾ da norma discriminatória, entendendo existir a possibilidade de uma *discriminação passiva*, por parte do Estado, ao “se abster de tomar as medidas necessárias (positivas) para preve-

nir ou remediar a ocorrência de situações discriminatórias” (LOPES, 2011, p. 54), transportando, acertadamente, a responsabilidade ao Estado que, por omissão, não agiu em prol da prevenção e da promoção de medidas positivas (LOPES, 1999) que visem a proibição (e coibição) em discriminar.

No âmbito do ordenamento jurídico português, a questão da não discriminação é alçada a categoria de postulado constitucional (artigo 13.º), dispondo acerca da proibição de *privilégios, benefícios ou prejuízos* às categorias suspeitas (raça, gênero, idade, credo, entre outras). Para além de promover e garantir a isonomia formal e material indistintamente, enfatiza a referida Carta Política a necessidade de se amenizar (quando não eliminar) as desigualdades gerais por meio da redistribuição legislativa dos níveis de diferenciação.

No plano infraconstitucional lusitano, foram promulgadas a Lei 134/99, de 29 de agosto, e sua posterior regulamentação pelo Decreto-Lei n.º 111/2000, de 4 de Julho, pelo que proíbem *as discriminações no exercício de direitos por motivos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem*, para além de diversas outras produções legislativas acerca da discriminação com base no gênero⁽³²⁾. O Código do Trabalho português aborda a referida temática, regulamentando (artigos 23.º a 28.º) medidas acerca dos conceitos de igualdade e proibição em discriminar, acesso isonômico ao emprego e a tutela por normas discriminatórias positivas.

²⁹ Entendimento corroborado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, consoante informa a autora alhures.

³⁰ Como o caso da incerteza científica que não garante o concreto e efetivo nível de risco de contágio (fluidos para além do sangue, como os especulados saliva, suor ou lágrimas), ou de outro argumento qualquer, no caso da discriminação (direta ou não) do trabalhador portador do vírus hiv ou acometido pela sida.

³¹ Alice Monteiro de Barros (2013, p. 893) ressalta ser reconhecida uma quarta modalidade pelo ordenamento francês, a da discriminação oculta, pelo qual “se funda em motivo proibido, mas não confessado. Ela pressupor a intenção de discriminar (...) disfarçada sob a forma de outro motivo”.

³² Consoante informa o Gabinete de Documentação e Direito Comparado (2013), nomeadamente no tocante aos Direitos Humanos e a legislação portuguesa, foram promulgados: Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de setembro (Garante às mulheres a igualdade em tratamento e oportunidade no trabalho); Decreto-Lei n.º 426/88, de 18 de Novembro (Disciplina o regime de igualdade de tratamento no âmbito da Administração Pública); Lei n.º 105/97, de 13 de Setembro (Garante o direito à igualdade de tratamento no trabalho e no emprego); Lei n.º 9/2001, de 21 de Maio (Reforça os mecanismos de fiscalização e punição de práticas laborais discriminatórias em função do sexo).

Por sua vez, o ordenamento jurídico brasileiro aborda o preceito da não discriminação tanto no diploma constitucional⁽³³⁾ quanto em dispositivos infraconstitucionais. No que se refere aos direitos sociais, a Constituição Federal brasileira dedica um capítulo à eles, estabelecendo os termos da igualdade (também denominada de isonomia).

Enfatizamos que a noção de repúdio a práticas discriminatórias pelo ordenamento jurídico é intrínseca à prerrogativa da dignidade humana⁽³⁴⁾ (inerência essa também verificada em torno dos direitos fundamentais para com o preceito da dignidade) que, relacionada aos direitos da personalidade, demandam tratamento igualitário e justo perante a lei e pela lei (quando da elaboração e da aplicação da norma), preceito garantido pelas pós-modernas e ocidentais Cartas Políticas⁽³⁵⁾ e salvaguardado por outros diplomas de cunho internacional⁽³⁶⁾ e supranacional.

A dignidade humana (art. 1.º, inciso III, CRB/1988 e art. 1.º, n.º 1 da CRP /1974) encontra-se elencada como um dos valores norteadores dos

Estados de Direito brasileiro e lusitano, pelo que o inciso X, do artigo 5.º, da CRB de 1988, acrescenta serem “ (...) invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, constituindo um verdadeiro dano (ao trabalhador) a violação à sua privacidade e intimidade, sendo cabível indenização reparatória. Ao analisar o supracitado artigo, constatamos a premissa de que a noção de proteção dos direitos da personalidade deve ser conjugada à da dignidade, pelo que rogam a efetivação do direito à igualdade e, em termos laborais, a efetivação também das garantias de acesso e segurança no emprego, aspetos a serem analisados nos tópicos subsequentes.

3. Dos direitos da personalidade do trabalhador — noções de privacidade e integridade

Considerando o âmbito normativo dos direitos sociais, observamos que o arcabouço jurídico busca amparar a situação de desequilíbrio entre o trabalho e o capital, alçando-os ao *status* de direitos constitucionais fundamentais, na tentativa de restabelecer a uma situação de equilíbrio (ao menos jurídico formal), concedendo aos trabalhadores garantias e liberdades no âmbito da relação laboral. Com base nessa perspectiva, abordaremos os direitos sociais de acesso e segurança ao emprego sob a ótica do direito à igualdade e à não discriminação.

Em que pese à discussão vigente acerca dos direitos da personalidade⁽³⁷⁾ do trabalhador (atributos morais, físicos e psicológicos), destacamos a baliza constitucional que impõe a necessidade de respei-

³³ Artigo 3.º, inciso IV da Constituição Federal brasileira (crb /1988).

³⁴ Nesses termos, orienta João Leal Amado (2010, p. 171) que “o princípio da não discriminação tutela a própria diferença, ditando a sua neutralização, evidencia o que distingue, afirmando que, não obstante essas diferenças, todos têm igual dignidade”.

³⁵ Modelo constitucional centrado na dignidade humana e reproduzido, mesmo que implicitamente (caso da Constituição alemã), pelas Cartas brasileira, portuguesa, espanhola, italiana, alemã e francesa, entre outras.

³⁶ O direito à igualdade encontra-se consagrado, entre outros diplomas: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, em 1789; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em 1948; Declaração Universal dos Direitos Humanos da onu, em 1948; Convenção Europeia para a proteção dos direitos humanos e liberdades públicas, em 1950; Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, em 1966; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 1966; Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em 2000; Diretiva 2000/43/CE; Diretiva 2000/78/ce (canotilho, 2011; lima neto, 2008; moreira, 2004).

³⁷ Origem atribuída ao Cristianismo, ao jusnaturalismo e à filosofia iluminista (barros, 2013).

to e de proteção a sua privacidade e integridade física e moral⁽³⁸⁾, bem como o desprezo normativo a condutas discriminatórias. Com base nessa temática, oportunamente faremos uma breve análise do *case study* do trabalhador portador de VIH/SIDA, bem como distinguiremos aspectos de sua contratação⁽³⁹⁾ e vigência de seu contrato de trabalho, pelo que trataremos acerca de possíveis práticas violadoras pelo empregador aos princípios supramencionados (por exemplo, quando questiona ou exige exames de saúde do trabalhador como condição à admissão ou manutenção do contrato laboral), bem como referente ao direito à mentira, funcionando como uma eficaz baliza normativa, capaz de amparar e proteger o trabalhador contra atos arbitrários e discriminatórios, afiançando, assim, a necessária e constitucional garantia de acesso e segurança no emprego.

Conforme anteriormente constatado, efetiva-se a proteção jurídica da personalidade do trabalhador através da conjugação das garantias da isonomia e da dignidade, resultando na proibição jurídica a ações discriminatórias, pelo que “o tratamento não equânime é repudiado pela sociedade e vedado pelo ordenamento jurídico, estando ciente de o direito à igualdade é um dos direitos essenciais do homem (...)” (LIMA NETO, 2008, p. 82), incluído nesse patamar outros preceitos constitucionais, tais como o direito à vida, à liberdade, à integridade física, à segurança, todos concernentes à pessoa hu-

mana, e, portanto, inseridos no rol dos direitos da personalidade.

Em tempo, com o desenvolvimento histórico da humanidade, as distintas formas de organização da vida social (feudalismo, capitalismo), as constantes guerras e os regimes de exceção que fomentaram processos de expropriação, os permanentes conflitos entre as classes sociais, entre outras referências políticas e econômicas, deixaram um legado de violência contra a pessoa, a respeito do qual existia pouco ou nenhum suporte legal que sanasse tais situações.

No presente contexto, embora apresentando ampla normatização protetiva, a vigência de relações sociais cada vez mais complexas e potencializadoras de conflitos foi-se gradativamente constataando uma maior transgressão aos direitos relativos à personalidade, porém não protegidos efetivamente pelo ordenamento jurídico, em razão de a teoria dos direitos da personalidade exigir elenco *numerus clausus* dos bens a serem tutelados (LIMA NETO, 2008). Ou seja, observou-se que um catálogo taxativo de direitos a serem protegidos evidencia-se como obsoleto com o decurso do tempo, pelo que, em nome da proteção promovida pelos diplomas internacionais, necessita-se de uma norma mais abrangente e de caráter exemplificativo, de modo a permitir que, com a formulação de novos institutos jurídicos, estes não fiquem desamparados legalmente, por não estarem elencados na ordem normativa⁽⁴⁰⁾.

Pari passu, a partir da noção (ampla e abstra-

³⁸ Alice Monteiro de Barros (2013) acrescenta a integridade intelectual do trabalhador como uma nuance de seu direito de personalidade.

³⁹ Destaca Júlio Manuel Vieira Gomes (2007, p. 337 e 338) ter sido a fase pré contractual muito negligenciada pela norma laboral e apenas recentemente levada em conta, também, pela doutrina, pelo que informa ser “uma das fases em que se manifesta com maior intensidade a disparidade de poder e a desigualdade social que estiveram na própria gênese do Direito do Trabalho (...)”, acrescentando que “não existe qualquer igualdade material e é evidente a extrema vulnerabilidade (do trabalhador)”.

⁴⁰ Hannah Arendt destaca a mutabilidade dos conceitos da ética, da moral, do bem e do mal ao longo do tempo e em cada espaço social. Essa verificação coloca em cheque a teoria da personalidade e suas normas taxativas, pelo o que o ordenamento jurídico manter-se-ia em eterna desatualização social. O que em uma sociedade, em determinada época, pode ser considerado parâmetro do direito da personalidade, como um bem necessário de ser tutelado, com as mudanças sociais, outros mais podem vir a ser agregados a essa concepção, mas desampa-

ta) da tutela dos direitos da personalidade, conjugada à perspetiva da garantia da igualdade, surge a necessidade de uma cobertura mais ampla e da efetiva proteção jurídica, pelo que Francisco Vieira Lima Neto (2008) aborda como conceção sucessora a *teoria da tutela geral da personalidade*, que elenca exemplificativamente bens jurídicos com noção de personalidade, não possuindo mais a norma caráter taxativo ao trazer em seu arcabouço o rol exclusivo de bens a serem juridicamente amparados.

A Teoria Geral da Personalidade teve sua formulação elaborada com base nos precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Alemão, no século XX (Franz Wieacker em *História do Direito Privado Moderno*), tendo por “objetivo a plena proteção da dignidade da pessoa humana” (LIMA NETO, 2008, p. 109), pelo que intenta proporcionar maior cobertura legal.

No entanto, destacamos que, partindo da ponderação dos efeitos da norma *numerus clausus* e da norma *numerus apertus*, mostra-se imperioso tecer uma crítica a este segundo modelo (o da tutela geral da personalidade): oportuno se faz destacar a possibilidade verificada na história de instalação de uma possível discricionariedade questionável (e temida) em tempos de regimes totalitaristas, abrindo margem à interpretação arbitrária e não legitimada da norma que venha a conter certo grau de imprecisão ou de ambiguidade (LIMA NETO, 2008). Em adendo ao entendimento supra, o autor sugere ser mais oportuno a combinação de ambas as modalidades normativas (taxativa e exemplificativa), a fim de permitir uma maior abrangência aos fenômenos recentes, ao passo em que também visa antecipar ação totalitária, conferindo uma maior segurança ao trabalhador em face do ordenamento jurídico.

Dimensionamos a referida questão à realidade dos (desastrados) episódios totalitaristas da história brasileira, em que, durante a ditadura militar de 1964-1985, foram elaborados textos jurídicos com aparente caráter constitucional e de legitimidade formal, trazendo em seu seio noções autoritárias e deturpadoras de dignidade, segurança nacional e ordem econômica — entre outros *princípios*. Dessa forma, o regime antidemocrático embasava sua postura *sistematicamente na doutrina da segurança nacional*, confrontando princípios e garantias vastamente consagrados, procurando, ante ao senso abstrato, genérico e incerto das referidas normas, atribuir caráter então constitucional às manobras políticas.

Esse encaminhamento ordenador autoritário somente fora revertido com a redemocratização do país, em 1985, especificamente com a promulgação da Carta Magna de 1988 que assegura ampla cartela de direitos, entre os quais aqueles destinados a proteger a personalidade. Acerca da proteção constitucional brasileira aos direitos relativos à personalidade, Francisco Vieira Lima Neto (2008, p. 101) informa que o legislador “consagrou na nossa carta maior o dever de toda a sociedade assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, que é exatamente o fundamento da teoria do direito geral de personalidade e é a base normativa que sustenta o direito à igualdade (...)”, constatando a interligação dos referidos postulados.

Ainda situando a realidade normativa brasileira, destacamos que, a nível infraconstitucional, a lei n.º 9.029/95 consagra como “disciplina especificamente o acesso à relação de emprego ou sua manifestação, proibindo qualquer prática discriminatória e limitativa do acesso à relação de trabalho por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”. Também o

rados da cobertura legal, por não se encontrarem elencados pela norma (saldías; zuger, 2013).

Código Civil brasileiro atua nessa direção quando registra serem *intransmissíveis* e *inalienáveis* os direitos da personalidade (artigo 11), pelo que comporta reparação indenizatória a ameaça ou lesão desses direitos (artigo 12).

No direito português constatamos o registro da noção de *privacy* como direito fundamental e inerente ao direito de personalidade (artigo 26.º, n.º 1 e n.º 2 da CRP). A dignidade (artigo 1.º da CRP), por sua vez, é destacada como fundamento da República lusitana.

Considerando o patamar infraconstitucional, destacamos o Código Civil português consagra a tutela da personalidade física e moral, emanando ser uma regra geral. Na seara laboral, o Código do Trabalho regulamenta os termos da proteção da *privacy* do trabalhador, em que pese à sua liberdade de expressão, integridade (física e moral) e reserva da intimidade da vida privada, pelo que destacamos ser, nomeadamente, uma baliza legal a possíveis condutas discriminatórias no âmbito da relação laboral⁽⁴¹⁾.

Pontuamos também impor a norma laboral a necessidade de respeito mútuo (artigo 16.º), em termos de direitos de personalidade, entre empregador e trabalhador, preconizando, ainda, o direito à reserva da intimidade da vida privada ao acesso e divulgação de dados pessoais dos sujeitos laborais. No mais, obstina-se o empregador (artigo 17.º) em exigir informações ao trabalhador (no acesso ao emprego ou na execução do contrato laboral) relativo à vida privada e saúde, comportando, no entanto, algumas ressalvas, destacadas nas considerações seguintes.

3.1 *Das balizas normativas da esfera privada do trabalhador: privacy, intimacy e liberdade sob a perspectiva do controlo patronal*

A questão do controlo patronal, durante a entrevista de emprego ou na execução do contrato de trabalho, evidencia um matiz da desigualdade existente na relação capital-trabalho. Dessa forma, a depender do caso e destarte o preceito basilar da tutela da privacidade e da intimidade do trabalhador (artigo 16.º do CT), pode vir o empregador a questionar aspetos relativos à liberdade, privacidade e intimidade, questionamentos esses acobertados, em tese, pelo excecional preceito legal de a função particularmente demandar (artigo 17.º, n.º 1, a), b) e artigo 19.º, n.º 1 do CT), mas que indica poder de subordinação, coação e intimidação, na medida em que pode corresponder a uma situação de risco ou ameaça a perda do emprego.

No cerne dessa questão, flagrantes de violação dos direitos relativos à personalidade (ademais de outros fundamentais) do trabalhador podem ser constatados, pelo que assinalamos a necessidade de uma tutela efetiva a nível nacional, internacional e supranacional, a fim de coibir práticas atentatórias e discriminatórias no âmbito da relação laboral, disseminando a noção de ilicitude e de ilegitimidade dos questionamentos acerca da “condição pessoal que afete a ideologia da empresa” (MOREIRA, 2004, p. 183) como empecilho à capacidade laboral.

Para além das indagações patronais a respeito da vida privada do trabalhador, destacamos a inexistência de uma proibição legal pelo ordenamento jurídico português nesse sentido, pelo que impera na doutrina (MOREIRA, 2004) a necessidade de uma tutela preventiva nesses termos, visando a proibição de tratamentos discriminatórios com base na vida privada do trabalhador, aspeto esse que não

⁴¹ Em igual modo, destaca João Leal Amado (2010, p. 172) que “a melhor forma de combater as práticas discriminatórias (...) reside na tutela da privacidade/intimidade do (candidato a) trabalhador”.

têm o condão de interferir na capacidade técnico-profissional deste.

A averiguação, pelo empregador, de aspetos pessoais do trabalhador, seja na entrevista de emprego, seja durante a execução do contrato de trabalho, é excecionalmente permitida no tocante à saúde deste (artigo 19.º, n.º 1 do CT), quando o referido questionamento for inerente a função (a ser) desempenhada, no que pese a sua capacidade profissional ou quando certas condições puderem vir a representar perigo a terceiros. Dessa forma, “a reserva da esfera privada deve funcionar como um limite aos poderes e faculdades do empregador, *máxime*, ao poder directivo” (MOREIRA, 2004, p. 151), reconhecendo, no entanto, a Convenção n.º 111 da OIT⁽⁴²⁾ a faculdade do empregador em questionar e avaliar aspetos pessoais do trabalhador imprescindíveis ao cargo laboral, desde que não proibidos legalmente ou com caráter discriminatório.

Nessa esteira argumentativa, em caso de prática discriminatória pelo empregador, recai-lhe o ônus de comprovar ou desconstituir a imputação (MOREIRA, 2004, p. 111), pelo que informa Mariana Canotilho (2011)⁽⁴³⁾ que, em sede do Tribunal de Justiça “as normas da União Europeia relativas ao ônus da prova nos casos de discriminação (...) devem ser interpretadas no sentido de que incumbe à parte demandada provar que não houve violação do referido princípio” da igualdade, entendimento compartilhado por Alice Monteiro de Barros (2013)⁽⁴⁴⁾, no que pese ao ordenamento jurídico

brasileiro, pelo que concorda e acrescenta Dulce Lopes⁽⁴⁵⁾ ser, inclusive, irrelevante identificar o critério ou a razão para a diferenciação (motivo da discriminação), face a sua dificuldade prática.

4. A efetivação da igualdade e o repúdio a ações discriminatórias: *case study* do trabalhador portador do VIH/SIDA

As primeiras evidências de contaminação pelo vírus VIH/SIDA foram detetadas no final da década de 1970, nos Estados Unidos, Haiti e Africa Central, para vertiginosamente transformar-se em uma pandemia mundial, causando perplexidade. Em 1982, tal manifestação foi designada como uma nova síndrome viral, um ano antes um primeiro caso fora identificado no Brasil, em Portugal isso ocorreu em 1983.

Inicialmente, o desconhecimento sobre a causa e a extensão da doença, quais seriam seus sintomas e formas de contágio, agregados à disseminada noção de se tratar de uma *sentença de morte*⁽⁴⁶⁾ (por não existir cura e, à época, apenas paliativamente se tratar os sintomas), contribuíram para fomentar uma cultura de medo e estigmatizar o sujeito contaminado, sedimentando a rejeição social, germinando críticas moralizadoras (contaminação iniciada por prostitutas, homossexuais e uso de drogas injetáveis).

ou da intenção de discriminar, inviabiliza o reconhecimento da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego” (barros, 2013, p. 893).

⁴⁵ Importando à autora apenas existir, para o caso da discriminação direta, o “nexo de causalidade entre a utilização do critério proibido e o prejuízo sofrido” (lopes, 2011, p. 57). Já para o caso da discriminação indireta, a autora ressalta a necessidade de comparação dos efeitos práticos da norma entre grupos distintos, e não mais individualmente (como o caso da discriminação direta), pelo que demonstrará os efeitos práticos distintos entre grupos, bem como resultará na constatação de que as referidas “medidas não são adequadas e necessárias para a consecução de objectivos legítimos não relacionados com o critério suspeito” (op. cit., p. 58).

⁴⁶ Popularmente conhecida no Brasil como a maldita.

⁴² Disposições relativas à discriminação em matéria de emprego e profissão, informando a referida Convenção que, em caso de atitudes discriminatórias no âmbito do contrato de trabalho, constitui flagrante violação dos direitos expressos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

⁴³ Similarmente preceituam Joana Nunes Vicente e Milena Silva Rouxinol (2007).

⁴⁴ Para a autora, basta a presença de indícios racionais da possível discriminação, ressaltando que “exigir-se prova cabal da discriminação

A emergência dessa nova síndrome viral repercute significativamente em todas as dimensões da vida social (política, econômica, cultural, no meio científico e jurídico), manifestando um fenômeno social de grande envergadura e com várias ramificações, pelo que mobilizou governos, institutos de pesquisa, ONGs, indústria farmacêutica e corpo jurídico em face do grande número de contaminados, sobretudo pelo índice elevado de mortes de figuras representativas de diversas áreas⁽⁴⁷⁾. Mobilizações de segmentos sociais ao redor do mundo pressionam por pesquisas e demandam resposta governamental, tanto do ponto de vista político (em termos de proteção à saúde), quanto jurídico (questionamentos acerca dos direitos dos contaminados e dos freios legais para conter a discriminação), dando a largada pela sua aceitação social e pela cura da *doença que mata*.

O mundo científico e a indústria farmacêutica se mobilizam nessa busca e diversos eventos são promovidos para discutir as descobertas e propor novas agendas de pesquisa, enquanto também se cobra mais medidas protetivas por parte dos Estados nacionais, destacando-se, nessa seara, as Conferências Internacionais sobre a AIDS, a última delas, a 19.^a, realizada em 2014, em Melbourne, na Austrália.

As medidas e convenções internacionais que vão sendo propostas ressaltam a dimensão alcançada pela SIDA, consolidando o entendimento de que a doença, apesar de crônica e letal (BARROS, 2013), permite ao portador dar continuidade à sua vida normalmente, por não inabilitá-lo inicialmente.

Contudo, apesar de os estudos científicos terem substancialmente evoluído e possibilidades de formas mais avançadas de tratamentos terem sido descobertas, dando ao contaminado uma significativa sobrevida (medida em anos ou décadas) (ROUXINOL, 2011), a cultura do medo não foi de todo extirpada, mesmo que mais contida ela ainda é latente, tendo em vista a doença possuir uma carga de letalidade, aliada à ignorância⁽⁴⁸⁾ social em termos de contágio.

Trata-se, de facto, de um fenômeno social de grande impacto e, conforme analisamos, acionou diversas instâncias da sociedade, evidenciando como a constituição de um fenômeno social demanda respostas políticas, institucionais e legais, recentemente vindo a se consolidar um arcabouço no campo jurídico, pelo que trouxe para a sociedade balizas normativas, resultando na proteção do trabalhador portador do vírus VIH socialmente estigmatizado, sendo editadas legislações na esfera laboral para conter a reação quando da sua ocupação em postos de trabalho, face a disseminação da cultura do medo, pelo que destacaremos como algumas nações e órgãos internacionais responderam a essa questão contemporânea.

Consoante delineado neste artigo, o Estado de Direito, por meio de sua Carta Política, expressa repulsa a tratamentos preconceituosos e diferenciados, com base nos princípios da igualdade e da não discriminação. Entretanto, determinadas situações práticas demandam a hercúlea tarefa da ponderação normativa com base na contraposição de

⁴⁷ Destacamos, entre tantos, registros de celebridades internacionais diagnosticadas e levadas a óbito pela sida (falecimento ocasionado pelas doenças oportunistas) de Freddie Mercury (1946-1991), Anthony Perkins (1932-1992) e Gia Carangi (1960-1986). Entre as personalidades brasileiras, Renato Russo (1960-1996), Cazusa (1958-1990), Henfil (1944-1988) e seu irmão Betinho (1935-1997).

⁴⁸ Preconiza Alice Monteiro de Barros (2013, p. 937) que ao “mal que discrimina, a desinformação sobre a doença é, provavelmente, a principal causa de preconceitos”. Como solução à discriminação originada pela ignorância, propõem Joana Nunes Vicente e Milena Silva Rouxinol (2007) duas medidas reparadoras: educar sobre a doença (causas e sintomas), e prevenir o contágio no local de trabalho (medidas de segurança).

direitos e garantias em colisão, balizada pelo princípio da proporcionalidade.

Na seara laboral, surge a contraposição de direitos entre o acesso e a segurança no emprego, o direito a não ser discriminado e os direitos de personalidade (reserva da vida privada e da integridade física) em embate com direito à saúde dos envolvidos⁽⁴⁹⁾ (face ao risco provável de contágio). Nesses termos, obstar⁽⁵⁰⁾ o acesso ou a segurança no emprego de trabalhador portador de VIH/SIDA seria, inegavelmente, um ato discriminatório e arbitrário, maculando despidoradamente o direito à igualdade, para além dos acima citados.

O arcabouço laboral lusitano preconiza a máxima da impossibilidade em o empregador solicitar informações da vida privada e da saúde do trabalhador ou candidato a emprego. No entanto, excepcionalmente poderá exigir do candidato exames⁽⁵¹⁾ de saúde que sejam necessários para aferição de aptidão inerente ao desempenho da função (artigo 17.º, n.º 1, a e b, do CT), consoante os preceitos regidos pelo D.L. n.º 26/94, de 1 de Fevereiro (regime de organização e funcionamento das atividades de

segurança, higiene e saúde no trabalho), pelo que informa Teresa Alexandra Coelho Moreira (2004) constituir o referido preceito uma baliza ao controlo patronal, que apenas poderá atestar a aptidão do trabalhador (capacidade física, emocional ou mental, e nunca pelo simples e discriminatório facto de ser portador de VIH/SIDA).

No caso de excecional risco comprovado de contágio eivado em “imperativos de segurança e saúde” (ROUXINOL, 2011, p. 131), admite-se a necessidade de realização de testes de despistagem do VIH, constatada pela ponderação de bens jurídicos (direitos e garantias) acima delineada, sobressaindo, nesse caso, a necessidade de promoção e defesa do direito à vida e à saúde de terceiros (em detrimento da intimidade do trabalhador), em caso de profissões que comportem real e comprovado risco de transmissão — caso da área sanitária (artigo 64.º da CRP).

No cerne dessa questão, insurge-se discussão doutrinária ampliativa da conceituação de profissões que comportam válido risco de transmissão, abrangendo a possibilidade não comprovada cientificamente de contágio por outros meios para além do contacto com sangue, acto sexual ou via materno-filial (BARROS, 2013), pelo que coloca em cheque noções de igualdade, de não discriminação e de acesso e segurança no emprego. Entre as possibilidades ventiladas, há discussão em torno do caso de contágio via profissionais portadores do vírus VIH do ramo alimentício (caso do cozinheiro canadense⁽⁵²⁾) ou da aparente *inaptidão* do profissional para certas

⁴⁹ Joana Nunes Vicente e Milena Silva Rouxinol (2008) informam distinção entre risco potencial e risco eventual, que em condições regulares não haveria contágio, mas apenas de modo incidental, pelo que o risco ocasional não deve ser alçado à condição de qualificado e vir a sofrer as mesmas restrições legais do risco provável. No âmbito dessa questão, as autoras aditam a necessidade em se observar o princípio da precaução, em que pese à consideração dos riscos prováveis, excluído do controlo extremado proposto os riscos eventuais, acidentais ou imprecisos cientificamente.

⁵⁰ Registra-se, no entanto, a possibilidade legal de não contratação de candidato portador do vírus VIH/SIDA à função com comprovado risco de contágio, ressaltando não ser inconstitucional a referida possibilidade, via declaração de inaptidão medicamente reconhecida (vicente; rouxinol, 2007).

⁵¹ Diferente é o encaminhamento legal brasileiro, que preconiza ser um dever do empregador proceder a realização periódica (admissão, manutenção do contrato e demissão) de exames médicos. No entanto, o referido exame condiz apenas em termos de aptidão física e mental do trabalhador, e não para o caso de despistagem do vírus VIH/SIDA, admitida apenas se se tratar de actividade que comporte comprovado risco de contágio e com a expressa anuência pelo trabalhador (Barros, 2013).

⁵² Nesse sentido, fazem referência ao aludido caso João Leal Amado (2010), Joana Nunes Vicente e Milena Silva Rouxinol; Teresa Alexandra Coelho Moreira (2004), relatando o pedido de rescisão de cozinheiro de empresa ferroviária, confirmado pelo Tribunal dos Direitos Humanos do Canadá que, por ser portador do vírus HIV, sofreu discriminação de seus colegas e ameaça de agressão física, ilegitimamente fundadas no receio de contágio (não comprovado cientificamente, pelo suor e lágrimas) e contaminação dos alimentos por ele preparados.

atividades que requerem condicionamento físico (caso do bombeiro americano⁽⁵³⁾).

Informamos, no entanto, a necessidade em reafirmar a inerente ilegalidade em realizar exames de despistagem do vírus VIH sem a anuência do trabalhador (ou candidato)⁽⁵⁴⁾, de igual modo que é ilícito o teste dissimulado de saúde (com fundamento em reconhecer a saúde generalizada, mas que, em verdade, busca despistar o vírus VIH ou outro, sem o devido informe ao examinado), revelando-se como nítida afronta à integridade física do trabalhador, dissonante dos preceitos constitucionais vigentes, pelo que reconhece Teresa Alexandra Coelho Moreira (2004) o direito à intimidade genética do trabalhador (artigo 26.º, n.º 3 da CRP).

Em tempo, acentuamos que, caso haja efetiva necessidade em se realizar exames de saúde, sobretudo em relação à despistagem do VIH/SIDA, o médico do trabalho responsável deverá balizar-se em comunicar ao empregador apenas se o trabalhador ou candidato encontra-se *apto*⁽⁵⁵⁾ (condições físicas, sem levar em conta o facto de ser portador do vírus) para realizar a função laboral, sendo-lhe vedado (legalmente e pela conduta ética médica) destacar quaisquer outros detalhes, *máxime* no que

⁵³ Precedente americano do Tribunal Distrital de Columbia, em 2 de Julho de 2002, em que o candidato a bombeiro, apesar de aprovado nos testes de aptidão física e mental, fora posteriormente reprovado por também ser portador do vírus hiv, denotando nítido carácter arbitrário e discriminador por parte da entidade empregadora (moreira, 2004).

⁵⁴ Exige a atual legislação laboral o informe fundamentado da requisição dos testes pelo empregador. A respeito da necessária anuência pelo trabalhador à realização de exames excepcionais de saúde, Joana Nunes Vicente e Milena Silva Rouxinol (2007, p. 819) ressaltam que “o pretexto da autorização do respectivo trabalhador apenas potenciará deixar entrar camufladamente pela via voluntária, aquilo que se procurou vedar pela via das autorizações legais limitadas”.

⁵⁵ Entendimento também abarcado pelo ordenamento jurídico brasileiro, informando Alice Monteiro de Barros (2013) ser vedado ao médico revelar o laudo ao empregador (Resolução n.º 1.359/92 do Conselho Federal de Medicina), constituindo em crime (artigo 154 do Código Penal brasileiro) a violação de segredo profissional.

concerne ser o trabalhador portador assintomático do vírus do VIH ou acometido pela enfermidade da SIDA⁽⁵⁶⁾ (artigo 19.º, n.º 1 e 3 do CT). A referida normativa objetiva evitar a estigmatização do trabalhador avaliado, momentaneamente, a condutas discriminatórias pelo empregador ou pelos colegas de labor.

A priori, mister tecer diferenças pontuais em torno do estado fisiológico entre o portador contaminado pelo VIH e o enfermo acometido pela SIDA. O portador de HIV pode carregar consigo o vírus por prolongado período sem que os sintomas se manifestem, pelo que não inviabiliza sua capacidade laboral. Diferentemente é o que ocorre com o trabalhador acometido pela SIDA, que vem a desenvolver a doença e aos poucos ter sua capacidade restrita. Nesses termos, a OMS⁽⁵⁷⁾, simultaneamente com a OIT, editaram Recomendações ou Convenções acerca do tratamento antidiscriminatório ao trabalhador (seção III, § 1.º), devendo ser enquadrado o portador assintomático do VIH como trabalhador qualquer, ao passo em que o enfermo acometido pela SIDA deverá ser concebido e tratado como trabalhador doente (OIT, 2010).

No mais, a despeito do comprovado risco de contágio, registra Milena Silva Rouxinol (2011)⁽⁵⁸⁾, que o primeiro passo seria adotar medidas de proteção e de amenização dos riscos de contágio, pelo que a simples verificação em se tratar de profissão enquadrada nesses termos não induz à consequente impossibilidade do trabalhador portador de

⁵⁶ Seguem essa linha de raciocínio João Leal Amado (2010), Joana Nunes Vicente e Milena Silva Rouxinol (2007); Teresa Alexandra Coelho Moreira (2004), pelo que o médico do trabalho apenas poderá informar ao empregador se o trabalhador avaliado se encontra apto a realizar as funções, jamais acerca do diagnóstico obtido.

⁵⁷ Declaração conjunta da oms /BIT (2013).

⁵⁸ A autora cita, como exemplo prático, o caso de profissional de saúde, nomeadamente médico cirurgião.

HIV em laborar. O constatado risco de contágio não acarreta na liminar incapacidade, devendo ser preservado e viabilizado materialmente o acesso e a segurança no emprego ao trabalhador.

4.1 *A garantia de acesso e segurança no emprego salvaguardados pelo direito à mentira*

Mais do que um direito à omissão, o direito à mentira foi paulatinamente reconhecido pela doutrina⁽⁵⁹⁾ e pela jurisprudência⁽⁶⁰⁾, observado como meio de condicionar ao empregador o devido respeito à intimidade e à privacidade do trabalhador, na medida em que, acessoriamente, garante o acesso e a segurança no emprego (artigo 53.º, CRP; artigo 170, VIII, CRB), evitando possíveis ações discriminatórias como o questionamento de aspetos suspeitos.

O binómio liberdade e intimidade, conexos à noção de *privacy*, encontra respaldo legal na omissão do trabalhador (ou na mentira propriamente dita) em divulgar factos “(...) que não tenham qualquer relevância para aferir (...) capacidades profissionais do candidato ao emprego pois foi este (empregador) quem agiu ilicitamente ao extrapolar as suas competências de averiguação, apresentando-se a *mentira* como a única solução possível para o trabalhador não ser excluído do processo de seleção” (MOREIRA, 2004, p. 157), pelo que impera a necessária premissa de “(...) defender-se a ilicitude de todas as investigações ou discriminações no emprego em razão de motivos políticos, sindicais ou religiosos” (MOREIRA, 2004, p. 169), ademais dos em torno da orientação sexual, saúde ou outros ân-

gulos inerentes à vida privada do trabalhador.

A omissão ou negativa (APOSTOLIDES, 2008) do trabalhador em responder a determinados questionamentos impertinentes, tendenciosos e ilícitos pode vir a gerar presunção afirmativa que, no contexto da discriminação, provavelmente acarretará sanções pelo empregador (desclassificação na seleção do emprego ou caducidade⁽⁶¹⁾ pela impossibilidade na prestação do serviço ou pela reforma). Parece-nos que mais do que a abstenção em réplica, o direito de mentir se mostra relevante e necessário nesse excecional cenário de coação e de intimidação patronal.

Entretanto, a doutrina (APOSTOLIDES, 2008) admite o direito à mentira apenas na fase pré-contratual, vez que a omissão do trabalhador em responder questionamentos ilegítimos não acarretará na caducidade do seu contracto de trabalho, realidade diferente da brasileira, cujo ordenamento jurídico não confere estabilidade generalizada no emprego como o *codex* laboral lusitano, pelo que, alçar a *mentira* ao *status* de direito, mas negar-lhe, em termos de realidade brasileira, durante a manutenção do contrato de trabalho, seria o mesmo que não concede-la.

Para além do direito à mentira, o desconhecimento (tanto pelo empregador e quanto pelos demais colegas de trabalho) aparenta ser acertado, na medida em que “prescindindo do único efeito favorável que sobre a saúde coletiva tem um certo tipo de tarefas, a comprovação generalizada da seropositividade dos candidatos a emprego parece

⁵⁹ Nestes termos, corroboram Teresa Alexandra Coelho Moreira (2004), João Leal Amado (2010), Joana Nunes Vicente e Milena Silva Rouxinol (2007), Alice Monteiro Barros (2013).

⁶⁰ Sara Costa Apostolides (2008) distingue *dolus malus* (artigo 253.º do cc) e *dolus bonus* (artigo 253.º, n.º 2 do cc), sendo este segundo empregado para fundamentar a legitimidade da mentira.

⁶¹ Caducidade do contrato de trabalho (artigo 340.º, a do ct), modalidade lusitana de cessação da relação, semelhante ao caso juslaboral brasileiro da resolução. A caducidade pode ocorrer pela reforma por invalidez contrato de trabalho (artigo 343.º, c do ct), semelhante ao caso juslaboral brasileiro da aposentadoria, ou pela impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador continuar a prestar serviços (artigo 343.º, b do ct), modalidade semelhante à resolução unilateral brasileira (artigo 473.º do Código Civil).

revelar-se inútil já que, no estado atual da ciência, ainda que se detete a infecção **não é possível curá-la, nem tratá-la e, por isso, só servirá para a** efetivação de atos discriminatórios” (MOREIRA, 2004, p. 206), fragilizando, assim, o teste de VIH no âmbito laboral, a baliza constitucional da reserva e inviolabilidade da intimidade privada, bem como da igualdade e da não discriminação.

No cerne dessa questão, concebe João Leal Amado (2010, p. 172) a existência de um verdadeiro *direito à opacidade serológica* ao trabalhador, na medida em que lhe cabe decidir sobre a oportunidade ou não em diagnosticar possível contágio⁽⁶²⁾, recaindo-lhe o condão em decidir se quer “manter os outros na ignorância da sua condição”.

Nesse debate, *a contrario sensu* do supra aludido, há registro na doutrina (MOREIRA, 2004; VICENTE, ROUXINOL, 2008) em ser *dever obrigacional*⁽⁶³⁾ do trabalhador informar ao empregador caso se encontre em fase avançada da doença (propriamente a SIDA) ou se se tratar de função laboral que comporte comprovado risco de contágio a terceiros (exemplificando o caso do **médico cirurgião**), dever este que nos sucinta pontuais ressalvas, pelo que pode evidenciar em contrariedade e afrontamento aos preceitos constitucionais abordados e às demandas internacionais⁽⁶⁴⁾ pela busca da efetividade da igualdade e da não discriminação. De facto, conceber como um *dever* generalizado do

trabalhador em comunicar seu estado de saúde, no referido caso, pode possuir o condão de perversamente despertar estigmatização e discriminação no âmbito do trabalho, pelo que reforçamos o exercício do direito à omissão/mentira do trabalhador e ao desconhecimento de sua condição pelos demais sujeitos laborais.

5. Ponderações Finais

Sob o prisma do debate contemporâneo, trazemos à baila algumas reflexões acerca da noção de igualdade e de não discriminação no que concerne aos direitos de personalidade do trabalhador, nomeadamente, em termos de acesso e segurança no emprego, balizados pelo direito à mentira que objetiva evitar práticas discriminatórias no âmbito da relação laboral.

Apresentamos como *case study* a perspetiva do trabalhador portador de VIH/SIDA, a discriminação no local de trabalho e as disposições legais, nacionais e internacionais, concernentes que buscam superar a estigmatização, rompendo a cultura do medo por meio da promoção de políticas de educação sobre os meios de prevenção, os riscos de contágio e os efeitos ocasionados ao portador.

Neste artigo, buscamos compreender como se expressa esse fenómeno que a humanidade apenas conhece há poucas décadas, elegendo como objecto de estudo o *corpus* jurídico-protetivo erigido nas sociedades brasileira e portuguesa. Para tanto, por meio de análise comparativa da normatividade constitucional luso-brasileira, consideramos três eixos de análise: a) as aproximações conceituais entre as referidas legislações; b) as diferenças ou distanciamentos impressos pelas respectivas normatividades e c) quais cartas registraram avanços mais expressivos, sobretudo no aspeto dos direitos sociais.

Sendo assim, analisamos, no presente estudo,

⁶² Preconizando em um verdadeiro direito ao desconhecimento por parte do trabalhador.

⁶³ Com base na boa-fé contractual (artigo 97.º, n.º 2 do ct), sobretudo caso o trabalhador adote condutas de risco em sua vida social privada, cuja abstenção pode ser considerada infração disciplinar, passível de despedimento com justa causa (artigo 396.º do ct), preconizado pelo Tribunal Constitucional Português, no Acórdão n.º 368/02, de 25 de Setembro, que entende tratar-se de ônus do trabalhador/candidato o dever em informar a sua condição de portador do vih/sida (vicente; rouxinol, 2007).

⁶⁴ Inclusive, celebra-se em 1.º de dezembro a comemoração do dia mundial de combate à aids.

os avanços sociais, políticos e jurídicos alcançados em face da demanda da sociedade por respostas legais e sanitárias, sendo defendido o fortalecimento de uma cultura de tranquilidade em termos de convivência social, proteção e segurança no tratamento da doença e na exposição e inserção do portador no meio profissional, sobretudo de socialização política, no sentido de se absorver essa e as demais doenças como inscritas nos códigos da prevenção e cuidados necessários por parte de todos.

Por fim, esperamos que o esforço desenvolvido contribua para fundamentar o debate e evidenciar possibilidades de estudo e de veredas analíticas no campo do direito laboral, destacando, no entanto, o não exaurimento da referida temática, não se revelando conclusivo o presente estudo, pelo que reconhecemos a necessidade de mais aprofundamentos, que visualizamos em futuros estudos e pesquisas.

Referências

- AMADO, João Leal. “VIH/SIDA e a proibição de discriminação dos trabalhadores: entre a «tensão para a transparência» e o «direito à opacidade»”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 139/3960 (2010) 170-175.
- APOSTOLIDES, Sara Costa. *Do dever pré-contratual de informação e a sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, Coimbra: Almedina, 2008.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 9.ª ed., São Paulo: LTr, 2013.
- CANOTILHO, Mariana. “Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia”, *Revista Julgar*, Lisboa: Coimbra Editora, 14 (2011) 101-111.
- DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho — sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Coimbra: Almedina, 1999.
- GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO — GDDC (2013). [Portugal e os Direitos Humanos](#).
- GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho. Vol. I: Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- LIMA Neto, Francisco Vieira. “O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade”, in Rodrigo MAZZEI, coord., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, (Coleção Direito Privado).
- LOPES, Dulce. “O princípio da não discriminação em razão do sexo na ordem jurídica comunitária”, *Temas de Integração*, 4/8 (1999) 93-158.
- “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação”, *Revista Julgar*, Lisboa: Coimbra Editora, 14 (2011) 47-75.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3.ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2004.
- MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, Coimbra: Editora Coimbra, 2004, (Studia Iuridica 78).
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. [Recomendação sobre VIH/SIDA e o Mundo do Trabalho](#) (2010).
- SALDIÁS, Osvaldo; ZUGER, Theresa. “[The good, the bad, and the ugly: a pragmatic approach for revisiting ethics and Internet politics](#)”, *Acta bioeth*, Santiago, 19/1 (jun. 2013).
- ROUXINOL, Milena Silva. “O direito do profissional de saúde portador de VIH/SIDA ao exercício da sua profissão”, Texto que serviu de base à intervenção da autora nas “2.ªs Jornadas Ético-Jurídicas sobre a infecção VIH/SIDA”, subordinadas ao tema “Os profissionais de saúde, os hospitais e o VIH/SIDA”, ocorridas no dia 1 de Abril de 2011, no Porto, *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, 8/16 (2011) 127-133.
- VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. “VIH/SIDA e contrato de trabalho”, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 789-847.
- “Entre o direito à saúde e o direito a estar doente — comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007”, *Revista Questões Laborais*, 15/31 (2008), 89-114.

O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS (*TREATMENT*) NO ANTEPROJETO DE UM QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA (DO DIREITO PRIVADO EUROPEU)

Helga Fabíola Farela *

Palavras-chave: contrato de prestação de serviços médicos; anteprojeto de um quadro comum de referência; direitos dos pacientes; direito comparado.

Keywords: treatment contract; draft common frame of reference (DCFR); patient's rights; comparative law.

Resumo: O principal objetivo deste estudo é a análise das disposições do contrato de prestação de serviços médicos no Anteprojeto de um Quadro Comum de Referência.

A pertinência do estudo está relacionada com a necessidade de identificar os principais pressupostos no que diz respeito à análise da evolução do Direito Privado Europeu, procurando descobrir um sentido para a evolução deste Direito e da necessidade da sua codificação ou não ao nível europeu. O contrato de prestação de serviços médicos, regulado no DCFR e também já objeto de regulação no BGB desde 2013, é considerado um precioso instrumento do Direito da Medicina.

1. Introdução

As relações que se estabelecem entre o médico e o seu paciente têm merecido uma crescente atenção por parte dos juristas, uma vez que a determinação do seu regime jurídico se tem revelado difícil. Os problemas surgem a nível doutrinal mas sobretudo no âmbito da decisão jurisprudencial.

A opção pela temática *supra* enunciada prende-se com a questão de saber como devem ser garantidos os direitos dos pacientes e como regular estes direitos. Tipificar no Código Civil o contrato de prestação de serviços médicos através de uma lei de direitos dos pacientes, à semelhança da Holanda

e mais recentemente na Alemanha? Deixar o assunto para a profissão médica? A resposta a estas questões passa necessariamente por analisar o regime da relação contratual entre o prestador de serviços médicos e o paciente, regulado no Anteprojeto de um Quadro Comum de Referência para o Direito Privado Europeu, livro IV, Parte C (Serviços), Capítulo 8 (Contrato de tratamento)⁽¹⁾.

O *Draft Common Frame of Reference* (doravante DCFR)⁽²⁾ ⁽³⁾ foi elaborado tendo por base o estudo comparado dos sistemas jurídicos nacionais, fruindo como apoio os trabalhos existentes sobre harmonização e unificação do direito privado europeu, destarte, as diretivas sobre proteção dos consumidores⁽⁴⁾ e, os Princípios do Direito Europeu dos

* Mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho. Colaboradora no Centro de Estudos em Direito da União Europeia da Universidade do Minho (CEDU). Este texto corresponde a um resumo de um capítulo sobre o Contrato Europeu de Serviços da minha Dissertação de Mestrado intitulada “O Contrato de Prestação de Serviços Médicos à Luz do Direito da União Europeia”.

¹ VON BAR, C., et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Sellier European Law Publisher, München, 2009.

² General Provisions (Book I); Contracts (Book II); Obligations (Book III); Specific Contracts (Book IV); Benevolent Intervention in another affairs (Book V); (...)

³ Resulta da colaboração do Study Group on a European Civil Code (“The Study Group”) e o Research Group on EC Private Law (“The Acquis Group”).

⁴ Diretivas 85/577/CEE; Directiva 93/13/CEE; Directiva 97/7/CE; Directiva 201/83/EU; Directiva 1999/44/CE entre outras.

Contratos (PECL)⁽⁵⁾. Uma das suas funções é servir de orientação tanto ao legislador europeu como ao legislador nacional e assim, potenciar a harmonização dos diferentes direitos civis nacionais da UE⁽⁶⁾.

São normas ditas de *soft law*, mas ainda assim de grande interesse doutrinal, nomeadamente em matéria de contratos de serviços, tendo em conta que em muitas ordens jurídicas nacionais⁽⁷⁾, salvo algumas exceções, a prestação de serviços aparece ainda com algum vazio normativo. A parte C do livro I.V. do DCFR, tem como sistematização na parte geral, os capítulos 1 e 2, aplicáveis a todos os contratos de serviços e, uma parte especial, nos capítulos 3 a 8⁽⁸⁾, onde estão regulados os seis específicos contratos de serviços⁽⁹⁾.

O princípio da autonomia da vontade das partes é um princípio essencial e que caracteriza o contrato de serviços e, por isso, as regras de DCFR são aplicáveis sempre e somente por acordo das partes. No Código Civil português, não existe uma parte geral dos contratos de serviços, estes são regulados nos arts. 1154.º e ss, com apenas três modalidades específicas, sendo extensíveis a outros serviços, as normas do Mandato. E, por isso, o direito europeu dos contratos abre imensas possibilidades legife-

rantes no campo contratual nacional⁽¹⁰⁾.

Assim sendo, analisemos alguns dos artigos do capítulo 8⁽¹¹⁾, do Anteprojeto de um Quadro Comum de Referência (DCFR).

2. Do Capítulo 8 - Serviços Médicos (“Treatment”) ⁽¹²⁾

IV.C.- 8:101: “Âmbito de aplicação”

Nos comentários a este artigo, sobre o âmbito de aplicação do contrato de tratamento, é delimitado nos parágrafos (1) e (2), o tipo de prestação abrangido⁽¹³⁾ por este contrato, incluindo-se não só o tratamento médico mas também qualquer ato ou prestação que possa ser capaz de “alterar ou afetar a condição física ou mental de uma pessoa”⁽¹⁴⁾.

No parágrafo (3) estende-se os direitos e deveres deste capítulo a situações onde o paciente não foi parte do contrato de serviços médicos⁽¹⁵⁾,

¹⁰ Em Espanha não está regulado o contrato de prestação de serviços no Código Civil.

¹¹ Aplica-se, em princípio, onde houver relação contratual prestador-doente. Contudo, se no direito nacional a relação não puder ser qualificada como contrato de direito privado, este capítulo não se aplica.

¹² A expressão *Treatment (Contract for)* inclui os tratamentos médicos/terapêuticos mas também “qualquer outro serviço capaz de alterar a condição física ou mental de uma pessoa”. Opta-se aqui pela expressão “serviços médicos” porque tanto o DCFR como os comentários oficiais estão centrados neste contrato.

¹³ IV.C.-8:101 (1) DCFR: “Este capítulo aplica-se aos contratos em que uma das partes, o prestador do serviço, se compromete a prestar tratamento médico à outra parte, o paciente; (2) Aplica-se, com as necessárias adaptações, aos contratos em que o prestador se compromete a prestar qualquer outro serviço dirigido a modificar a condição física ou mental de uma pessoa; (3) Se o paciente não é parte contratante, considera-se como um terceiro a quem o contrato confere direitos que correspondam às obrigações do prestador do serviço impostas por este capítulo”.

¹⁴ DCFR, Full Edition, cit., Comentário B ao Art. IV.C.- 8:101, p. 1934.

¹⁵ Para uma clareza terminológica, é “contrato de serviços médicos” e não “contrato médico”, porque engloba todo um processo assistencial, de atenção, informação, diagnóstico, consentimento, entre outras prestações.

⁵ LANDO, OLE, BEALE, HUGH, *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000. Para maiores desenvolvimentos consultar: <www.sgecc.net>.

⁶ *Vd.*, Sobre o estudo comparado dos sistemas nacionais, JANSEN, N., ZIMMERMANN, “A European Civil Code in All But Name: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference” in *Cambridge Law Journal*, Vol. 69, 2010, pp. 98-112; C. VON BAR, “Coverage and Structure of the Common Frame of Reference” in *European Review of Contract Law*, Vol. 3, 2007, *passim*.

⁷ Espanha, por exemplo, regula a Empreitada, mas pouco mais.

⁸ *Vd.*, Chapter 8: *Treatment*, Book IV, Part C: *Services in Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Sellier European Law Publisher, Munich, 2009, pp. 1932 e ss.

⁹ *Model Rules...*, Full Edition, cit., 2009, Vol. 2, p. 1599, nota 1 ao Art. IV.C.1:101, onde se explica a origem desta sistematização no *Common Law*.

sendo o caso paradigmático aquele em que o paciente tem um seguro médico. A questão do âmbito de aplicação abrangida pelos parágrafos (1) e (2), suscita dúvidas no caso em que os cuidados de saúde são prestados por pessoas que não sejam médicas, por exemplo, um psicanalista, ou no âmbito da medicina alternativa, *bodypiercing* entre outros, sendo que quanto a farmacêuticos é claro que não se aplica. Existem casos em que não há a necessidade de cura, como na medicina estética, esterilização, medicina tropical, paliativa, para enumerar apenas estes, mas no entanto, “modifica a condição física ou mental”.

O argumento que está subjacente aos comentários oficiais a este artigo para a extensão do âmbito de aplicação a outros tratamentos não médicos — desde que capazes de influenciar a condição física ou mental — não é critério decisivo porque muitos outros serviços cumprem esta característica e, no direito comparado, existem regulamentações especiais sobre direitos dos pacientes, regras próprias de responsabilidade civil e deontológicas e, a profissão médica, para além de corporativa e exigente em termos de formação técnica, não permite, e encontraria muita resistência dos médicos, em se plasmar uma regra tão abrangente de aplicação, no direito nacional de muitos Estados Membros, incluindo Portugal.

O parágrafo (2) poderá, no entanto, ser aplicado a estas situações, por analogia. A medicina não convencional tem vindo a ganhar cada vez mais importância e, serve este artigo o escopo de proteção do paciente assim como o interesse público da qualidade do sistema de saúde⁽¹⁶⁾. De notar que

¹⁶ Ver, por exemplo, no direito nacional a Lei 45/2003, de 22 de Agosto — Lei de enquadramento base das terapêuticas não convencionais, que impõe a obrigação de respeitar a confidencialidade dos dados pessoais e de guardar sigilo. Nestes casos, a acupuntura, homeopatia e similares.

na Holanda, os profissionais de saúde excluídos do âmbito de aplicação do contrato médico no BW, são os farmacêuticos⁽¹⁷⁾.

No novo contrato de serviços médicos do BGB⁽¹⁸⁾, excluem-se os veterinários, mas já não os farmacêuticos ou os massagistas e enfermeiros, psicoterapêutas e assistentes de obstetrícia.

O capítulo 8 do DCFR cobre todas as situações⁽¹⁹⁾ mas não tem em conta as prestações médicas quando o paciente celebra o contrato diretamente com o hospital⁽²⁰⁾, de internamento ou assistência. Este capítulo é insuficiente na regulação destas prestações acessórias, do tratamento médico em sentido estrito, que seriam diretamente aplicáveis ao hospital, pois só contempla as situações relativas à segurança dos equipamentos e produtos utilizados (Art. IV. C.-8:103), sendo só cobertas se as entendermos como incluídas na obrigação geral de competência e diligência do Art. IV.C.-8:104 (“Skill and Care”). Assim, o médico responde contratualmente pelos seus próprios atos, mas também nos casos de incumprimento dos seus auxiliares ou dependentes. Para se fundamentar a responsabilidade civil do hospital pela conduta dos auxiliares (médicos, enfermeiros e outros) a jurisprudência recor-

¹⁷ Art. 7:446 (4) *Burgerlijk Wetboek* (BW, doravante).

¹⁸ Titel 8-“Dienstvertrag und ähnliche Verträge”- Untertitel 2 -“Behandlungsvertrag” §630a- §630h BGB. Sobre este contrato ver, entre outros, KATZÉNMEIER, “Der Behandlungsvertrag- Neuer Vertragstypus im BGB” in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, pp. 817 ss.

¹⁹ Basicamente o que caracteriza a relação como contrato é o tipo de prestação realizada e não os sujeitos envolvidos. De referir que o parágrafo (3) estende os direitos e obrigações derivados do capítulo 8 a situações em que o paciente não foi parte no contrato de serviços médicos, a contratos concluídos com um terceiro, em benefício do paciente e, este paciente, tem direito de exigir esse tratamento ao prestador do serviço, por exemplo, no âmbito da medicina do trabalho.

²⁰ *Model Rules*, cit., p. 1934.

re ao art. 800.º, n.º 1 do Código Civil⁽²¹⁾ ⁽²²⁾. Em Portugal, o art. 64.º CRP, garante o acesso universal à saúde, é parte na CDHBio que produz efeito direto na lei⁽²³⁾ e, quando o tratamento é feito em hospital público, aplica-se o direito administrativo. Seria desejável considerar também a celebração de um contrato entre paciente e hospital, independente

²¹ Cfr., por exemplo, a respeito da responsabilidade objetiva em geral, do devedor perante o credor, pelos atos das pessoas que utilize no cumprimento da obrigação, uma vez que o risco resultante da atuação dos auxiliares do cumprimento é atribuído ao próprio devedor, ou seja, a “responsabilidade não pressupõe qualquer dependência ou subordinação do auxiliar em relação ao devedor, como na hipótese do artigo 500.º CC, verificando-se também quando o auxiliar é independente e autónomo, sendo o critério relevante, o de que se trate de pessoas de quem o devedor se sirva para o cumprimento da obrigação”, dando como exemplo, o agente de transportes, a quem o devedor entrega a expedição de uma mercadoria. VAZ SERRA, “A Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos responsáveis legais ou dos substitutos” in *Boletim do Ministério da Justiça*, 72, p. 274 e 277. Ainda na p. 270: “O devedor que se aproveite de auxiliares no cumprimento, fá-lo a seu risco e deve, portanto, responder pelos factos dos auxiliares, que são apenas um instrumento seu para o cumprimento. Com tais auxiliares alargaram-se as possibilidades do devedor, o qual, assim como tira daí benefícios, deve suportar os prejuízos inerentes à utilização deles”.

²² “Se o devedor tiver a obrigação de guardar e preservar a coisa também responderá pelo facto dos auxiliares a quem ela foi entregue, já que o “cumprimento” referido no art.800 n.º 1 do CC, vai para além da mera execução da prestação a que o devedor se vinculou, abrangendo os deveres laterais de conduta que integram a relação obrigacional complexa, onde se incluem os deveres de protecção (cf., neste sentido, CARNEIRO DA FRADA, Contrato e Deveres de Protecção, pág.209 e ss). Discute-se se a responsabilidade (objectiva) do devedor pressupõe ou não a imputação do facto danoso ao auxiliar, ou seja, a culpa deste. Segundo determinado entendimento, o devedor só responde, nos termos do art.800 n.º 1 do CC, se houver culpa do auxiliar, pois que a responsabilidade (objectiva) requer uma imputação do facto ao auxiliar, tal como na responsabilidade do comitente (cf., por ex., ANTUNES VARELA, Das Obrigações, II, pág. 101)”, ver Acórdão n.º 510/06.6TSEL.C1 do TRC de 10-2-2009 (Jorge Arcanjo) in www.dgsi.pt. Consultado em 01/03/2016.

²³ As normas que enunciam direitos individuais, precisas e incondicionais, devem poder ser invocadas perante as jurisdições nacionais nas relações com pessoas privadas, por exemplo nas relações médico-paciente, ou entre pessoas públicas, por exemplo nas relações paciente-hospital - são as chamadas normas “self-executing”. Consultado em: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm>. [30-3-2015].

se é público ou privado⁽²⁴⁾. Na Holanda entende-se poder haver dois contratos: um com o médico e outro com a clínica, uma vez que a clínica ou hospital é considerado um prestador de serviço⁽²⁵⁾.

Com André Dias Pereira, defendemos a tese do contrato como a regulamentação mais vantajosa em termos práticos, “como o direito de acesso aos registos clínicos e em caso de ações de responsabilidade será mais favorável ao doente que pretende uma indemnização por eventos danosos no âmbito hospitalar, dada a inversão do ónus da prova da culpa, nos termos do art. 799.º, n.º 1 do Código Civil. Outra vantagem está presente no prazo de prescrição que é de 20 anos (art. 309.º do Código Civil)”⁽²⁶⁾. Diz-nos o Autor que o fundamento para a tese da responsabilidade contratual do hospital público pode ser encontrado na aceitação de um *contrato de adesão*. Outro caminho será a figura das “relações contratuais de facto”, na sua vertente de “relações de massas” (*Massenverkehr*), resultantes de um comportamento social típico (*Sozial typisches Verhalten*)⁽²⁷⁾. Ou seja, a figura do contrato tem elasticidade suficiente para abdicar de alguns dos seus elementos clássicos (liberdade de contratar ou não, de escolha dos contraentes e de livre modelação do conteúdo, não pagamento

²⁴ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 33, defende que “não há responsabilidade contratual do médico que assiste o doente, por dever de ofício, no hospital público, a não ser que exerça aí clínica privada”, havendo apenas responsabilidade contratual da própria organização hospitalar.

²⁵ HONDIUS, Ewoud, HOOFT, A., “The New Dutch Law On Medical Services” in *Netherlands International Law Review*, XLIII, 1996 p. 2: “This implies that the patient sometimes has two contracts; one with the hospital authorities for nursing and care and one with the physician for examination and treatment”.

²⁶ PEREIRA, André, “O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulários: Uma Proposta para o seu Controlo Jurídico” in *Boletim da Faculdade de Direito*, 2000, p.439.

²⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 440. *Vd.*, também, *Model Rules*, Full Edition., Comments, Art.I.V.C.-8:101 DCFR, p. 1934.

do preço mas de taxa moderadora) e moldar-se às necessidades da evolução do direito e da sociedade, não afastando, no entanto, a compensação por danos não patrimoniais⁽²⁸⁾.

IV.C.- 8:102: “Diagnóstico”

Este artigo prevê uma regra especial de obrigação de diagnóstico, que obriga o médico⁽²⁹⁾ a interrogar o paciente (anamnese) sobre o seu estado de saúde, sintomas, alergias e outras doenças, tratamentos prévios, bem como a informação sobre as suas preferências e prioridades em relação ao tratamento; (b) executar os exames necessários para o diagnóstico e condições de saúde do paciente e, (c) consultar outros profissionais de saúde envolvidos ou a existência de outros tratamentos. Insere-se aqui uma das obrigações do paciente no sentido de cooperar com o médico e, também, uma das obrigações do médico de aplicar o seu grau de conhecimento, técnica e experiência. É este o primeiro passo das obrigações do médico no tratamento-proceder ao diagnóstico.

Questão que se coloca é se um errado diagnóstico pode ser causa de responsabilidade. Considera-se que um diagnóstico errado não é uma quebra do *standard* de cuidado, pois pode ser um erro de julgamento por causa da existência de diversos factores. Apenas um erro grosseiro na apreciação de um dado médico simples e na sua interpretação pode ser causa de incumprimento do “dever

de diligência”. Diferente, é saber até onde vai esta questão. Há diagnósticos que requerem tempo e recursos, podem ser longos, caros, desnecessários e arriscados. Há técnicas de diagnóstico invasivas que apresentam riscos. Por outro lado, diagnósticos incompletos podem levar a um tratamento defeituoso, se não houver dados suficientes disponíveis. O critério é o da razoabilidade⁽³⁰⁾ neste processo. E aqui este artigo remete-nos para o art. IV.C.8:104 (“obligation of skill and care”).

IV.C.-8:103: “Obrigações sobre instrumentos, medicamentos, materiais e instalações”

Relaciona-se com as obrigações relativas a instrumentos, medicamentos, materiais, instalações e estabelecimentos. Assim, a prestação correta do tratamento médico, não está dependente somente da diligência e da perícia do profissional, mas igualmente, do bom estado e funcionalidade de todos os equipamentos que estão associados ao ato médico. Tendo em conta que uma das características da prática médica contemporânea é a evolução tecnológica, a ciência médica e a prática estão cada vez mais dependentes de tecnologia sofisticada, que apresenta riscos específicos. Mesmo que as melhorias e avanços sejam significativos, eventos adversos continuam a existir e, em certas áreas, até pode ter aumentado. Os produtos médicos e dispositivos usados, instrumentos e medicamentos têm de estar conforme aos *standards* profissionais aprovados e devem ser inspecionados de forma

²⁸ Sistema do cúmulo de responsabilidades no direito português, *Vd.*, entre outros, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 11.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2008, p. 547 e ss. Neste sentido, Ac. STJ de 19/06/2001/01*100 (Pinto Monteiro). Um outro sistema é o sistema misto, onde o lesado pode optar pela responsabilidade contratual ou pela extracontratual, conforme julgue mais favorável em concreto. Ac. STJ de 7/10/2010/1364/05.5TBCL.G.1 (Ferreira de Almeida).

²⁹ Na referência a médicos inclui-se, *brevitatis causa*, qualquer profissional de saúde.

³⁰ A que os comentários oficiais chamam de “Reasonability test”, tendo em conta um balanço entre *Standards e Guidelines*, eficiência económica dos recursos de saúde e, a análise do risco-benefício. É ainda referido a existência de alguma crítica à limitação da responsabilidade do profissional nos casos de erros de diagnóstico ou incompleto, uma vez que o médico deve fazer a anamnese do paciente, executar os exames necessários e, se for o caso, consultar outro profissional. Cfr., DCFR, *Full Edition*, cit., p. 1942.

adequada. Dando como exemplos, uma exposição a radiação superior ao aconselhado, causando danos ao paciente devido ao mau funcionamento do equipamento ou a infecção hospitalar.

O DCFR ocupa-se desta questão, advertindo dos principais danos associados, tanto em termos de gravidade como em número. Na sua alínea a) e b) é descrita a importância e as consequências de equipamentos defeituosos, tendo como base de referência a infecção hospitalar, a necessidade de higiene por parte do prestador de serviços, diligências que estão descritas igualmente, no artigo seguinte. A razão deste artigo, é intensificar o dever de cuidado e diligência nestes casos.

Por um lado, pode argumentar-se que o profissional só seja responsabilizado se houver violação do dever de cuidado quando utiliza estes equipamentos ou produtos, ou seja, não os utiliza de acordo com os regulamentos e instruções ou práticas aprovadas. Esta é uma abordagem da responsabilidade baseada na culpa. Por outro, sustenta-se que o profissional deve ser estritamente responsabilizado quando há uma obrigação de segurança do paciente. Ou seja, o médico tem uma obrigação de resultado quanto à segurança do paciente, deve proteger o paciente de lesão causada por instalações, equipamentos e outros. A posição intermédia, aponta no sentido de presumir-se a culpa da parte do prestador de serviço, o que permite ao prestador provar que atuou de acordo com o *standard* de cuidado exigível para evitar danos. Esta é uma norma imperativa, fixa uma responsabilidade objetiva pelo uso de equipamentos defeituosos- independente de quem os usa⁽³¹⁾. A particularidade deste preceito está na imposição ao médico da obrigação de garantir que o equipamento ou produto médico não é defeituo-

so e não há o perigo do paciente sofrer uma lesão aquando da consulta ou estadia no hospital. O DCFR fixa uma responsabilidade objetiva baseada na relação de causalidade entre o uso correto do equipamento e os danos⁽³²⁾.

IV.C.-8:104: “Obrigação de competência e diligência”⁽³³⁾

O artigo precedente, como vimos, radica nas obrigações do prestador de garantir que o produto médico e as instalações não são defeituosos e, que o paciente está protegido de qualquer tipo de risco. Neste sentido, o DCFR impõe uma regra de responsabilidade objetiva que se baseia na relação de causalidade entre o uso correto do produto pelo profissional e, as instalações sanitárias por outro lado.

O Artigo 7:453 do Código Civil holandês diz explicitamente que, no exercício das suas atividades, um prestador de cuidados de saúde deve exercer o nível de cuidado esperado de um prestador de cuidados de saúde consciente e que deve agir de acordo com a responsabilidade esperada do profissional padrão para os prestadores de cuidados de saúde⁽³⁴⁾.

Em Portugal, a obrigação de competência e diligência⁽³⁵⁾, está contido no direito nacional como uma obrigação do médico, um dever objetivo de

³² DCFR, Full Edition, cit., p. 1947.

³³ IV.C. 8:104 (1) DCFR: “A obrigação de competência e diligência do profissional médico requer especificamente que actue com a competência e diligência que um profissional razoável e competente demonstraria nas mesmas circunstâncias; (2) Se o profissional de saúde carece da experiência ou competência para tratar o doente com o grau necessário de competência e diligência, deverá referenciar o paciente a outro profissional que o possa fazer; (3) As partes não podem excluir a aplicação deste artigo nem derrogar ou modificar os seus efeitos em prejuízo do paciente”.

³⁴ PEREIRA, André, “Medical Liability: Comparing «Civil Law» and «Common Law»” in R.G. BERAN (ed.), *Legal and Forensic Medicine*, 35, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013, p. 593.

³⁵ Esta diligência exigível ao médico é determinada de acordo com as regras deontológicas e as *leges artis*, com o estado da ciência e tecnologia. Ver também o Estatuto da Ordem dos Médicos, com regras

³¹ *Leges artis ad hoc* — obrigação de segurança dos equipamentos utilizados no ato médico.

cuidado integrado na obrigação principal⁽³⁶⁾.

Enquanto na Dinamarca, Finlândia e Suécia, este dever não tem um *standard* objetivo, é baseado no sistema *no-fault* e num regime de compensação de danos. Contudo o DCFR descarta expressamente que os sistemas de compensação sem culpa sejam um regime válido de responsabilidade civil para os serviços médicos. É sugerido que a adoção destes sistemas vigentes na Finlândia, Dinamarca e Suécia, se devam articular fora do sistema de responsabilidade civil, através da figura do seguro ou de fundos de compensação, mas não como uma forma de responsabilidade civil dos profissionais de saúde ou dos hospitais⁽³⁷⁾.

Como o capítulo 8 do DCFR prevê regras especiais para as obrigações de diagnóstico (IV.C.-8:102 remete para o IV.C.-8:104), de segurança dos produtos médicos e instalações, de consentimento informado, assim como regras de registo clínico, o IV.C.-8:104, identifica o critério de imputação⁽³⁸⁾ aplicável à obrigação de prestação de tratamento médico em sentido estrito. Por exemplo, quanto à informação, o *standard* de diligência exigível ao prestador, não parte do *standard* razoável do profissional médio, mas das expectativas

de informação razoáveis do paciente médio. Determina a diligência exigível mediante o *standard* objectivo do prestador razoavelmente competente, o grau de competência exigível é o do profissional médio, e admite a sua modelação em função de circunstâncias subjetivas do prestador, como a sua especialização e experiência, bem como em função de circunstâncias objetivas⁽³⁹⁾, como a gravidade dos riscos associados ao problema de saúde ou ao tratamento, por exemplo, no caso de obesidade ou diabetes. No caso dos médicos especialistas, em Portugal, Espanha, Alemanha, Holanda entre outros, o grau de diligência e cuidado aumenta e é aferido no grau do especialista médio. Enquanto em Itália e França, este grau não aumenta com a especialização, sendo duvidoso no caso da Grécia. Na Dinamarca e Suécia o padrão para todos os médicos é o de especialista e, na Finlândia, o de um médico experiente.

Ou seja, a lei varia nos vários países da Europa e apresenta soluções também diversas neste domínio, bem como na medicina experimental. O art IV.C.-2:102 DCFR⁽⁴⁰⁾, integra o conteúdo da diligência exigível com as leis e regulamentações imperativas aplicáveis ao tipo de serviço (*Guidelines* e *Protocolos*). Nem o artigo nem os comentários resolvem a questão importante de saber se o cumprimento de tais regras liberta de responsabilidade o profissional médico ou se, em função das circunstâncias do caso, a diligência exigível pode requerer ao profissional atuações diversas às geralmente aceites no sector da prática clínica.

próprias importantes para aferir e valorar o cumprimento ou incumprimento da “diligência profissional”.

³⁶ Art. 9.º (atualização e preparação científica) e Art. 35.º, n.º 1 (abster-se de actos que não estejam de acordo com as *leges artis*) do Código Deontológico da Ordem dos Médicos de 2009.

³⁷ *Model Rules...*, cit., p. 1953.

³⁸ O DCFR situa com esta regra o critério de imputação da responsabilidade do profissional médico ou da clínica pelo incumprimento das suas obrigações contratuais no regime tradicional da culpa, tanto para os tratamentos curativos como voluntários. Esta posição não deve ser interpretada no sentido de que a prestação de tratamento médico não possa consistir numa obrigação de resultado, à margem da atuação diligente do profissional, se as partes assim a configuram. Esta possibilidade está contemplada no art IV.C.-2:106 DCFR (“Obligation to achieve result”), não sendo neste caso contrato de serviços médicos, mas contrato de trabalho (“Construction”), que é regulado no capítulo 3 do livro 4 do DCFR.

³⁹ André GONÇALO DIAS PEREIRA, na sua Tese de Doutoramento, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Centro de Direito Biomédico, 22, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, defende que deve haver uma lei dos direitos dos pacientes que regule tudo, condensando matérias sobre consentimento informado, acesso ao processo clínico, entre outros. Em especial, sobre o contrato de prestação de serviços médicos, pp. 579 e ss.

⁴⁰ “Pré-contractual duties to warn”.

Quanto ao ónus da prova da falta de cuidado e diligência também há diferenças, sendo em Portugal, Espanha, França e outros, o paciente a provar esse incumprimento, o dano e o nexos causal. Podendo ser invertido nos casos excepcionais.

Na Holanda, o médico tem o dever de ajudar o paciente em tribunal, sendo o *leading case* na determinação do critério da diligência e cuidado, o caso *Speeckaert/Gradener, Hoge Raad 9 November 1990, NedJur 1991,26*, onde se disse que o “cuidado é o que se espera de um especialista razoável e hábil”⁽⁴¹⁾. No mesmo sentido deve ser lido e interpretado o Art. 7:453 BW⁽⁴²⁾.

Em Portugal, a responsabilidade que gera é baseada na culpa⁽⁴³⁾. Perante a ausência de uma regulação jurídica das diversas prestações do profissional durante o processo de assistência médica, semelhante ao DCFR, a jurisprudência integra o critério de determinação do *standard* exigível nas obrigações gerais de diligência profissional. O médico, ou o prestador do serviço médico, deve agir como um competente, perito e qualificado (critério objetivo e abstrato), perante as circunstâncias, sendo este um critério subjetivo e concreto, ou seja, *lex artis had-hoc*⁽⁴⁴⁾ ⁽⁴⁵⁾, o que é compatível com

esta disposição do IV.C.-8:104 do DCFR.

A regulação do contrato de serviços médicos no DCFR aplica-se por igual a contratos de tratamento curativo ou voluntário, pois em ambos os casos o prestador obriga-se a prestar diligentemente uma actividade dirigida a curar o paciente, mas não garante a sua cura ou melhoria. Não há incumprimento pelo facto de não se obter o resultado pretendido. O que é inovador no DCFR, é que abandona a associação entre medicina voluntária e a obrigação de resultado. A opção do DCFR neste ponto merece uma valoração positiva, porque a configuração de uma obrigação do médico como de resultado não depende necessariamente do carácter voluntário do tratamento, mas da vontade das partes e de que, dado o tipo de doença, o resultado pretendido, conforme ao estado de conhecimento científico e técnico, tenha perdido o seu carácter aleatório e a sua obtenção esteja sob controlo do médico. De qualquer modo, pelo menos deve ser acentuado de que tipo de especialidade médica se trata para que se possa identificar *ex ante* a obrigação de resultado. A Jurisprudência não é estranha a estas ideias- há jurisprudência em Espanha que diz que a doutrina sobre medicina estética e sobre obrigações de meios- obrigações de resultado, não se resolve com respostas absolutas⁽⁴⁶⁾.

Analisemos em conjunto os três artigos seguintes:

⁴¹ *Model Rules...*, Full Edition, 2009, Comment D, 16., p. 1958.

⁴² “The provider of the service, in the execution of his business, has to comply with the care of a good provider of the service, and acts in accordance with the responsibility he bears, arising from his professional standard”.

⁴³ Culpa a ser apreciada pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso (art.º 487.º, n.º 2, aplicável *ex vi* do n.º 2 do art.º 799.º, ambos do CC). Ver também, sobre a compreensão da culpa do médico e o artigo 487.º, n.º 2 do CC, André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, cit., pp. 615 e ss.

⁴⁴ Ver Art. 487.º, n.º 2 do Código Civil; FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica na Europa Ocidental - Considerações de *lege ferenda*” in *Scientia Iuridica*, Tomo XXXIII, Livraria Cruz, Braga, 1984, p. 100 e ss.

⁴⁵ O critério do profissional razoavelmente competente que atua em conformidade com as *legis artis*, diretrizes e protocolos de atuação aceites em geral e tidos como válidos de acordo com o estado atual da

ciência, tendo em conta as circunstâncias em que o tratamento é prestado. *Model Rules...*, cit., p. 1951.

⁴⁶ STS 20/11/2009, citado nos Comments ao DCFR, *Model Rules...*, cit., pp 1967 e ss.

**IV.C.-8:105: “Obrigação de informação”,
IV.C.-8:106: “Obrigação de informação
nos tratamentos voluntários ou experi-
mentais” e, IV.C.-8:107: “Exceções à
obrigação de informação”**

O Art. IV.C.-8:105, no seu parágrafo (1)⁽⁴⁷⁾, identifica claramente o que o médico deve informar, mas não precisa o seu alcance, não obstante no parágrafo (2)⁽⁴⁸⁾ e, nos comentários, se definirem alguns critérios de determinação. Mais uma vez, os maiores problemas encontram-se na informação dos riscos e alternativas de tratamento. Não é possível exigir ao médico a informação sobre todos os riscos associados⁽⁴⁹⁾. No entanto, os comentários

⁴⁷ IV.C.- 8:105 (1) DCFR: “Para que o paciente possa decidir livremente, o prestador do serviço deve informar: (a) do estado de saúde; (b) da natureza do tratamento; (c) das vantagens do tratamento proposto; (d) dos riscos do tratamento proposto; (e) alternativas de tratamento e suas vantagens e riscos; e (f) das consequências de não receber tratamento”.

⁴⁸ 8:105 (2) DCFR “Em qualquer caso, o profissional deve informar o paciente dos riscos e alternativas que possam influenciar razoavelmente na sua decisão de consentir ou não sobre o tratamento proposto; considera-se que um risco possa influenciar a decisão se, ao produzir-se, o paciente sofreria um grave prejuízo. Salvo convenção em contrário, a obrigação de informação está sujeita ao disposto no Capítulo 7 (Informação e aconselhamento); (3) A informação deve ser dada de forma a ser entendida pelo paciente”.

⁴⁹ A respeito do conteúdo do dever de esclarecer, existem as teses do médico razoável, do paciente razoável ou abstrato e, do concreto paciente. Na primeira, considera-se que a informação é suficiente quando um outro médico razoável teria dado essa mesma informação ou quando esse *quantum* de informação for aceitável dentro da classe médica (*body of medical opinion*). Era tradicional em Inglaterra, ter esse critério, o modelo do *Bolam test* (Bolam versus Frien Hospital Management Committee, de 1957) na sequência do caso *Sidaway*, da House of Lords. Na segunda tese, os elementos relevantes são aqueles que uma pessoa média, naquele quadro clínico, julgaria necessários para tomar uma decisão. Não é o médico a medir o *quantum* da informação, mas sim o paciente. Na Austrália vigora este critério. Na terceira tese, do paciente concreto, o médico deve informar sobre o que o paciente individualmente exige. Alguma jurisprudência americana tem seguido ultimamente este critério. O que se entende aqui é que cada

identificam os seguintes critérios para delimitar os riscos relevantes: a frequência e gravidade do risco, a urgência do tratamento e o seu carácter necessário⁽⁵⁰⁾. Esta conclusão está de acordo com a regra especial do Art. IV.C.-8:106 (1)⁽⁵¹⁾ ⁽⁵²⁾, que exige esse alcance na medicina estética ou nos ensaios clínicos. Aqui, o paciente carece de mais informa-

paciente tem necessidades distintas de informação em virtude das suas concretas características. Entre nós, tem sido defendido este critério por GUILHERME DE OLIVEIRA, que refere: “em bom rigor, a necessidade de informação deveria chegar ao ponto de considerar aspectos irrelevantes para o comum dos doentes mas que são importantes para o paciente concreto... corolário básico de obter um consentimento esclarecido do doente concreto que está perante o médico”. Mais recentemente, no Reino Unido, o importante caso MONTGOMERY v. LANARKSHIRE HEALTH BOARD de 11 de Março de 2015, o Supremo Tribunal proferiu uma decisão diferente, num caso de negligência e consentimento e dever de informação sobre alternativas ao tratamento, que estavam bem definidas no caso *Bolam* e *Sidaway*. Casos em que se decidiu que o médico não agiu com negligência se tiver omitido a informação sobre os riscos a propósito de um tratamento psiquiátrico se, outros médicos na mesma posição, tivessem concordado com essa decisão. Agora, com o caso MONTGOMERY, reverteu-se esta prática, ou seja, o médico não agiu com negligência se tiver omitido a informação sobre os riscos, se um “reasonable patient” tivesse concordado com essa decisão. Um paciente razoável não é um médico, por isso requer-se aos médicos que forneçam em detalhe a informação dos riscos improváveis e requer mais diálogo entre profissional e paciente antes do consentimento. O Tribunal considerou três pontos: os riscos significativos não podem ser reduzidos a percentagens; mais diálogo e, a exceção terapêutica é limitada, não deve ser usada de forma abusiva [par 86-91]. Ou seja, estamos agora perante o critério do razoável paciente. Para análise do caso, consultar: (https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0136_Judgment.pdf).

⁵⁰ DCFR, Full Edition, cit., comentário B ao art. IV.C.-8:105, pp. 1969-1970.

⁵¹ IV.C.- 8:106 (1) DCFR: “Se o tratamento não é necessário para manter ou melhorar a saúde, o profissional deve informar sobre todos os riscos conhecidos; (2) Se o tratamento é experimental, o profissional deve proporcionar toda a informação relativa aos objetivos do estudo, a natureza do tratamento, suas vantagens e riscos, [...]; (3) As partes não podem excluir a aplicação deste Capítulo nem derrogar ou modificar os seus efeitos em prejuízo do paciente”.

⁵² “Unnecessary or experimental treatment”. Os comentários a este artigo definem *Unnecessary treatment* como aquele que não é dirigido a melhorar a saúde física do paciente mas por outros motivos, e.g., cirurgia estética, odontologia, doação de órgãos. *Experimental treatment* aquele tratamento ainda numa fase de investigação e que pode beneficiar o paciente, mas em que os riscos são ainda inesperados, p., ex., um ensaio clínico ou uma nova técnica. *Vd., Model Rules...*, Full Edition, Comments A. General idea, p. 1981 e 1982.

ção dada a ponderação do risco-benefício⁽⁵³⁾, para si próprio e para o avanço da medicina em geral.

Em relação a novas técnicas terapêuticas, o paciente terá interesse não só na informação normalmente divulgada sobre tratamentos inovadores, mas igualmente na informação sobre as alternativas⁽⁵⁴⁾ e sobre todos os riscos envolvidos. Para poder decidir entre um tratamento inovador ou um tratamento já aceite pela prática médica.

O dever de informação sobre todos os riscos também é maior no caso de tratamentos estéticos, uma vez que não há urgência ou é desnecessário de um ponto de vista médico. Esta orientação é unânime em quase todos os países europeus. Em relação aos ensaios clínicos, em Portugal é obrigatória a completa divulgação da informação, o consentimento por escrito e, a obrigação de um seguro de responsabilidade civil⁽⁵⁵⁾, pelos danos causados no

ensaio⁽⁵⁶⁾ ⁽⁵⁷⁾. Nestes casos, e porque Portugal tem uma lei especial sobre ensaios clínicos, parece-nos de difícil compatibilidade com o direito nacional, a aplicação do regime do IV.C.-8:107 sobre as exceções ao dever de informação.

No IV.C.-8:107, a exceção ao dever de informação do parágrafo 1 (a) chama-se privilégio terapêutico⁽⁵⁸⁾. Em certas circunstâncias, a revelação da informação pode resultar num prejuízo para a saúde ou vida do paciente. A doutrina aceita esta exceção, mas apenas nos casos em que a informação possa ter um impacto negativo no paciente, nomeadamente nos casos de doenças cardíacas ou mentais⁽⁵⁹⁾. Se o paradigma do paciente passivo está hoje ultrapassado, há doutrina que recusa a não divulgação da informação a todos os tipos de doentes. No entanto, a maioria aceita esta exceção, com a ressalva de que a informação deve, contudo, ser dada aos familiares ou interessados. O privilégio terapêutico apenas perdura enquanto se mantiverem as causas da não divulgação, devendo o paciente ser in-

⁵³ *Model Rules...*, cit., pp. 1982 e ss.

⁵⁴ Quanto às alternativas ao tratamento proposto, os comentários colocam a questão de saber se o prestador deve informar sobre tratamentos médicos alternativos não convencionais e propõem uma solução aberta em função do que exige o *standard* de cuidado em cada caso.

⁵⁵ Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril, que aprova a Lei da Investigação Clínica e, que relativamente aos Ensaios Clínicos com Medicamentos de uso humano, revoga a Lei 46/2004 de 19 de Agosto (Lei de Ensaios Clínicos com Medicamentos de uso humano), que transpõe a Directiva 2001/20/CE de 4 de Abril (relativa à aproximação de disposições legislativas dos Estados Membros, respeitantes à aplicação das boas práticas clínicas na condução dos ensaios clínicos de uso humano, OJ 2001 L 121/34). A Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, regula a investigação clínica, abrangendo entre outros estudos clínicos, os ensaios clínicos definidos como “qualquer investigação conduzida no ser humano, destinada a descobrir ou verificar os efeitos clínicos, farmacológicos ou os outros efeitos farmacodinâmicos de um ou mais medicamentos experimentais, ou identificar os efeitos indesejáveis de um ou mais medicamentos experimentais, ou a analisar a absorção, a distribuição, o metabolismo e a eliminação de um ou mais medicamentos experimentais, a fim de apurar a respectiva segurança ou eficácia”. Ao nível da União Europeia foi aprovado o Regulamento (UE) n.º 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014, relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano e que revoga a Directiva 2001/20/CE. Esta legislação será diretamente aplicável ao regime jurídico dos Estados membros 6 meses após a publicação no Jornal Oficial das Comunidades Europeias do aviso da Comissão Europeia de conformidade operacional dos requisitos funcionais do Portal

da UE e da Base de Dados da EU previstos, mas nunca antes de 28 de maio de 2016.

⁵⁶ *Model Rules...*, cit., p. 1985.

⁵⁷ Nos termos do art. 13.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina (CEDHbio) é expressamente proibido o ensaio clínico que modifique o genoma humano.

⁵⁸ IV.C.-8:107 (1) “A informação poderá não transmitir-se ao paciente: (a) se há razões objetivas que possam influenciar de forma grave e negativa a saúde ou vida do paciente”.

⁵⁹ *Vd.*, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Consentimento Informado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra 2006, p. 27: “O privilégio terapêutico justifica que o médico não transmita ao paciente algumas informações, quando o conhecimento destas poria em perigo a vida do paciente ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”. Consultado em <http://www.centrodedireitobiomedico.org/files/ConsInflivroPratico.pdf>. Ver ainda o artigo 157.º do Código Penal: “[...] o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”.

formado, *a posteriori*, quando essas causas cessarem.

No parágrafo (1) (b)⁽⁶⁰⁾, sobre o *direito a não saber* é reconhecido desde que a vida, saúde e segurança de terceiros, bem como interesses de saúde pública não sejam postos em perigo pela não divulgação da informação. A justificação deste direito assenta na autonomia do paciente⁽⁶¹⁾.

Finalmente, no parágrafo (2)⁽⁶²⁾, se o paciente está incapaz⁽⁶³⁾ para consentir devido a urgência ou inconsciência, a informação é adiada para mais tarde, após o tratamento, devendo as pessoas ou instituições responsáveis pelo paciente, ser informadas com prontidão. Este ponto está relacionado com a obrigação de obter o consentimento do artigo seguinte, IV.C.-8:108, parágrafo (3).

Na Holanda, nos termos do art. 7:448 (3) BW⁽⁶⁴⁾, o privilégio terapêutico é permitido, mas

⁶⁰ “(b) - se o paciente manifesta expressamente que não quer saber, desde que não ponha em perigo a saúde ou segurança de terceiros”.

⁶¹ *Model Rules...*, cit., p. 1988. Os comentários referem que a pessoa destinatária da informação em caso de riscos para terceiros, é o paciente e não os terceiros. Ver também art. 10.º, n.º 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Biomedicina: (Vida privada e direito à informação) -” Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada”. Este direito não é contemplado no Direito português.

⁶² “(2) - Não é necessário cumprir a obrigação de informação nas situações de urgência. Neste caso, o profissional de saúde deve informar mais tarde, se for possível”.

⁶³ O artigo e os comentários não têm em conta outras situações de incapacidade do paciente para entender a informação: menores ou situações de incapacidade permanente. *Vd.*, RAMOS GONZÁLEZ, S., “Servicios médicos” in VAQUER, A. et al., *Derecho Europeo de Los Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Atelier Libr, Vol.1, 2012, pp.1358 e ss.

⁶⁴ Tradução Inglês: art. 7:448 (3) BW: “The care provider may only withhold the information from the patient as far as providing it would clearly cause serious harm to the patient. If the interest of the patient requires so, the care provider must give the information to a person other than the patient. The information shall be provided to the patient when there is no longer any danger of causing the harm referred to above. The care provider shall not use the authority referred to in the first sentence without having consulted another care provider on the matter”.

restrita aos casos onde a informação possa causar danos ao paciente e, o médico deve consultar outro médico, antes de decidir não informar⁽⁶⁵⁾. No entanto, deve dar a informação a outra pessoa que não o paciente e, a este, assim que cessem as causas justificativas da não divulgação.

Igualmente, na Alemanha, no §630e (3) BGB⁽⁶⁶⁾, o privilégio terapêutico é admitido nos casos de urgência do tratamento (havendo na maioria destas situações um consentimento presumido, hipótese expressa no §630d (1) BGB⁽⁶⁷⁾), de dispensa da informação por circunstâncias particulares do paciente e, no caso deste último ter explicitamente declarado não querer ser informado (o direito a não saber).

IV.C. - 8:108: “Obrigação de não tratar sem consentimento”

A análise a estes artigos deveria ser em conjunto, como se diz nos comentários oficiais ao DCFR. O dever de informação é instrumental do direito do paciente a consentir no tratamento, para valorar se a informação foi suficiente, adequada e completa e, tomar decisões justificadas e aceitar o tratamento. Há questões só do consentimento (capacidade, sujeito, forma), e há questões só do dever de informação (alcance e forma).

O DCFR não coloca em comum os regimes das

⁶⁵ A necessidade de consultar outro médico é criticada por alguma doutrina holandesa. Bibliografia citada em *Model Rules...*, cit., p. 1989: B. Sluyters and Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Kluwer, 2005.

⁶⁶ Tradução Inglês: §630e (3) BGB: “The patient does not need to be provided with information where this can be exceptionally dispensed with because of particular circumstances, in particular if the measure cannot be delayed or the patient has explicitly waived being provided with the information”.

⁶⁷ Tradução: “Consentimento”.

exceções. Os arts. IV.C.-8:107 e IV.C.-8:108⁽⁶⁸⁾, consideram a situação de urgência como exceções às obrigações de informação e de obtenção do consentimento, mas não mantêm um critério uniforme em relação ao papel dos familiares ou representantes legais do paciente. E o art. IV.C.-8:108 não menciona, em sede de consentimento, o privilégio terapêutico.

No direito espanhol (Ley 41/2002), também não se fez melhor, sobre o titular do direito à informação e, nos termos do art. 5.º, não se regula a situação de urgência, que é uma exceção ao dever de informação.

O princípio da autonomia do paciente é o fundamento axiológico tanto do dever do profissional de obter o consentimento, como do direito do paciente a recusar (parágrafo 1) o tratamento ou a revogar o consentimento a qualquer momento e de forma livre (parágrafo 2). Não se exige forma escrita⁽⁶⁹⁾, nem nos casos de tratamento estético ou

desnecessário (parágrafo 6), nem nos tratamentos experimentais (o DCFR remete para os Estados a regulação destas matérias).

No parágrafo (3), a expressão “the patient is incapable”, parece poder englobar tanto o menor⁽⁷⁰⁾ ou incapaz, como a pessoa inconsciente e aquela em situação de urgência. Ou seja, trata como exceções à regra geral do consentimento por representação⁽⁷¹⁾ e a situação de urgência, quando só a urgência⁽⁷²⁾ é uma exceção à obtenção do consentimento em sentido estrito. Também não distingue entre representante legal e outros sujeitos autorizados para consentir (no lugar dos pacientes incapazes não incapacitados judicialmente ou dos que sofram de incapacidade transitória). Neste ponto os comentários remetem para os Estados Membros a integração das normas sobre consentimento por representação. Uma interpretação literal do parágrafo (3) permite concluir que a situação de urgência do tratamento não liberta o profissional de obter o consentimento se o paciente está em condições de o fazer. Os comentários parecem

⁶⁸ IV.C.- 8:108 (1) DCFR “O prestador do serviço não deve prestar o tratamento sem que o paciente tenha prestado o seu prévio consentimento informado. (2): O paciente poderá revogar o consentimento a todo o tempo (3): Se o paciente não é capaz de dar o seu consentimento, o prestador do serviço não deve efectuar o tratamento, salvo se: (a): se houver consentimento de pessoa ou instituição legalmente habilitada para tomar decisões sobre o tratamento em nome do paciente; ou (b): se cumpriram as normas procedimentais que permitam prestar legalmente o tratamento sem esse consentimento; ou (c): o tratamento deve prestar-se em situação de urgência. (4): Na situação do parágrafo (3), o profissional não deve prestar o tratamento sem considerar, se for possível, a opinião do paciente sobre o tratamento e a opinião que poderá ter expressado antes de estar em situação de incapacidade. (5): Nas circunstâncias do parágrafo (3), o prestador do serviço poderá prestar aquele tratamento apenas para melhorar o estado de saúde do paciente. (6): Nas circunstâncias descritas no par (2) do IV.C.-8:106, o consentimento deve ser dado de forma expressa e específica. (7): As partes não podem excluir a aplicação deste artigo nem derogar ou modificar os seus efeitos em prejuízo do paciente”.

⁶⁹ Nos direitos nacionais, por exemplo em Espanha com a Ley 41/2002, exige-se forma escrita para a revogação do consentimento, a recusa de tratamento, terapias invasoras, ensaios clínicos com medicamentos entre outros. No direito português, Cfr., PEREIRA, André, “O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulário: Uma Proposta para o seu Controlo Jurídico”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2000.

⁷⁰ Em Portugal a idade para consentir era de 14 anos, nos termos do art. 38.º, n.º 3 do Código Penal. A Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, elevou a idade do consentimento de 14 para 16 anos. A própria lei dispõe, no n.º 2 do art. 1878.º do CC, que os pais devem conceder, gradualmente, independência aos filhos, encorajando o seu desenvolvimento físico e psíquico: “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”. Isto facilmente se compreende uma vez que, mesmo antes dos 16, muitos jovens já são capazes de tomar decisões responsáveis. Também o n.º 2 do artigo 6.º do CEDH/BIO dispõe que: “Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante...”.

⁷¹ Remete para os Estados, a regulação desta situação. Cfr., *Model Rules...*, cit., comentário C, p. 1900.

⁷² O parágrafo (3) (c) não exclui a possibilidade de obter o consentimento assim que cesse a urgência. Em relação aos menores de idade, também a obtenção do consentimento no caso de urgência, é uma obrigação do médico assim que cesse essa urgência. Os casos do parágrafo (3) (b) relacionam-se com a saúde pública, regulados em legislação dos Estados.

defender a tese de que o prestador pode aplicar o tratamento ao paciente sempre que seja necessário numa situação de urgência⁽⁷³⁾. Este preceito devia ser redigido de modo a regular de forma autónoma a obtenção do consentimento, porque uma interpretação literal dos parágrafos (3-a) e (3-b) leva à conclusão de que no caso dos menores de idade ou incapacitados, a situação de urgência desobriga o profissional de tentar obter o consentimento do menor ou dos representantes legais, e não é assim. Nos comentários não se encontra nenhuma explicação sobre o parágrafo (3) (b) que faculta ao prestador atuar sem obter o consentimento do paciente quando: “se tiverem cumprido as normas ou procedimentos que permitam prestar legalmente o tratamento sem esse consentimento”. Uma leitura dessa disposição à luz do direito nacional⁽⁷⁴⁾ permite concluir que está pensado para os casos de riscos para a saúde pública estabelecidos em lei.

No parágrafo (4), o grau de incapacidade do paciente exige ao médico que respeite, na medida do possível, a opinião atual do paciente sobre o tratamento proposto ou a opinião expressada antes da sua incapacidade em documentos de instruções prévias (ou declarações antecipadas de vontade). Nos comentários é referido que, em qualquer caso, a opinião do paciente não é vinculativa e a sua relevância varia em função das circunstâncias do caso concreto⁽⁷⁵⁾, é assim uma regra aberta sobre a relevância da opinião do paciente⁽⁷⁶⁾.

Apesar da regra do parágrafo (4) se referir com carácter geral, a qualquer das situações descritas, parece pensada apenas para os casos de consentimento por representação. Também se pode dizer o mesmo do parágrafo (5), que parece limitar o consentimento por representação aos tratamentos necessários, e só, para melhorar ou manter o estado de saúde do paciente, excluindo-se os tratamentos estéticos. Os comentários propõem que esta regra deva ser aberta, em função de cada direito nacional, a admitir os últimos avanços da bioética para solucionar situações em que o paciente se encontra em fim de vida⁽⁷⁷⁾.

Em relação ao consentimento nos tratamentos experimentais, o parágrafo (6) refere que deve seguir uma forma mais rígida, atendendo aos direitos nacionais e suas regras formais, para acautelar uma maior proteção dos pacientes, sendo obrigatório que o consentimento seja documentado e específico para um determinado tratamento experimental. A fronteira entre o que é um ensaio clínico e um tratamento experimental ou inovador é muito ténue. A Diretiva 2001/20/EC de 4 de Abril de 2001⁽⁷⁸⁾, sobre ensaios clínicos, define no seu art. 1.º, n.º 2 o conceito de boa prática clínica⁽⁷⁹⁾ (80)

antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital.

⁷³ *Model Rules...*, cit., p. 1993.

⁷⁴ Com a aprovação do regulamento n.º 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Abril de 2014, relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano e que revoga a Diretiva 2001/20/CE.

⁷⁵ Art. 1.º, n.º 2: “As boas práticas clínicas constituem um conjunto de requisitos de qualidade, em termos éticos e científicos, reconhecidos a nível internacional, que devem ser respeitados na planificação, na execução, no registo e na notificação dos ensaios clínicos que envolvam a participação de seres humanos. A observância dessas boas práticas constitui uma garantia de proteção dos direitos, da segurança e do bem-estar dos participantes nos ensaios clínicos, bem como da credibilidade desses ensaios”.

⁸⁰ Na redação da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril, é definido no art. 2.º, alínea d) “Boas práticas clínicas” os preceitos internacionalmente

⁷³ *Model Rules...*, cit., p. 1994.

⁷⁴ Para uma análise sobre o Consentimento Informado em Portugal, ver, por todos, a Norma DGS 15/2013, de 3/10/2013, atualizada em 14/10/2014, disponível em (www.ers.pt/uploads/writer_file/document/1202/Norma_DGS_015-2013_CI.pdf).

⁷⁵ *Model Rules...*, cit., Comentário C ao art. IV.C. 8:108, cit., p. 1994-1995.

⁷⁶ Atualmente em Portugal a opinião do paciente é vinculativa nos termos da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, que regula as directivas

e, exclui do seu âmbito de aplicação o tratamento experimental, a investigação sobre tecidos, sobre o embrião, órgãos e sangue. Apenas inclui no seu âmbito os medicamentos de uso humano.

Uma futura regulação do contrato de prestação de serviços médicos deverá identificar com clareza as consequências jurídicas da violação do consentimento informado quando também o tratamento se desenvolve conforme às *legis artis ad hoc*.

IV.C. - 8:109: “Ficheiro clínico”

O Art. IV.C.-8:109⁽⁸¹⁾, regula três obrigações do prestador de serviço em relação ao ficheiro clínico. Desde logo, a obrigação de criar o documento com a história clínica de forma adequada e com a informação completa, a saber - a entrevista, os exames realizados, a obtenção do consentimento e os tratamentos médicos aplicados ao paciente. Os comentários acrescem a estes exemplos, a identificação dos profissionais que atenderam o paciente⁽⁸²⁾.

reconhecidos de qualidade ética e científica que devem ser respeitados na conceção, na realização, no registo, na notificação, na publicação e na revisão dos estudos clínicos que envolvam a participação de seres humanos.

⁸¹ 8:109 (1) DCFR: “O prestador deve criar o documento com a história clínica de forma adequada, incluindo a informação recolhida, exames, consultas e informação relevante ao consentimento informado sobre o tratamento prestado; (2) O prestador do serviço deve: (a) proporcionar ao paciente ou se este for incapaz de dar o consentimento; à pessoa ou instituição o acesso ao ficheiro clínico; (b): responder, na medida do razoável, a perguntas sobre a interpretação dos documentos. (3) Se o paciente sofreu lesões e alega que são consequência do incumprimento por parte do prestador da obrigação de competência e diligência, e este último não cumpriu o disposto no n.º 2, presume-se que houve incumprimento da obrigação de competência e diligência, assim como uma relação causal entre esse incumprimento e a lesão. (4) Deve conservar-se por 10 anos [...]”

⁸² *Model Rules...*, Full Edition, Comentário A, p. 2001. A identificação do profissional que assiste o paciente constitui uma informação essencial que não é contemplada em lei nacional de direitos dos pacientes na maioria dos países europeus. A relevância deste preceito está de acordo com o IV.C. 8:111 DCFR (“Obligations of treatment-providing organisations”), que estende à Instituição de saúde a responsabilidade civil por incumprimento das obrigações do profissional, se esta não puder identificar o profissional que contratou com o paciente.

A finalidade desta documentação é dupla: por um lado, proporcionar informação relevante para outros profissionais ou familiares do paciente, para a administração pública nos casos de riscos para terceiros - o parágrafo (6)⁽⁸³⁾, obriga o profissional a revelar essa informação a outras pessoas que não o paciente. Por outro lado, a história é a fonte principal de informação para uma acção de responsabilidade por incumprimento das obrigações do prestador do serviço. Serve não só os interesses das partes como do tribunal.

Esta regulação da relação contratual entre o prestador de serviço e paciente, nos termos do parágrafo (2), limita-se a impor àquele uma obrigação consistente em garantir o acesso⁽⁸⁴⁾ a essa informação e, a prestar as informações relacionadas com o seu significado. Outra questão que os comentários levantam, é se também se deve ter acesso às anotações subjetivas dos profissionais e, se esse acesso à ficha clínica, deve ser feito mediante a colaboração do prestador de serviço⁽⁸⁵⁾.

O parágrafo (4) considera razoável que tais obrigações sejam exigíveis durante 10 anos⁽⁸⁶⁾, desde o fim do tratamento, sem prejuízo de se prolongar no caso de interesse médico, para o paciente ou familiares, ou interesse geral (por ex., tempo de

⁸³ IV.C.- 8:109 (6) DCFR: “O prestador do serviço não poderá revelar a terceiros informação sobre o paciente ou outras pessoas envolvidas no tratamento, salvo nas situações necessárias para proteger terceiros ou o interesse público. O prestador do serviço poderá utilizar o ficheiro clínico de forma anónima para fins estatísticos, educativos ou científicos”.

⁸⁴ Nos termos do §630g BGB (“Einsichtnahme in die Patientenakte”), o paciente tem direito de acesso imediato ao ficheiro clínico. A recusa deve ser motivada e, em caso de morte, este direito transmite-se aos herdeiros, salvo vontade diversa do paciente. De salientar que em Portugal o acesso é indireto e apenas às notas objetivas e através de outro médico.

⁸⁵ DCFR, cit., Comentário B, p. 2003.

⁸⁶ Igual período de tempo no §630f (3) BGB (“Dokumentation der Behandlung”).

revelação de sintomas de exposição a certos riscos ou motivos genéticos).

Uma deficiente informação contida na ficha clínica pode fazer supor um incumprimento da prestação principal médica se o prestador do serviço, guiado por essa informação, presta uma assistência médica defeituosa. Se a informação defeituosa não é imputável ao prestador, mas a outro profissional que atendeu o paciente noutra fase, não é claro que o primeiro deva ser responsável pelos danos derivados da assistência. Neste caso parece apropriado fazer responder o hospital pelo mau funcionamento do serviço em conjunto, sem prejuízo da responsabilidade civil extracontratual do profissional que elaborou a ficha clínica de forma defeituosa.

O parágrafo (6) impõe ao prestador de serviço uma terceira obrigação: a de segredo sobre o conteúdo da história clínica em relação a terceiras pessoas diferentes dos representantes legais do paciente (os comentários referem as companhias de seguros ou o empregador, se foram estes a contratar com o prestador do serviço médico)⁽⁸⁷⁾. Não obstante, o DCFR admite exceções baseadas nos interesses de terceiros e no interesse público (por ex., doenças infecciosas) — questão que remete para os deveres de cuidado do médico para com terceiros distintos do paciente.

Os comentários ao IV.C. - 8:107, em matéria de exceções à obrigação de informação, deixam claro que o destinatário da informação é, nestes casos, o paciente. A regra, em matéria de história clínica, parece permitir que terceiros sejam destinatários diretos da informação. A obrigação de segredo não impede que o prestador utilize a informação sobre a história clínica de forma anónima para fins estatísticos, educativos ou científicos.

⁸⁷ Ver *supra* IV.C.-8:101 DCFR em relação ao âmbito de aplicação do contrato de serviços médicos.

Destas três obrigações descritas, só o alcance da obrigação de segredo pode ser modificada pelas partes em prejuízo dos interesses do paciente — por ex., porque o paciente consente⁽⁸⁸⁾, que se utilize a informação, incluindo a sua identificação.

IV.C. - 8:110: “Remédios em caso de incumprimento”

Por um lado, esta regra⁽⁸⁹⁾ remete para a regulação geral sobre incumprimento do Livro III⁽⁹⁰⁾, capítulo 3⁽⁹¹⁾ e, para a regra especial em matéria de serviços, sobre direito de resolução unilateral pelo cliente, com ou sem justa causa (Art. IV.C.-2:111⁽⁹²⁾ e Art. III.1:109 (3), sobre resolução unilateral mediante notificação prévia e, com o Art. III.3:510⁽⁹³⁾ e ss, sobre os efeitos da restituição⁽⁹⁴⁾ da resolução em geral). Por outro lado, o Art. IV.C.-8:110 define dois requisitos para a suspensão e para a resolução do contrato no caso do prestador do serviço. Por parte do paciente: se o contrato for defeituoso ou houver incumprimento total da prestação imputável a negligência do prestador, o paciente pode suspender o cumprimento da sua obrigação de pagar o serviço, solicitar o cumprimento ou resolver o contrato por incumprimento defeituoso ou

⁸⁸ Por exemplo, Art. 7:457 (1) BW: “Obligation of secrecy” — “[...] the care provider ensures that persons other than the patient are not provided with information about the patient or with access to or copies of the documents....without the patient’s consent”.

⁸⁹ IV.C.-8:110: “Incumprimento: Em caso de qualquer incumprimento deste contrato, aplica-se o capítulo 3 do Livro III (preço inferior se cumprimento defeituoso ou suspensão) e I.V.C.- 2:111 (resolução pelo cliente).”

⁹⁰ Book III: “Obligations and corresponding rights”.

⁹¹ Chapter 3: “Remedies for non-performance”.

⁹² IV.C.-2:111 DCFR: “Client’s right to terminate”: (1): “The client may terminate the contractual relationship at any time by giving notice to the service provider; (2): The effects of termination are governed by III.-1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (3)”.

⁹³ DCFR Full Edition, Vol. I, p. 843.

⁹⁴ Art. III. - 3:510 DCFR: “Restitution of benefits received by performance”.

substancial - com a consequência da devolução de todo ou parte do preço em função do contrato em conjunto ou só na parte defeituosa - ou o paciente pode cumprir a sua obrigação mediante redução do preço. A acção por incumprimento, nestes casos, é compatível com o Art. III.-3:102 DCFR⁽⁹⁵⁾.

Para além desta solução contida na parte geral do Livro III, o IV.C.- 8:110 remete para a parte especial do Art. IV.C.-2:111 sobre o direito de resolução do cliente. Aplicado ao contrato de serviços médicos, o direito do paciente a terminar a relação jurídica devido a qualquer incumprimento por parte do prestador do serviço, nos termos do parágrafo (4)⁽⁹⁶⁾. As consequências jurídicas desta solução são referidas nos comentários⁽⁹⁷⁾. Primeiro, conforme o Art. III.-1:109, a resolução do contrato terá efeitos não retroativos ou seja, não afeta o que foi vencido antes da resolução e que constituem a contraprestação de uma prestação realizada, por exemplo, exames já realizados pelo paciente, honorários por consultas já feitas. Segundo, discutível é se o paciente está obrigado a pagar ao prestador uma indemnização por danos pelo fim do contrato, por exemplo, pelo custo de produtos adquiridos para o tratamento. O Art. IV.C.-2:111 impõe ao cliente, que resolve o contrato sem causa, esta obrigação. Não obstante, os comentários excluem esta regra para o paciente, com o argumento de que a prestação depende, em qualquer caso, do consentimento do paciente para o tratamento⁽⁹⁸⁾. Por parte do prestador de serviço: este capítulo 8 não refere as obrigações por parte do paciente. Nos

comentários são referidos dois, a saber, a obrigação de cooperação (IV.C.-2:103) e a obrigação de pagar. A obrigação de cooperação concretiza-se pela obrigação do paciente em fornecer ao médico as informações sobre o seu estado de saúde (IV.C.-8:102) e de cumprir as instruções para garantir o êxito do tratamento. Dado o carácter pessoal desta relação está excluída a execução específica do contrato.

O prestador do serviço não pode terminar o contrato médico, se esse facto causar sérios perigos para a saúde do paciente. Em vários sistemas jurídicos existem restrições ao direito do prestador terminar o contrato, no entanto este direito é reconhecido ao paciente a qualquer momento.

Na Holanda, é reconhecido ao prestador o direito a terminar o contrato apenas por razões importantes (art. 7:460 BW), por exemplo por reforma profissional, se o paciente altera a sua residência para outra região ou se a relação de confiança entre as partes se perdeu devido a divergências acerca do tratamento.

Em conclusão, na maioria dos sistemas nacionais é reconhecido ao paciente a faculdade de terminar o contrato a qualquer momento. Ao prestador do serviço, é facultado esse direito de forma restrita e por razões motivadas e importantes, apenas e só se não causar danos ao paciente e até ser garantido um outro médico.

IV.C. - 8:111: “Responsabilidade central da instituição”

Os comentários a este artigo⁽⁹⁹⁾, deixam claro que se aplica àqueles casos em que o profissional

⁹⁵ “Cumulation of remedies”.

⁹⁶ IV.C.-2:111 (4) DCFR: “When the client was not justified in termination the relationship, the termination is nevertheless effective but, the service provider has a right to damages in accordance with the rules in Book III”.

⁹⁷ DCFR, Full Edition, cit., pp. 2016 ss.

⁹⁸ *Idem, ibidem*, Comentário C, p. 2016.

⁹⁹ IV.C.-8:111 (1) DCFR: “Se durante o cumprimento das obrigações previstas no contrato de serviços médicos se realizam actividades num hospital ou nas instalações de outro centro de saúde, e o hospital ou esse centro não são parte do contrato de serviços médicos, deve ficar claro para o paciente que não são parte contratante. (2) Quando não seja possível identificar o prestador do tratamento, o hospital ou centro em que foram prestados o serviço são considerados como o prestador

que contratou com o paciente presta os serviços num hospital ou clínica e com o qual não tem uma relação laboral ou de dependência funcional ou profissional. Os contratos de prestação de serviços médicos estão desenhados para contratos celebrados entre paciente e profissional de saúde. O capítulo 8 ocupa-se da responsabilidade do hospital, não como parte do contrato de serviços médicos, mas como titular das instalações e dos recursos materiais necessários para executar o tratamento médico contratado com o profissional. Esta regra, com o objetivo de proteger o paciente, estende a responsabilidade contratual do profissional ao hospital se, o paciente não puder identificar a quem pode exigir a responsabilidade (par 1 e 2). Impõe-se, sobre o hospital, a obrigação de identificar, a pedido do paciente e num prazo razoável, o profissional que prestou a assistência médica, suportando sozinho as consequências de uma má prática médica que não lhe seja imputável, se não prestar essa informação⁽¹⁰⁰⁾. A regra do parágrafo (2) é inspirada no art. 3.º, n.º 3⁽¹⁰¹⁾ da Diretiva 85/374/CE, de 25/07/1985 em matéria de responsabilidade civil por produtos defeituosos⁽¹⁰²⁾.

Apenas alguns sistemas jurídicos prevêem a responsabilidade civil dos hospitais e clínicas. As-

sim, por exemplo, na Holanda, o art. 7:462 BW estabelece essa responsabilidade, ou seja, se o tratamento é executado num hospital⁽¹⁰³⁾, a instituição de saúde é (sempre) responsável pelos danos causados ao paciente, mesmo se esse hospital não é parte contratante. Se o dano é causado por um profissional independente ao quadro laboral do hospital, que contratou com o paciente, o hospital onde o tratamento foi executado é responsável por esse dano sofrido pelo paciente.

Igual responsabilidade dos hospitais públicos existe em França, Espanha e Itália. Na Finlândia e Suécia esta regra não é importante uma vez que existe o regime de compensação dos pacientes — mas também não é permitido tratamentos por médicos independentes ao hospital.

Na Holanda, se o hospital é a parte contratante (art. 7:446 BW) é o responsável pelos erros das pessoas contratualmente obrigadas, pela utilização das suas instalações. Não é relevante se existe ou não relação laboral com o hospital. Se o hospital não é parte no contrato (porque o médico contratou ele mesmo), é responsável como se fosse parte, nos termos do art. 7:462 (1) BW, que estabelece que se no processo de execução das obrigações contratuais derivadas de contrato médico, estas são efetuadas num hospital que não é parte, o hospital é responsável como se o fosse. Aqui não é importante para o paciente saber quem é o médico que executou o tratamento, ao contrário do IV.C.-8:111 DCFR, pois o paciente pode sempre interpor ação de responsabilidade do hospital por erros cometidos pelo médico. Com esta responsabilidade, chamada de “Central Liability of the hospital”, nos termos do art. 7:462 BW, o paciente tem uma “central ad-

do serviço, salvo se o hospital informar o paciente, num prazo razoável, sobre a identidade do prestador do serviço. (3) As partes não podem excluir a aplicação deste artigo nem derrogar ou modificar os seus efeitos em prejuízo do paciente.”

¹⁰⁰ DCFR, Full Edition, Comentário C, p. 2010.

¹⁰¹ Quando não puder ser identificado o produtor do produto, cada fornecedor será considerado como produto, salvo se indicar ao lesado, num prazo razoável, a identidade do produtor ou daquele que lhe forneceu o produto. O mesmo se aplica no caso de um produto importado, se este produto não indicar o nome do importador referido no no 2, mesmo se for indicado o nome do produtor.

¹⁰² Sobre o Regime da Responsabilidade do Produtor e as especificidades do medicamento, ver Diana Montenegro da SILVEIRA, “Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos” in *Centro de Direito Biomédico*, 18, Coimbra editora, 2010, pp. 181-224.

¹⁰³ “Hospital”, nos termos do art. 7:462 (2) BW, engloba um centro de enfermagem, clínica dentária, casa de saúde mental, clínica abortiva, mas não uma clínica privada.

dress” a quem dirigir diretamente a sua queixa.

Do ponto de vista holandês, o art. IV.C.-8:111 DCFR, pode ser visto como uma desilusão, pois o DCFR limita a responsabilidade civil da instituição de saúde aos casos em que não identifica o profissional com que o paciente contratou e que prestou os cuidados médicos nas suas instalações. Ou seja, a base da responsabilidade que o DCFR regula, está no incumprimento por parte da instituição de saúde de uma obrigação diligente em identificar os profissionais que exercem medicina nas suas instalações. Por isso se justificaria que a identificação do profissional se configurasse como um conteúdo essencial da informação exigível pelo paciente⁽¹⁰⁴⁾.

Ao contrário da Holanda, que não estabelece regras sobre o ónus da prova⁽¹⁰⁵⁾, na Alemanha, a disposição do §630h BGB⁽¹⁰⁶⁾ sobre a distribuição

do ónus da prova, tem como objetivo, sistematizar uma norma específica sobre responsabilidade médica desenvolvida pela jurisprudência, que se aplica a todos os contratos de serviços médicos⁽¹⁰⁷⁾.

3. Conclusão

Feita a análise, ainda que resumidamente, dos pressupostos e consequências do regime do contrato de serviços aplicável aos tratamentos médicos, chegamos ao ponto de tecer algumas notas finais.

Conforme deixámos expresso ao longo da exposição, somos da opinião de que a determinação do regime jurídico aplicável ao contrato de serviços que se estabelece entre o prestador de serviços médicos e o paciente, deve ser claro, mediante a positivação na lei dos direitos dos pacientes, de modo a proteger melhor esses direitos, uma vez que a profissão médica se confronta hoje com uma nova geração de pacientes que não toma por garantido o que o médico diz e, neste sentido, guiar o médico/prestador- em assuntos mais detalhados sobre os direitos dos pacientes, face à inexistência de regras específicas. Estas, apenas se encontram no Código Deontológico, cujas regras regem o estado do conhecimento científico e técnico e o exercício da profissão médica.

Existem leis autónomas em matérias tão diversas como de informação e documentação, produtos defeituosos, segurança dos medicamentos e dispositi-

¹⁰⁴ Este regime de responsabilidade da instituição seria relevante em Portugal, p. ex., nas clínicas dentárias, que têm ao serviço auxiliares (contrato total se houver relação laboral), ou com profissionais independentes (contrato dividido). Sobre o tema, *Vd.*, ALMEIDA, Carlos, “Os Contratos Cíveis de prestação de Serviço Médico” in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1986, pp.85 e ss.

¹⁰⁵ HONDIUS, E., “The New Dutch Law...”, *ob. cit.*, pp. 6 e ss. No caso *Timmer v. Deutman*, de 20 de Novembro de 1987, o *Hoge Raad*, no entanto, tem desenvolvido uma orientação aproximada da inversão do ónus da prova, obrigando o médico a fornecer todos os documentos que possam orientar o paciente na prova da culpa do médico ou prestador do serviço.

¹⁰⁶ Tradução Inglês do §630h BGB: “*The burden of proof in case of liability for malpractice and errors in providing information*: (1): An error is to be presumed to have been committed by the treatment party if a general treatment risk has materialized which was fully manageable for the treating party and which led to the injury to the life, limb or health of the patient. (2): The treating party is to prove that he/she has acquired consent in accordance with section 630d and provided information in accordance with requirements of section 630e. If the information does not comply with the requirements of section 630e, the treating party may assert that the patient would also have consented to the measure had proper information been provided. (3): If the treating party has not recorded a medically-necessary major measure and its result in the medical records, counter to section 630f (1) or (2), or if, counter to section 630f (3), he/she has not retained the medical records, it is to be presumed that he/she has not carried out this measure. (4): If the treating party was not qualified to carry out the treatment which he/she performed, it is to be presumed that the lack of qualification was the cause of the occurrence of the injury to the life, limb or health. (5):

If gross malpractice has committed, and if this is susceptible as a matter of principle to cause an injury to life, limb or health of the nature which in fact took place, it is to be presumed that the malpractice was the cause of this injury. This also applies if the treating party omitted to take or record a medically-necessary finding in good time where the finding would with sufficient certainty have led to a result which would have given rise to further measures, and if failure to carry out such measures would have constituted gross malpractice”.

¹⁰⁷ Ver os trabalhos preparatórios a esta lei. BT- Drucksache 17/10488, de 15 de Agosto de 2012, p. 28, Disponível em (<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/104/1710488.pdf>).

vos, terapias não convencionais, a CEDHbio, entre outras leis que reforçam os direitos dos pacientes, onde se integra parcialmente o conteúdo do contrato.

Também é de referir que a codificação de uma lei de direitos dos pacientes facilita o conhecimento desses direitos, de modo a uma tutela mais eficaz e uma maior transparência e segurança jurídicas. Efetivá-los através de uma codificação de orientações jurisprudenciais, promovendo uma cultura de erros evitáveis, aumentando os direitos face às instituições com uma maior participação da informação dos pacientes, com base em princípios de repartição do ónus da prova, diminuindo uma medicina defensiva. Como na Holanda e Alemanha, outros países⁽¹⁰⁸⁾ seguiram o mesmo modelo contratual e também tipificaram o contrato de prestação de serviços médicos (contrato nominado) no Código Civil.

No regime vigente em Portugal, a jurisprudência ainda não está consolidada, principalmente em relação ao consentimento informado⁽¹⁰⁹⁾ e à responsabilidade pelo risco dos hospitais públicos, sendo neste caso de considerar, de *lege ferenda*, a possibilidade de se celebrar sempre um contrato entre o paciente e o hospital, à semelhança do regime holandês⁽¹¹⁰⁾. Assim, evitar-se-ia a disparidade de regimes de responsabilidade médica e as incertezas que daí advêm para os pacientes. Seria uma boa forma de se superar a dificuldade económica em se estabelecer um regime de compensação por

¹⁰⁸ Consultar (<http://europatientrights.eu/types/general-overview-of-types-of-legislation.html>).

¹⁰⁹ Recentemente, vd. Acórdão do STJ de 2/6/2015, Proc. 1263/06.3TVPR.T. PL.SI, sobre a violação do consentimento informado no âmbito da medicina voluntária (Clara Sottomayor).

¹¹⁰ Responsabilidade Central da Instituição de Saúde. Cf. Art. 7:462 Burgerlijk Wetboek: “O hospital (público ou privado) é sempre responsável civilmente face ao paciente, mesmo relativamente a cuidados de saúde prestados por profissionais de saúde independentes, sem vínculo funcional ao hospital, ou seja, não auxiliar da clínica, no âmbito de um contrato dividido, ainda que com desconhecimento por parte do hospital”.

seguro, independente de culpa, como nos países nórdicos⁽¹¹¹⁾, bem como a questão sempre difícil da distribuição do ónus da prova.

Concluimos assim pela codificação no Código Civil português de um contrato de prestação de serviços médicos, adequado às especificidades sociológicas e políticas vigentes, tendo em conta que uma transplantação *tal qual* de um regime jurídico para outro, possa trazer mais dificuldades do que simplificação.

Tipificar um contrato especial, em geral tenderá a reduzir a flexibilidade inerente ao direito contratual. Mas, uma vez que, a jurisprudência nem sempre tem soluções satisfatórias, não vemos que esfriar o *status quo*, como se fez na Alemanha, possa suscitar, entre nós, algum receio de causar mais problemas de classificação ou de não contribuir para melhorar ou, pelo menos, encontrar melhores soluções.

Constata-se que as condições para que um sistema jurídico possa superar o princípio da culpa são complexas e difíceis. Entre nós, a cultura jurídica é bastante tradicional, apoiada no direito comparado, principalmente, no direito alemão⁽¹¹²⁾. Os direitos dos pacientes, tendo por base, o direito do paciente a ser informado, a consentir ou recusar o tratamento, o direito a um processo clínico e o acesso à informação de saúde, ao sigilo médico e ao tratamento segundo as *leges artis*, necessitam de uma codificação unitária. Já em 1984, Jorge Sinde Monteiro, defendia a tipificação deste contrato médico⁽¹¹³⁾ e, em sede de responsabilidade médica,

¹¹¹ O “modelo sueco” baseado em sistemas *no-fault* de seguro coletivo, gratuito e extra-judicial, que prescindem da culpa como pressuposto do ressarcimento do dano médico.

¹¹² Para uma análise aos sistemas *no-fault* ver RUI CASCÃO, 1972: *Para Além da Culpa No Ressarcimento Do Dano Médico* in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 87, 2011, pp. 691-728.

¹¹³ SINDE MONTEIRO, “A Responsabilidade Médica em Portugal” in BMJ, 332, 1984.

que “deveriam os tribunais lançar mão das provas *prima facie*, uma vez que as dificuldades de prova da violação das *leges artis* e da causalidade são de tal ordem que deve haver lugar à facilitação da prova por presunções”.

Para tanto, sugerimos que se possa adotar um regime idêntico ao de outros ordenamentos jurídicos. Como o da Alemanha e do modelo europeu do DCFR, que analisámos ⁽¹¹⁴⁾. O rumo que a responsabilidade civil médica tem seguido revela cada vez mais uma maior consciência da relação desnivelada entre o médico e paciente e, por isso, é preciso encontrar soluções jurídicas que concedam maior proteção ao paciente. Apesar deste desenvolvimento da responsabilidade médica na Europa parecer espetacular, não deve ser exagerada. Quando se olha para a evolução da responsabilidade médica constata-se que houve mais mudanças nas últimas duas ou três décadas do século passado, do que na primeira década do século XXI. Nas palavras de Bernhard Koch ⁽¹¹⁵⁾, isto pode ser ex-

plicado, em parte, pelo facto do movimento dos direitos dos pacientes ter aumentado ao nível europeu, o que levou a que certos sistemas jurídicos tenham melhorado a situação dos pacientes que sofreram danos durante um tratamento médico e que não poderia ser suficientemente remediada com os instrumentos tradicionais de ressarcimento da responsabilidade civil contratual ou extracontratual. Por isso, a inversão do ónus da prova, uma menor exigência na prova e, a explosão da doutrina do consentimento informado são indicações dessa mudança, contudo não necessariamente com os mesmos graus em todos os países.

¹¹⁴ Só é provável que o DCFR influencie as legislações nacionais europeias em reformas amplas e de fundo. Em Portugal, o único ensaio de reforma do Código Civil não passou de uma fase muito preliminar, ver Reforma do Direito Civil, Ministério da Justiça, Almedina, 2005.

¹¹⁵ KOCH, BERNHARD A. (Ed.), *Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions in Tort and Insurance Law*, Vol. 29, De Gruyter, Berlin, 2011, pp. 611 e ss.

O DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE EM FACE DA CRISE DO ESTADO SOCIAL

Andreia da Costa Andrade ¹

Palavras-Chave: *Direito à Proteção da Saúde – Crise – Eficiência – Complementaridade*⁽¹⁾

Keywords: *Right to Health – Crisis – Efficiency – Complementarity*

Resumo: *Se consideramos indispensável que o direito à saúde conheça consagração constitucional e figure de entre as prioridades da ação e intervenção do Estado na sociedade, acreditamos, todavia, que este direito deve adaptar-se e reconformar o seu conteúdo atentos os desafios e dificuldades colocados não apenas pelo contexto económico-financeiro, mas também pelas possibilidades abertas pelas inovações da biotecnologia. Na verdade, a consagração deste direito social não pode ser indiferente às mutações sociais e políticas registadas ao nível global adaptando-se às expectativas dos cidadãos, seja no que tange à sua efetividade, seja no que respeita à sua extensão. Pelo que, se apresenta uma proposta de complementaridade entre as entidades de natureza pública e privada que operam neste sector numa união disposta a assegurar a eficiência e eficácia dos serviços de saúde prestados aos cidadãos.*

Abstract: *The right to health must be constitutionally recognized and be among the priorities of the State's social policy. However, the content of this right content must be adapted to the challenges posed by the economic and financial crisis. The recognition of this right cannot ignore the current social and political changes at the global level and adapt itself to the expectations of citizens with regard to its effectiveness and scope. Therefore, the article presents a proposal for a complementarity*

¹ Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Investigadora Associada do Centro de Direito Biomédico da FDUC, Investigadora da STEMLAB, S.A..

solution between public and private entities operating in this sector in a union willing to ensure the efficiency and effectiveness of health services provided to citizens.

Considerações preliminares

O Direito afigura-se como instância de promoção, prevenção e proteção da vida em face dos fatores que a colocam em perigo, como seja a doença. Desde os primórdios da humanidade que procuramos enfrentar as ansiedades e receios que a morte e a doença provocam, sendo estas objeto de profundas reflexões filosóficas e tema central de preocupações teológicas. Da perspetiva do Direito importa tão só a ação destinada a promover e proteger a vida e, conseqüentemente a saúde, como bens jurídicos carentes de tutela. A sociedade ocidental tem levado cada vez mais longe esta intervenção sobre a saúde (como sinónimo de estender a vida com a maior qualidade possível) organizando um conjunto de práticas e normas dirigidas à restauração da saúde: a medicina. Do mesmo modo que se dotou de um quadro jurídico onde, mais do que estabelecer as regras que presidem na relação intersubjetiva entre médico e paciente, estatui esquemas complexos de prestação de cuidados médicos de modo geral e abrangente.

O direito à proteção da saúde ocupa hoje um lugar cimeiro no elenco das temáticas mais abordadas seja no círculo jurídico, seja no círculo so-

cial em termos gerais, merecendo a atenção e preocupação de todos e de cada um. Isto mesmo é comprovado pelas notícias que focam aspetos particulares deste direito. A título de exemplo veja-se a notícia publicada no Jornal Público que nos dá conta de que o serviço de saúde português desceu a sua cotação no *ranking* internacional organizado pela sueca Health Consumer Powerhouse. Acrescentando-se que, as «diferenças no acesso à saúde são uma das preocupações»⁽²⁾. Prova do escrutínio exercido pelos meios de comunicação social aos órgãos responsáveis pela efetivação do direito à proteção da saúde, bem como da atenção dispensada pela população em geral ao tema, é também o artigo publicado no Jornal Sol que noticia as conclusões do relatório do Observatório dos Direitos Humanos, em cujo texto podemos ler com maior detalhe as declarações da relatora Ana Ferreira explicando que os factos em análise apontam «não tanto para a ausência de recursos, mas sobretudo para a má gestão dos já existentes»⁽³⁾.

Não obstante a atual ênfase conferido à discussão da temática, o direito à proteção da saúde sempre mereceu destaque (agora redobrado) no leque de direitos fundamentais consagrados ao nível internacional, muito embora a sua formulação e posterior densificação seja recente. Seguindo o processo comum de formação de um direito fundamental e na qualidade de direito integrado naquele conjunto de normas que protegem a posição dos indivíduos e dos grupos de indivíduos face à atuação dos Estados e de atores não estatais por referência a princípios éticos o que legitima a sua

positivação nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, o direito à saúde emergiu da mobilização social dos indivíduos e de grupos que, com sucesso, lograram o reconhecimento formal na lei e nas linhas de força das políticas do direito à proteção da saúde. Nos dias de hoje, mais do que constatar os desafios que sempre colocam à sua efetivação, importa analisa-lo à luz das novas possibilidades abertas pelos conhecimentos biotecnológicos alcançados pela ciência e numa visão integradora dos vários sectores sociais.

1. O Direito à proteção da Saúde no ordenamento jurídico internacional

O Direito à Proteção da Saúde conheceu consagração como direito fundamental em vários documentos internacionais que, de entre um leque mais ou menos alargado, o integram na categoria dos direitos económicos, sociais e culturais demonstrando, por um lado o reconhecimento por parte da comunidade internacional da necessidade de tutela jurídica do bem essencial constituído pela saúde (seja de uma perspectiva individual seja de uma perspectiva coletiva) e, por outro, o esforço conjunto na efetivação deste direito que em muito contende com dignidade humana e a existência plena e livre desenvolvimento da pessoa⁽⁴⁾.

⁴ A propósito desta interação do direito à proteção da saúde com outros direitos fundamentais e da sua indispensabilidade para a efetivação dos mesmos, importa destacar que embora seja possível identificar e deslinhar várias categorias de direitos, deve reconhecer-se que todos os direitos fundamentais são interdependentes e inter-relacionados, não sendo possível determinar categorias estanques cuja violação não afete ou contenda com a efetivação de outros direitos. Em verdade, sempre que um Estado ou outro organismo negligencie ou viole de modo deliberado um direito fundamental dos indivíduos a sua conduta não fere de forma isolada um direito em especial. Importa ainda referir que o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais elencou 14 direitos humanos como «parte integrante do direito à saúde», que incluem «o direito à alimentação, habitação, trabalho, educação, digni-

² Notícia consultada a 28 de Janeiro de 2016, disponível em: <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/servico-de-saude-portugues-cai-para-20-lugar-em-ranking-internacional-1721424>.

³ Notícia consultada a 28 de Janeiro de 2016, disponível em: <http://sol.pt/noticia/494458/Morte-de-doentes-nas-urgencias-violam-direito-a-sa-de>.

1.1 Constituição da Organização Mundial de Saúde

A primeira manifestação do direito à saúde (como um direito social) sucedeu na Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, e desde então vem sendo incluído em vários tratados e declarações internacionais. No preâmbulo deste documento a saúde é definida como «um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade». Uma definição que coloca em evidência o caráter de indivisibilidade e interdependência dos direitos, sejam eles classificados com direitos civis, políticos ou econômicos, sociais e culturais, neste concreto domínio da saúde. No citado preâmbulo é ainda reafirmado que «o gozo do mais alto nível possível de saúde é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, opinião política, ou condição econômica ou social». A definição da OMS foi ampliada em 1978 pela Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados de Saúde Primários, que reafirmou fortemente a definição,

dade humana, a vida, a não discriminação, a igualdade, a proibição da tortura, privacidade, acesso a dados pessoais, e a liberdades de associação, reunião e movimento». Os direitos humanos foram divididos segundo diversa categorizações, sendo a mais comum a que distingue entre direitos econômicos, sociais e culturais e de direitos civis e políticos, não obstante tal categorização ser colocada em causa na prática. Com o intuito de relacionar o núcleo direitos humanos internacionalmente reconhecidos com a realização do direito à saúde, vem sendo proposta uma categorização de coerente com as áreas insitas à definição propugnada pela OMS para saúde, a saber, o bem-estar físico, mental e social. Nestes termos, é possível enquadrar o direito à saúde física com os direitos sobre a existência e integridade física dos seres humanos. Noutra vertente, da saúde mental, cabe o direito à autonomia como direito à liberdade de pensamento e ação dos indivíduos. E, por fim, no que respeita à saúde social, pode ser enquadrada nos direitos que envolvem interações sociais de indivíduos e grupos da família para o desenvolvimento político, cultural, e comunidades internacionais. Também esta categorização revela dificuldades visto que procura reduzir a estratos estanhos os direitos implicados no amplo exercício do direito à saúde nos termos em que a OMS definiu saúde. Bem como, ALEXY, Robert, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, trad. por Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

chamando-lhe «um direito humano fundamental» e acrescentando «que a realização do mais alto nível possível de saúde é uma meta mundial mais importante social cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor da saúde». A Declaração de Alma-Ata também contém um compromisso para desenvolver progressivamente sistemas de saúde abrangentes para garantir a distribuição eficaz e equitativa dos recursos para a manutenção da saúde.

1.2. Declaração Universal dos Direitos do Homem

Também no seio da ONU e com o intuito de prosseguir o escopo de proteção e respeito universal e efetivo dos direitos do homem foi proclamada a DUDH como:

«ideal a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem (...) por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover (...) o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos»⁽⁵⁾.

De entre os trinta artigos que consagram um conjunto princípios de liberdade, dignidade, fraternidade, igualdade e de não discriminação, bem como um conjunto de direitos e liberdades de caráter pessoal e cívico e direitos econômicos sociais e culturais, destaca-se, para o que aqui nos interessa o direito de «toda a pessoa à proteção à saúde» estatuído no artigo 25.º, 1. da DUDH. Este direito à proteção da saúde e a cuidados médicos foi erigido com base na definição de saúde propugnada pela OMS anos antes, a que já tivemos oportunidade de nos referir, e é caracterizado como um estado de completo bem-estar físico, mental e social.

⁵ Preâmbulo da DUDH.

1.3 O Pacto Internacional Direitos Económicos, Sociais e Culturais

O PIDESC é o principal tratado da ONU que reconhece o direito internacional à saúde ⁽⁶⁾. Desde que o pacto entrou em vigor em 1976, os decisores políticos internacionais e estudiosos da temática dos direitos humanos vêm procurando construir mecanismos tendentes a efetivar os direitos proclamados no PIDESC. No que ao direito à saúde tange, e de acordo com o artigo 12. do PIDESC, este inclui «o gozo do mais alto nível possível de saúde física e saúde mental». Vale a pena notar aqui que a aparente tensão entre a definição ampla de saúde proposto por OMS, que inclui a noção de bem-estar social, bem como a definição mais restritiva estabelecido no PIDESC reflete os propósitos muito diferentes destes dois documentos. A definição da OMS projeta uma visão do estado ideal de saúde como uma meta eterna e universal para cuja concreti-

zação se terá de envidar todos os esforços continuamente. Por sua vez este normativo requer que todos Estados Parte «reconheçam esse direito de todos». E, não obstante resultar claro na doutrina jurídica internacional que o direito à saúde não corresponde a um direito a ser saudável (até porque ser saudável resulta da confluência de fatores nem sempre determináveis pelos organismos supra individuais, como seja a predisposição genética de cada ser humano), este direito reconhecido, por mais básico que se afigure necessitou ainda assim de densificação para a sua eficácia e efetivação não fosse comprometida.

Nesse sentido, o Comité dos Direitos Económicos Sociais e Culturais (CDESC) adotou em 2000 uma observação geral sobre o conteúdo normativo do direito à saúde internacionalmente consagrado, realçando a sua dimensão garantística ⁽⁷⁾. Na Observação Geral n.º 14 do CDESC ⁽⁸⁾ é delineado o conteúdo para o direito internacional para a saúde e sua implementação e execução. Além de esclarecer a responsabilidade governamental para políticas, programas e práticas que influenciam as condições necessárias para a saúde dos indivíduos, estabelece os requisitos para a prestação de serviços de saúde, incluindo a sua disponibilidade, acessibilidade, acessibilidade e qualidade, fornecendo ainda orientações para a aplicação prática do artigo 12.º do PIDESC e propondo um quadro de acompanhamento indicando os caminhos em que a res-

⁶ A Assembleia Geral da ONU adotou este instrumento jurídico em 16 de Dezembro de 1966, tendo entrado em vigor em 03 de Janeiro de 1976 com a ratificação ou adesão de trinta e cinco nações. A celebração da convenção teve como principal objetivo dar resposta a preocupações reais concernentes com os fracos progressos registados no sentido do combate à pobreza no mundo desde a criação das Nações Unidas. Isto porque, apesar dos progressos significativos desde a criação das Nações Unidas na abordagem aos problemas que afetam uma grande parte da população humana, o facto é que perto de um bilião de pessoas vive ainda em circunstâncias de extrema pobreza, sem habitação condigna, exposta à fome e desnutrição, desemprego, analfabetismo e doenças crónicas. Mais de 1,5 biliões de pessoas não têm acesso a água potável limpa e saneamento; cerca de 500 milhões de crianças não têm acesso à educação primária; e mais de um bilião adultos não sabem ler nem e escrever. Estes números divulgados na página oficial da ONU na internet revelam o grau de marginalização de populações expostas a sérias privações de bens essenciais e de direitos fundamentais, isto apesar do contínuo crescimento económico global e o desenvolvimento tecnológico registado. Dados que levantam sérias questões, não apenas em relação ao desenvolvimento, mas também em relação à base direitos humanos. Destes factos desoladores nos dão conta diariamente os meios de comunicação social, mas acima de tudo, os relatórios anualmente publicados pelos órgãos da ONU que no terreno contactam e avaliam a realidade das populações.

⁷ A este propósito veja com maior detalhe VALE, Luís António Meneses Malheiro do, *Sobre o sentido jurídico do acesso aos bens sociais fundamentais: a 'jurisprudência doutrinária' da ONU em matéria de saúde*, in *e-cadernos ces* [Online], 15 | 2012, colocado online no dia 01 Março 2012, consultado a 20 Janeiro 2016. URL: <http://eces.revues.org/971>; DOI: 10.4000/eces.971.

⁸ Adotamos em texto a designação abreviada, para consulta e informação mais desenvolvida sobre o texto citado *vide* COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *The right to the highest attainable standard of health*, de 11-08-2000, UN. Doc. E/C.12/2000/4. (General Comments).

ponsabilidade do Estado pode ser implementado através da legislação nacional.

Com base na tipologia do conteúdo dos direitos humanos sociais desenvolvida por Asbjorn Eide⁹ em 1987, a Observação Geral n.º 14 impõe três tipos ou níveis de obrigações aos Estados tendentes à efetivação do direito à saúde: as obrigações de respeitar, proteger e realizar¹⁰.

A Observação Geral n.º 14 dirige-se à implementação e concretização do direito à saúde nas sociedades, nesse sentido impõe aos Estados o dever de «tomar todas as medidas necessárias para garantir que todos tenham acesso aos cuidados de saúde, bens e serviços para que eles possam desfrutar, o mais rapidamente possível, do mais alto nível possível de saúde física e mental saúde». Esta implementação requer ainda

«a adoção de uma estratégia nacional para garantir a todos o gozo do direito à saúde, com base em princípios de direitos humanos que definem os objetivos da referida estratégia, e na formulação de políticas e correspondente direito de indicadores de saúde e indicadores de referência. A estratégia nacional de saúde também deve identificar os recursos disponíveis para atingir os objetivos definidos, bem como a forma mais rentável de utilizar esses recursos».

Esta estratégia nacional de saúde e o plano de ação deverá

«basear-se nos princípios de responsabilidade, transparência e independência do poder judicial, uma vez que

⁹ Veja-se a este propósito EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan; *Economic, Social and Cultural Rights*, 1995.

¹⁰ Em termos genéricos a obrigação de respeitar requer que os Estados partes que se abstenham de interferir, direta ou indiretamente, no exercício do direito à saúde. A obrigação de proteger impõe aos Estados parte a adoção de medidas que impeçam agressões ao direito à saúde por parte de terceiros. A obrigação de realizar exige dos Estados Partes a adoção de medidas de caráter legislativo, administrativo, orçamental, judicial ou outras adequadas à plena efetivação do direito à saúde. Quanto a este aspeto em particular veja-se VENTURA, Catarina Sampaio, *O direito à saúde internacionalmente conformado: a perspectiva de direitos humanos*, pp. 49 a 68.

a boa governação é essencial para a aplicação efetiva de todos os direitos humanos, incluindo a realização do direito à saúde. A fim de criar um clima favorável para a realização do direito, os Estados Partes devem tomar as medidas adequadas para garantir que o sector empresarial privado e da sociedade civil estão cientes, e considerar a importância de o direito à saúde em prosseguir as suas atividades».

1.4. Outros tratados no seio da ONU

Um direito à saúde também é reconhecido em muitos outros instrumentos jurídicos de direito internacional no seio da ONU que abordam as necessidades de populações historicamente vulneráveis que tantas vezes têm sido objeto de discriminação. Tais tratados incluem a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher¹¹, e a Convenção sobre os Direitos da Criança¹².

¹¹ Em relação à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, o texto do diploma é bastante incisivo quanto à garantia de acesso a planeamento familiar e outros serviços de saúde reprodutiva por parte das mulheres, veja-se o disposto nos artigos 11.1 al. f) e 12 da convenção: «O direito à proteção da saúde e à segurança no trabalho condições, incluindo a salvaguarda da função de reprodução (...) para eliminar a discriminação contra mulheres no campo dos cuidados de saúde, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso aos serviços, incluindo os relacionados com o planeamento familiar [e] garantir à mulher assistência apropriada em relação com a gravidez, ao parto e ao período pós-natal, concessão de serviços gratuitos, quando necessário, assim como adequada nutrição durante a gravidez e aleitamento». Neste mesmo sentido vai a Observação Geral do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que especifica com grande detalhe o conteúdo e extensão do direito à saúde das mulheres vítimas de discriminação.

¹² A Convenção sobre os Direitos da Criança é o mais extenso dos instrumentos internacionais ora em análise quanto a previsões normativas para os cuidados de saúde especificamente referidos a esta camada da população. De acordo com a convenção, as Partes devem reconhecer «o direito da criança de gozar do mais alto nível possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde». Acrescentando que Estados Parte devem «esforçar-se para garantir que nenhuma criança seja privada do seu direito de acesso a tais serviços de saúde». Estes devem incluir serviços de educação pre-

Todos estes tratados especificam no que respeita ao direito à saúde destes grupos de maior vulnerabilidade dois aspetos: (i) proibem a discriminação no fornecimento dos serviços de saúde; (ii) garantem níveis mais elevados de concretização do direito à saúde por meio do acesso a determinados tipos de serviços de saúde que revistam especial importância para a população em causa⁽¹³⁾.

1.5. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Ainda no que ao direito internacional diz respeito, destacam-se as disposições previstas acerca do direito à saúde na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que assume primordial relevância atento o impacto simbólico do texto que, qual constituição da Europa, se dirige aos povos da Europa, colocando o ser humano no centro da sua intervenção enquanto titular de direitos e deveres seja individual seja coletivamente.

A propósito do direito à proteção da saúde, dispõe o artigo 35.º, da CDFUE, que sob a epígrafe: *Proteção da saúde* estatui que:

«Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e ações da União é assegurado um elevado nível de proteção da saúde humana».

É nestes termos que a UE determina o acesso

equitativo aos cuidados de saúde preventivos, curativos e de reabilitação, nos mesmos termos que a Convenção de Oviedo⁽¹⁴⁾ já havia previsto no seu artigo 3.º subordinado precisamente ao acesso equitativo aos cuidados de saúde. Não devemos olvidar que o direito à saúde na Europa é tratado na magna carta dos direitos fundamentais numa leitura integrada do disposto no artigo 35.º, com o direito à integridade do ser humano previsto no artigo 3.º da mesma CDFUE. Em conjunto, e na expressão de André Dias Pereira, constituem uma «constituição europeia do Direito da Saúde»⁽¹⁵⁾, abordando aspetos tão essenciais como o direito à integridade física e mental, o direito à autonomia da pessoa humana, a proibição do eugenismo, o princípio da indisponibilidade do corpo humano enquanto bem suscetível de transação no tráfico jurídico, bem como a proibição de clonagem⁽¹⁶⁾.

¹⁴ Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina Adoptada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de Abril de 1997, e com entrada em vigor na ordem internacional: 1 de Dezembro de 1999.

¹⁵ PEREIRA, André Dias, *Um Direito da Saúde para a Europa?*, in *Debater a Europa*, Periódico do CIEDA e do CIEJD, em parceria com GPE, RCE e o CEIS20, n.º 2/3 Janeiro/Dezembro 2010 - semestral, p. 31, Disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>.

¹⁶ Não obstante a discussão e dúvidas suscitadas em torno da força jurídica formal das disposições nela contidas, sempre foi inegável a relevância da CDFUE na interpretação do sentido e extensão do direito à saúde na UE, sendo fator de conformação das políticas nacionais que se pretendem o mais uniformes e homogêneas possível de modo a que ser cidadão da Europa seja igual independentemente do Estado Membro onde se exerçam os direitos fundamentais. A propósito do exercício do direito à saúde por parte de cidadãos europeus em Estados Membros diferentes do seu Estado de origem, muito se tem escrito. Por esse mesmo facto, furtamo-nos ao tratamento de tal questão que, muito embora contenda com o exercício e gozo do direito à saúde por parte dos cidadãos da União, não está diretamente relacionado com a efetividade do direito dentro das fronteiras da mesma União e mais ainda, dentro dos limites políticos e orçamentais dos Estados. Para maior detalhe e desenvolvimento da questão, sem prejuízo de outras, veja-se PEREIRA, André Dias, *Um Direito da Saúde para a Europa?*, in *Debater a Europa*, Periódico do CIEDA e do CIEJD, em parceria com GPE, RCE e o CEIS20, N.2/3 Janeiro/Dezembro 2010 – Semestral, p.31, Disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>; LOUREIRO, João Carlos Simões. O direito à (proteção da) saúde, in *Estados*

ventiva e saúde abrangentes, cuidados de saúde pré e pós-natal para as mães e planeamento familiar. Além disso, os Estados Partes devem tomar medidas tendentes à abolição de «práticas tradicionais prejudiciais à saúde das crianças». Finalmente, o artigo 23.º estabelece direitos para o acesso gratuito a serviços de cuidados especiais para crianças com deficiência, incluindo cuidados de saúde e outros serviços para evitar barreiras financeiras para estas serviços.

¹³ Referimo-nos, a título de exemplo aos serviços obstétricos e ginecológicos, fundamentais para mulheres e crianças.

1.6. O Tratado de Lisboa

O Tratado de Lisboa foi assinado pelos 27 Estados Membros da União Europeia a 13 de Dezembro de 2007, preservando os direitos dos cidadãos já existentes, reconhecendo a par destes novos direitos e mecanismos para assegurar que estes são plenamente respeitados de acordo com o Princípio da Igualdade Democrática, definido como a igualdade entre todos os cidadãos e igualdade de atenção por parte das instituições, organismos, órgãos e agências da União, o Princípio da Democracia Participativa, que vem complementar o Princípio da Democracia Representativa, formando o direito de diálogo constante entre as instituições, os cidadãos e as respetivas associações representativas, direito a amplas consultas, etc.

É neste contexto que se estabelece o direito à proteção da saúde no seio do quadro comunitário, sendo a saúde assumida como uma área de competência que é claramente reforçada de entre as responsabilidades da União que passa a ter a responsabilidade de legislar, em certos casos, para assegurar um nível elevado de proteção da saúde. Nos termos do disposto no Artigo 6.º, do TFUE,

«a União dispõe de competência para desenvolver acções destinadas a apoiar, coordenar ou completar a acção dos Estados-Membros. São os seguintes os domínios dessas acções, na sua finalidade europeia: a) Protecção e melhoria da saúde humana (...).»

No amago do mesmo Tratado deve ainda destacar-se o disposto no Título XIV, que sob a epígrafe: *A Saúde Pública* integra no artigo 168.º (antigo artigo 152.º do TCE) o objetivo da UE de promover

um elevado nível de proteção da saúde por meio da execução das suas políticas e ações. De facto,

«A ação da União, que será complementar das políticas nacionais, incidirá na melhoria da saúde pública e na prevenção das doenças e afeções humanas e na redução das causas de perigo para a saúde física e mental. Esta ação abrangerá a luta contra os grandes flagelos, fomentando a investigação sobre as respetivas causas, formas de transmissão e prevenção, bem como a informação e a educação sanitária e a vigilância das ameaças graves para a saúde com dimensão transfronteiriça, o alerta em caso de tais ameaças e o combate contra as mesmas».

Importa nesta sede destacar o estatuído no ponto 7 deste mesmo artigo, atenta a sua relevância para o ponto seguinte em que abordaremos o direito à saúde da perspectiva dos ordenamentos jurídicos nacionais. Repare-se que, a União respeita as responsabilidades e opções dos Estados-Membros no que se concerne em específico à definição das linhas orientadoras das políticas de saúde, bem como à organização e prestação de serviços de saúde e de cuidados médicos:

«As responsabilidades dos Estados-Membros incluem a gestão dos serviços de saúde e de cuidados médicos, bem como a repartição dos recursos que lhes são afectados. As medidas a que se refere a alínea a) do n.º 4 não prejudicam as disposições nacionais sobre doação de órgãos e de sangue ou utilização dos mesmos para fins médicos».

2. O direito à saúde na ordem jurídica interna

Como acabámos de ver, a efetivação do direito à (proteção da) saúde assume um carácter marcadamente internacional, tendo na sua génese o reconhecimento em uníssono por parte dos Estados reunidos em organizações e estruturas *supra* nacionais, da sua essencialidade para o ser humano e da inevitável imbricação com outros direitos

em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no Centenário de seu nascimento. Vol. II, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. p. 657-692.

fundamentais, conquistas históricas irrepetíveis e irreversíveis. É inegável que um dos elementos conformadores do direito nacional dos Estados Membros que na área da saúde assume maior relevo é direito comunitário. Destas normas internacionais resultam para os Estados os deveres de respeitar, proteger e realizar o direito à saúde, como tivemos oportunidade de referir. No entanto, estes são deveres de carácter genérico relativamente aos quais os governos nacionais têm ainda uma ampla margem de manobra na modelação do conteúdo e alcance do direito à proteção da saúde, uma modelação deste direito fundamental amplamente dependente dos princípios e valores que conformam a ordem jurídica interna.

O direito à saúde foi acolhido pelos textos constitucionais ou pelas leis fundamentais de cada Estado Membro⁽¹⁷⁾ como diretriz política, objetivo de valor constitucional, direito subjetivo de defesa, de proteção, de participação, de prestação ou pura e simplesmente como direito pluriforme e polifacetado⁽¹⁸⁾, sem que tal signifique que uma ou outra forma é mais correta ou completa. Como muitos dos textos fundamentais elaborados sob a égide do crescendo doutrinal do Estado Social⁽¹⁹⁾, a nossa Constituição, para além dos clássicos direitos de liberdade ou também designados direitos de primeira geração, elenca ainda um conjunto alargado de direi-

tos sociais, os chamados direitos de segunda geração. Em Portugal, o direito à saúde apenas conheceu consagração constitucional expressa com a Constituição da República Portuguesa de 1976, nos termos do artigo 64.º sob a epígrafe «Saúde»⁽²⁰⁾.

Neste momento, e atenta a inserção sistemática do direito à proteção da saúde na lei fundamental do Estado Português, importa refletir quanto aos efeitos da crise económica e financeira sobre a efetivação deste direito social, que veio a determinar a redução do financiamento dos serviços de saúde prestados como meio de reequilibrar o orçamento público. É sobejamente conhecido o facto de a proteção e efetivação da generalidade dos direitos fundamentais (sejam eles integrados na categoria dos direitos, liberdades e garantias, seja dos direitos

²⁰ «1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. O direito à proteção da saúde é realizado:

a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;

b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;

b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;

c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;

d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;

e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;

f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência.

4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.»

¹⁷ Veja-se a este propósito no texto da constituição italiana no seu artigo 32.º, a belga no artigo 23.º/2; na lei fundamental espanhola no artigo 43.º, também no parágrafo 9. do preâmbulo da constituição francesa, na holandesa no artigo 22.º, n.º1; ou na constituição grega o 5.º/5 e 21.º/3.

¹⁸ VALE, Luís M. Menezes do, *O direito à saúde na União Europeia em perspetiva diacrónica: elementos para uma genealogia do artigo 35.º da CDFUE*, in *Nascer e Crescer – Revista do Hospital de Crianças Maria Pia*, ano 2011, Vol. XX, n.4, pp. 277-282, p. 280.

¹⁹ Quanto ao contexto em que surgiu e a evolução e os mais recentes desafios enfrentados por este modelo de Estado veja-se SILVA, Suzana Tavares, *Os Direitos fundamentais na arena global*, 2.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, pp.181 e ss.

económicos, sociais e culturais), implicar avultados encargos para o Estado⁽²¹⁾.

Antes de mais urge esclarecer que nos furtaremos a discussões alongadas sobre a refundação do estado social, não obstante ser uma temática que, pelo pendor político inerente, apela a uma saturada exposição. Na verdade, pretendemos tão só encetar uma proposta de efetivação do direito fundamental à proteção da saúde, conjugando os fatores de ponderação presentes na realidade económico-social e as premissas básicas plasmadas na CRP. A este propósito urge considerar desde logo o princípio da proibição do retrocesso. Isto porque, na esteira de Carla Amado Gomes, entendemos que a consequência mais imediata da crise económica instalada é a necessidade de o Estado retroceder no grau de concretização dos direitos sociais, sendo que esse retrocesso deverá ser gradual e criterioso, de modo que em si mesmo respeite o princípio da igualdade⁽²²⁾.

O Tribunal Constitucional teve oportunidade de se pronunciar acerca deste princípio referido à determinabilidade das normas constitucionais que impõe a criação do SNS no seu Acórdão n.º 39/84. O Tribunal Constitucional considerou inconstitucional o diploma (mais especificamente o art.17.º do Decreto-lei n.º 254/82 de 29 de Junho) que revogava parte substancial da lei que havia instituído o Serviço Nacional de Saúde (Lei n.º 56/79 de 15 de Setembro). De acordo com o Douto Acórdão, o Estado estava vinculado a abster-se de atentar contra a realização entretanto alcançada pelo direito à saúde, «o Estado não pode

voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor»⁽²³⁾. E conclui que a «revogação da maior parte da Lei n.º 56/79 traduz-se na extinção do SNS», contendendo esta medida legislativa com a garantia do direito à saúde, um direito social consignado no art.64.º da Constituição da República Portuguesa. Embora não seja afirmado expressamente, neste Acórdão é patente a adesão ao princípio da proibição do retrocesso social, pois no caso particular, o Tribunal Constitucional alegou o facto de

«a instituição de um SNS ser uma verdadeira imposição constitucional e não uma simples norma programática; aí se prescrevem concretas e definidas tarefas constitucionais ao Estado e não vagas e abstratas linhas de ação; e em causa estar a realização de direitos fundamentais, sendo a concretização legislativa já existente simplesmente revogada e não substituída por nova concretização».

A posição do Tribunal Constitucional nem sempre foi coerente. No Acórdão n.º 330/89 instado a pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade das normas que preveem a criação de taxas moderadoras do acesso aos cuidados de saúde pelos cidadãos o tribunal conclui pela compatibilidade da cobrança de taxas moderadoras com a realização da injunção constitucional de gratuidade do acesso ao SNS⁽²⁴⁾. Uma decisão notável tendo em conta que

81

²³ O texto dos acórdãos enunciados pode consultar-se na coletânea de MIRANDA, Jorge, *Jurisprudência Constitucional Escolhida*, Vol. I, Lisboa, pp. 895 e segs.

²⁴ Aquando da aprovação da Lei de Bases da Saúde, Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, o Tribunal Constitucional foi uma vez mais chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da imposição de taxas moderadoras do acesso aos cuidados de saúde prestados no SNS. No seu Acórdão n.º 731/95 (Acórdão publicado no Diário da República, II Série, de 26 de Março de 1996), o Tribunal manteve no essencial o sentido da jurisprudência publicada até à data concernente a este tema, considerando, portanto, que o SNS é verdadeiramente financiado pelo Orçamento do Estado não constituindo a imposição daquelas taxas uma repartição de custos com os utentes, mas apenas a racionalização da utilização do SNS e muito menos uma limitação ou restrição no acesso à prestação de cuidados médicos por cidadãos com menores capacidades económicas. No entanto, o tribunal na análise efetuada op-

²¹ Quanto a esta transversalidade de custos dos direitos fundamentais, seguimos de perto o propugnado por CASALTA NABAIS, José, *Reflexões sobre quem paga a conta do estado social*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano 7, 2010, pp. 51 e ss.

²² AMADO GOMES, Carla, *Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano 7, 2010, pp. 19 e ss.

à época, antes da revisão constitucional de 1989, a CRP previa a gratuidade, simplesmente, do SNS. Ainda assim, o Tribunal Constitucional, com demorada argumentação em torno da determinabilidade do conceito de gratuidade, considerou não ser incompatível com a previsão constitucional a imposição de taxas de racionalização da utilização, de moderação da procura dos serviços de saúde, por tal taxa não corresponder a uma contraprestação do serviço prestado, não preencher o conceito de pagamento de um preço. Sem delongas quanto ao que tenhamos por gratuito, deixaremos apenas nota para o raciocínio elaborado pelo Tribunal Constitucional no aresto em referência, aderindo ao entendimento de Jorge Reis Novais ⁽²⁵⁾.

No debate lúcido do conteúdo e extensão que se deva atribuir em cada momento aos direitos sociais e ao direito à proteção da saúde em especial, importa ainda considerar o Princípio da Dignidade

da Pessoa Humana como princípio constitucional fundamental na aferição do mínimo existencial. Apesar de este não ser um critério altamente densificador, podemos concluir que a Dignidade da Pessoa Humana apenas está concretizada no mínimo social a que o Estado fica vinculado (repare-se que não se vincula quanto aos meios, ou não é apontado um único caminho para a concretização deste direito) quando se verifica uma existência que possibilite o pleno gozo dos Direitos Fundamentais, especialmente quando seja possível o desenvolvimento pleno da personalidade. Porém, este entendimento não está imune a discussão e a nova (re)compreensões. Neste circunspecto, vem sendo suportada a conceção de Dignidade da Pessoa Humana como autonomia. Neste sentido Martha Nussbaum entende que a dignidade é inerente a cada pessoa, carecendo apenas da criação de capacidades para ser desenvolvida. Pelo que «promover capacidades é promover áreas de liberdade». Sob esta perspetiva, só uma política que promove as capacidades em matéria de saúde verdadeiramente respeita a escolha de estilo de vida da pessoa ⁽²⁶⁾.

Ainda no que tange á reflexão do conteúdo dos direitos sociais em geral, e do direito à proteção da saúde em particular, merecem ainda destaque os mais recentes princípios conformadores imbricados nos princípios da proteção da confiança, igualdade e dignidade. O princípio da sustentabilidade e da justiça intergeracional ⁽²⁷⁾. Estes são fatores incontornáveis a ter em conta na ponderação da extensão e conteúdo do direito à proteção da saúde, a

82

to por não considerar a alteração, que não é meramente linguística, no preceito constitucional que consagra o direito à saúde. Manteve a jurisprudência anterior, como se ela se tratasse afinal de uma antecipação da própria revisão constitucional de 1989. Na verdade, com a revisão constitucional de 1989, onde antes se lia: «através de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito» passou a ler-se «através de um serviço nacional de saúde universal, geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito». Entendemos pois que esta revisão constitucional operou um alargamento da margem de conformação do conteúdo do direito à saúde por parte do Estado, que se até à revisão constitucional tinha a possibilidade de estabelecer a cobrança de taxas moderadoras sem que isso afetasse o caráter gratuito do acesso ao SNS, pode agora, com maior legitimidade adaptar o conteúdo e extensão do mesmo direito de acordo com os novos critérios introduzidos na norma constitucional.

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis, *Constituição e Serviço Nacional de Saúde*, in *Direitos Fundamentais e Justiça*, n.º 11, Abril/Junho de 2010, pp.85-109. O conceito de gratuidade é analisado à luz da intenção e finalidade que subjazem à fixação de um custo para a prestação de cuidados médicos aos utentes. Assim, «se a intenção é transferir para o utente parte do preço do custo da prestação de cuidados médicos, então, por mínima que seja essa parte, a prestação não é gratuita e, como tal, seria inconstitucional». Em sentido oposto, «se a intenção é meramente a de dissuadir o utente de um recurso abusivo a tais cuidados, então, mesmo que a quantia a cobrar seja idêntica ou até superior, desde que não desrazoável, a prestação continua a ser gratuita e, enquanto tal, constitucionalmente lícitas».

²⁶ NUSSBAUM, Martha C., *Creating capabilities: the Human Development Approach*, Cambridge, 2011, pp. 25 ss.

²⁷ Para maior desenvolvimento destes dois princípios veja-se LOUREIRO, João Carlos, *Adens ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*, Coimbra, 2010, pp. 128 ss e 134; bem como o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 3/10 disponível para consulta em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100003.html>.

que nos dedicaremos adiante.

«Não será tempo de partir dos problemas para as soluções – privadas, públicas, associativas ou em parcerias – de perceber que os problemas públicos não têm (nem devem ter) necessariamente soluções estaduais?»

José Manuel Moreira ⁽²⁸⁾

3. Direito à Proteção da Saúde: velhos desafios e novas oportunidades

A análise eficiente do direito à proteção da saúde inclui obrigatoriamente considerações de cariz económico e ideológico a que dificilmente nos furtaremos. De facto, numa terminologia que se aproxima do vocabulário próprio dos economistas, a saúde representa no mercado uma fonte criadora de externalidades positivas e negativas. No sentido que, uma sociedade com indivíduos saudáveis é capaz de gerar maior rendimento que, por sua vez proporcionará abundância de bens, contribuindo para o bem-estar de todos. Mas esta observação de cariz económico não pode ofuscar o ideal de equidade de acesso que deve presidir à prestação de cuidados de saúde, pelo que o que verdadeiramente nos desafia é a imbricada ponderação a efetuar entre eficiência e equidade. Isto com vista ao cumprimento escrupulosos das injunções constitucionais sem olvidar as circunstâncias que marcam a conjuntura socioeconómica. É pois necessário compatibilizar o acréscimo de despesa para fazer face a necessidades crescentes num contexto de contenção de despesa pública com o intuito de lograr a sustentabilidade do sistema de saúde.

Em termos sintéticos poderemos agrupar os desafios (que não são recentes mas antes de longa data) colocados aos sistemas de saúde que, como

²⁸ MOREIRA, J. M., *Ética, Democracia e Estado*, Principia, Publicações Universitárias e Científicas, Cascais, 2002.

em Portugal visam garantir o direito à proteção da saúde dos cidadãos, em dois grupos consoante a origem: problemas externos como o envelhecimento da população, o acréscimo de gastos com a prestação de cuidados médicos, e o decréscimo do desenvolvimento económico dos países; a que associam os problemas de origem interna, inerentes ao funcionamento do próprio sistema de saúde. Esta visão simplista da realidade permite contemplar um conjunto amplo de países tenham eles adotado um modelo bismarckiano, ou beveridgeano, visto que todos enfrentam a insuficiência de fundos para despesas no sector da saúde ⁽²⁹⁾.

Não é novidade que o sistema de saúde em Portugal tem vindo a sofrer reformas que, no mesmo sentido aliás do que sucedeu com outros que se lhe assemelham, tendem a obter maior eficiência na utilização dos recursos e eficácia na construção de condições essenciais para uma sociedade saudável. Após a criação nos anos 70 do Serviço Nacional de Saúde, o sistema de saúde português adere ao modelo de inspiração beveridgeana. Mas as sucessivas reformas e transformações acentuaram um carácter misto, que foi carreado com o princípio da responsabilização financeira dos utilizadores, a que corresponde uma necessária supletividade do Estado como prestador. Na base desta alteração esteve a premissa de que «todo o cidadão deve contribuir para o pagamento das suas despesas de saúde de

²⁹ Em termos simples, nos países do centro da Europa – Alemanha, Holanda, Bélgica, França, Austria... - trabalhadores e entidades patronais descontam uma percentagem dos seus rendimentos para seguros sociais. Nos países escandinavos e do sul da Europa, influenciados pelo modelo apresentado por Sir William Beveridge ao Parlamento britânico em 1942, são os impostos que financiam os serviços de saúde, constituindo como tal prestação pública. A este propósito veja-se RAIMUNDO, Miguel Assis, *A administração da saúde em tempos de crise, in Crise e Direito Público, VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público*, Coord. Pedro Gonçalves, Carla Amado Gomes, Helena Melo, Filipa Calvão, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, Outubro de 2013, pp.133 e ss.

acordo com a sua capacidade financeira», como se pode ler no documento publicado pelo Ministério da Saúde em 1992 ⁽³⁰⁾.

Neste mesmo sentido, vem-se afirmando nos tempos hodiernos um beneficiário do serviço de saúde que se apresenta muito mais como consumidor de cuidados de saúde, mais amplos e inovadores como vemos adiante. Esta ideia de paciente-consumidor acarreta consigo um cariz de liberdade de escolha e de responsabilização individual pela promoção da sua própria saúde. De facto, o consenso que inicialmente imperou da criação e manutenção de um sistema que abrange tudo e todos não subsiste em face da ponderação a efetuar entre os cuidados de saúde a que em concreto se acede e o esforço económico exigido aos beneficiários do sistema de saúde. A solução tendente à manutenção do atual sistema marcado pela generalidade, universalidade e tendencial gratuidade poderá passar pela introdução de taxas moderadoras diferenciadas ou de co-pagamentos a estabelecer em função do rendimento disponível auferido pelos cidadãos ⁽³¹⁾.

Outra das vias de solução possíveis parte do pressuposto que a proteção da saúde é incumbência de um sistema que excede a Administração Pública em sentido amplo, passando esta proposta pela integração e utilização das estruturas (abundantes

e equipadas com tecnologia de ponta) privadas de prestação de cuidados de saúde numa lógica de horizontalização da eficácia dos direitos fundamentais. Dito de outro modo, a satisfação de modo cabal do direito à proteção da saúde não tem de ser entregue em exclusivo ao Estado, e suportado em exclusivo a expensas dos contribuintes. É possível que a sociedade civil, que perfilha uma política promotora da saúde e entende o valor (económico, também) da saúde, assumida de modo generalizado responsabilidade na efetivação deste direito social. Isto porque no momento presente, não importa vincar o carácter público ou privado da prestação de cuidados de saúde. O que releva verdadeiramente é desenhar um paradigma que integre meios de direito público e privado e que esteja ao serviço da efetivação do direito à proteção da saúde.

A mudança de paradigma no modelo de sistema de saúde (que corresponde ao modelo de gestão do SNS, enquanto principal encargo decorrente da consagração constitucional do artigo 64.º) e a realização do direito à saúde em Portugal, prende-se com razões de carácter geral afetam de vários modos o modelo do Estado implementado. Na verdade, no modelo que progressivamente se desenha, o Estado deixa de ser produtor e empresário e principal prestador de serviços públicos, para delegar a execução destas tarefas em empresas privadas ou em organizações não lucrativas, ou ainda em parcerias público-privadas cujo desenvolvimento da atividade fica sujeita à regulação e fiscalização do Estado.

Muito pertinente a chamada de atenção de João Loureiro ⁽³²⁾ para este processo de introdução de uma nova gestão pública, que afasta a tradicional

³⁰ Para maiores desenvolvimentos da atuação dos vários executivos sobre o direito à proteção da saúde veja-se SIMÕES, Jorge, e DIAS, Ana, *Gestão da Saúde e Despesa Pública*, in Nazaré Costa Cabral/Olívio Mota Amador/Guilherme Waldemar D' Oliveira Martins (Orgs.), *A Reforma do Sector da Saúde – Uma Realidade Iminente?*, Cadernos IDEFF, n.º 11, Coimbra: Almedina/IDEFF, 2010, pp.81 e ss.

³¹ VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *As Taxas Moderadoras e o Financiamento do Serviço Nacional de Saúde: Elementos para uma Perspectiva Constitucional*, in Nazaré Costa Cabral/Olívio Mota Amador/Guilherme Waldemar D' Oliveira Martins (Orgs.), *A Reforma do Sector da Saúde – Uma Realidade Iminente?*, Cadernos IDEFF, n.º 11, Coimbra: Almedina/IDEFF, 2010, pp. 101 ss.

³² LOUREIRO, João Carlos Simões. *O direito à (proteção da) saúde*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no Centenário do seu Nascimento*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 681.

“Administração Prestadora” para implementar no quadro de um Estado regulador mecanismos de direito privado na prestação de serviços económicos de interesse geral. Neste sentido, o exercício de tarefas públicas por entidades privadas, em especial a prestação de cuidados de médicos e promoção da saúde na aceção holística que lhe conferimos, não se traduz no desaparecimento completo de Estado neste setor. Na verdade, esta escolha pelo modo de prossecução dos fins sociais propugnados em instrumentos de direito internacional e na CRP é somente um modo, mais equilibrado e coerente com o panorama atual, de o Estado garantir a efetivação dos direitos dos cidadãos⁽³³⁾. A implementação deste modelo de empresarialização das tarefas cometidas ao Estado iniciou-se em Portugal com a integração da gestão dos hospitais do SNS em entidades públicas empresariais mas, acompanhando a tendência verificada na restante administração do Estado, ainda não se operou uma verdadeira transição por falta de mecanismos técnico-jurídicos que possibilitem a posterior fiscalização do cumprimento das obrigações inerentes à efetivação do direito à saúde dos cidadãos.

Em síntese, entendemos na esteira de Globkner que entre a ação pública e privada deve existir uma lógica de complementaridade e não de exclusão recíproca⁽³⁴⁾. Esta nova conceção de reúne um conjunto de normas de direito público e de direito privado poderá estar na origem de um novo ramo

do Direito que tem por escopo a regulação das relações em matéria do direito à proteção da saúde, de modo mais abrangente do que o que tradicionalmente se designa de Direito Médico. Estas normas funcionarão de modo independente do contexto em que surge a relação jurídica tendente à efetivação do direito à proteção da saúde, dispensando a tutela jurídica adequada à plena realização deste direito fundamental.

Em íntima conexão com os fatores de índole financeira e social explorados até aqui encontra-se o fator do desenvolvimento de inovações técnico-científicas na área da saúde. Todas as novas possibilidades abertas pela investigação e desenvolvimento das biotecnologias proporcionam conhecimentos e meios até então intangíveis que reconfiguram o conceito de saúde nos dias de hoje. Na verdade, a saúde não pode ser entendida como contraponto do conceito de doença por esta ser uma perspetiva redutora⁽³⁵⁾. Saúde deve hoje ser compreendida como um conceito integrado por uma estratégia de combate aos principais focos perturbadores da qualidade de vida dos cidadãos, pelo que se impõe a adoção de um plano tendente à melhoria da saúde da sociedade pela redução da mortalidade, morbidade e incapacidade; pela promoção de estilos de vida saudáveis e redução dos fatores de risco resultantes de variáveis ambientais, socioeconómicas, comportamentais ou mesmo genéticas.

Quando a OMS foi criada no intuito de tutelar a saúde ao nível mundial há mais de 50 anos, havia esperanças de que os antibióticos e os progressos

³³ Neste sentido, SIMÕES, Jorge, *Retrato político da saúde – Dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho*, reimpressão, Coimbra 2005, pp. 239 e ss.

³⁴ GLOBEKNER, Osmir António, *A saúde entre o público e o privado. O desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*, Curitiba: Juruá, 2011, apud RAIMUNDO, Miguel Assis, *A administração da saúde em tempos de crise*, in *Crise e Direito Público*, VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público, Coord. Pedro Gonçalves, Carla Amado Gomes, Helena Melo, Filipa Calvão, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, Outubro de 2013, pp.133 e ss.

³⁵ Sobre este binómio saúde e doença nas suas várias aceções veja-se LOUREIRO, João Carlos Simões. O direito à (proteção da) saúde, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no Centenário de seu nascimento...*, 2006. p. 657-692, p.662. De facto, saúde engloba a doença que nas perspetivas proporcionadas pela língua inglesa pode ser percebida como doença em termos médicos ou biológicos – *disease* – doença experimentada pelo paciente – *illness* – e doença da perspetiva sociocultural – *sickness*.

alcançados nas vacinas e tecnologia biomédica iria fornecer os meios suficientes para proporcionar aos indivíduos em todo o mundo o mais alto nível possível de saúde física, mental e social. Décadas passadas sobre esta visão das coisas, entende-se que a par da consideração das condições culturais, económicas, políticas e sociais, ao nível global e regional, deve ser ponderada nesta equação da saúde dos indivíduos ainda a eficácia das tecnologias e as novas possibilidades permitidas pelos avanços da genética.

É consensualmente aceite que as principais determinantes da saúde da sociedade e dos cidadãos são externas ao sistema de saúde implementado pelos governos nacionais, que funciona na verdade como meio último de combate às doenças. A promoção da saúde, enquanto tarefa apriorística a desenvolver com a maior urgência implica a adoção de estratégias que englobem a investigação e desenvolvimento na área da saúde e a integração das novas tecnologias com todos os benefícios (e riscos, é certo) que elas podem proporcionar (acarretar). A esta consciência geral da relevância das novas tecnologias na efetivação do direito à saúde acresce o reconhecimento crescente do direito a desfrutar dos benefícios do progresso científico e das suas aplicações, expressamente consagrado no PIDESC, artigo 15.º, n.º 1, al. b). Um direito que, sendo integrado nos deveres incumbidos aos Estados de proteção da saúde dos indivíduos, compreende um conjunto de obrigações tendentes à implementação de medidas indispensáveis à preservação, desenvolvimento e difusão dos avanços da ciência e da investigação biomédica.

As implicações deste direito a desfrutar dos benefícios do progresso científico para o direito à saúde vêm sendo abordadas recentemente no âmbito da problemática do acesso a medicamentos essenciais pelas populações carenciadas dos países em desenvolvimento. E vem ocupando lugar de

destaque na agenda de discussão de Organizações Não Governamentais, sendo citado a propósito das crescentes disparidades e desigualdades entre as populações dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento mo que ao acesso a cuidados de saúde básicos concerne, nomeadamente, terapias antirretrovirais e outras formas de tratamento de flagelos como seja a infeção pelo vírus HIV.

Para o que aqui nos interessa, e para além desta evidente necessidade de difundir os cuidados médicos e as técnicas mais recentes por todos os indivíduos, independentemente da sua nacionalidade ou das condições em que é exercido o direito à saúde no seu país, a relevância do direito a desfrutar dos benefícios do progresso científico é evidente quer no contexto dos Estados ditos desenvolvidos ou em desenvolvimento. Isto porque, se é certo que os países com menores recursos financeiros não têm acesso às tecnologias e inovações que são por regra dispendiosas, os Estados agrupados sob a designação de países desenvolvidos enfrentam hoje os desafios colocados pela crise financeira que não lhes permite realizar convenientemente esta tarefa de aplicação das inovações científicas em favor da saúde dos seus cidadãos, numa estratégia global de promoção do direito à saúde. O cumprimento pleno das obrigações a que estão sujeitos os Estados para realização do direito à saúde dos cidadãos impõe a adoção de uma política de investigação e desenvolvimento científico na área da saúde marcado pela complementaridade entre entidades públicas e privadas. Uma parceria marcada pela complementaridade, responsabilidade social

Atento o exposto, e na sequência do processo de globalização que vivemos hoje com a inerente privatização dos meios de produção, deve ser atribuído maior relevo à atuação dos atores não estatais atenta a sua capacidade de influenciar decisi-

vamente a saúde e a qualidade de vida dos cidadãos. Na verdade, as empresas na área da saúde dispõem de recursos económicos e beneficiam de economias de escala que lhes permitem operar uma circulação de conhecimentos e técnicas que não estão ao alcance dos Estados encerrados nas suas fronteiras territoriais. O papel dos Estados será o de garantir que a todos os indivíduos são garantidos seus direitos humanos básicos, incluindo o direito ao mais alto nível possível de saúde, mesmo quando esta obrigação seja cumprida por meio de serviços prestados por privados.

Creemos que no setor da inovação científica, essencial ao desenvolvimento dos meios capazes de proporcionar bem-estar aos indivíduos, deve o Estado encontrar uma solução adequada à efetiva realização plena do direito à saúde da perspetiva do direito a desfrutar dos benefícios do progresso científico que reconheça as limitações económicas dos poderes públicos e o potencial das entidades privadas conscientes da sua responsabilidade social.

«O debate crítico público é um requisito inevitavelmente importante de uma boa política pública, o papel e o alcance adequados dos mercados não poderá ser pré-determinado com base nalguma fórmula universal e genérica»

Amartya Sen ⁽³⁶⁾

³⁶ SEN, Amartya, *O desenvolvimento como Liberdade*, Lisboa, 2003, p. 137.

Considerações finais

À consagração expressa do direito à proteção da saúde nos sistemas jurídicos internacionais e nacionais não corresponde, como que por simples dedução silogística, a efetivação na prática deste direito. Na verdade, as definições demoradas do que venha a integrar o conceito da saúde e as obrigações impostas aos Estados não é garantia de que se consiga reunir os meios económico-financeiros imprescindíveis à realização do direito fundamental agora em análise. Necessário se torna implementar um modelo em que o Estado assuma com os restantes atores sociais um compromisso de promoção da saúde perspetivada sob as suas diversas implicações na esfera económicas, sociais, políticas, financeiras e jurídicas.

O Estado não deve ter receio de despir as suas vestes de prestador envergando de modo firme a veste de regulador, fiscalizador, a bem da prossecução do interesse público subjacente ao direito à proteção da saúde. O novo paradigma de proteção da saúde em Portugal deverá ser marcado pela eficiência, qualidade e abrangência dos cuidados prestados, liberdade e concorrência de mercado, permitindo-se a intervenção de todos os atores, sejam eles de natureza pública ou privada, disponíveis e capazes de contribuir com responsabilidade para este bem que assume muito mais um cariz misto do que individual. Neste inovador e complexo

sistema a construir o Estado está sempre presente como garante do bom funcionamento do mesmo e da realização dos direitos dos cidadãos.

VULNERABILIDADE E DIREITO DA SAÚDE: PALAVRAS INTRODUTÓRIAS

João Carlos Loureiro*

Ao iniciarmos este seminário sobre *Vulnerabilidade e Direito da Saúde*, que se conjuga na compreensibilidade de dois idiomas vizinhos, queremos assumir que, desde o princípio, se pretendeu organizar um evento que não correspondesse ao grande congresso – que tem o seu lugar próprio –, antes a oficina possibilitante de uma troca de ideias, onde se cruzam pessoas, experiências e tradições. Também aqui fizemos nossa a máxima *small is beautiful* (Schumacher), admitindo, em termos de participação, o alargamento aos investigadores do Instituto Jurídico, aos associados do Centro de Direito Biomédico e, no essencial, também a alguns doutorandos e mestrandos que, entrado de fresco o Verão, ainda percorrem os espaços dos Gerais.

Permitam-nos algumas palavras breves sobre este Seminário Luso-Espanhol, quando recebemos aqui, em acolhedor e académico abraço, Colegas de Sevilha, de Valência e de Madrid (neste último caso, a partir de Madrid, dado que se trata de uma universidade à distância, cujo âmbito é mundial). Especialmente da primeira Universidade, temos tido, no quadro do Instituto Jurídico, delegações que aportaram a Coimbra; também nós já fomos a

Sevilha procurando esboçar torres que nos permitam ver mais longe o quadro dogmático e teórico. São conceitualmente as nossas torres, a nossa Giralda, que evoca reminiscências interculturais, de uma civilização ocidental que não esquece conhecidas raízes árabes – na expressão de Adalberto Alves, “o meu coração [também] é árabe” – e ainda hebraicas, especialmente importantes no campo da medicina; mas também torres como a defesa, tão relevantes ao longo de séculos de história, de adquiridos que fazem parte de um direito da saúde que não se converta num mero nome que perde toda a substância e esquece ou, pelo menos, esvazia a dignidade da pessoa humana e trai as especiais exigências de tutela dos mais vulneráveis, cujos rostos, como diria Levinas, nos interpelam. Estas torres de defesa são simbolicamente evocadas aqui nas torres de Valência (*Torres de Quart*), parte da dúzia que integrava a muralha da cidade, que sucederam às 7 portas islâmicas. E também aqui temos ao lado da Universidade, debruçando-se sobre a Baixa, a fortificada Sé Velha, que se ergue altaneira sobre o rio.

Mas um direito da saúde que não esquece os desafios da nossa contemporaneidade, no arrojo das linhas e dos desafios que rasgam paisagens, arranhando o céu quais torres de Babel, simbolizados nas quatro torres de Madrid, que revelam riscos e oportunidades em tempos de “capitalismo tec-

* Investigador Responsável do Grupo 2 (Vulnerabilidade e Direito), *Projecto Desafios Sociais, Incerteza e Direito* (UID/DIR/04643/2013) e membro do Centro de Direito Biomédico. Arquivam-se aqui as palavras proferidas na cerimónia de abertura do Seminário Luso-Espanhol de Direito da Saúde – Vulnerabilidade e Direito da Saúde (Faculdade de Direito, 27 de junho).

noniilista” (Mauro Magatti). Torres que seriam, elas próprias, tomadas singularmente, objeto de reflexão no nosso campo. Limitamo-nos a dois exemplos:

a) Uma, paradigmaticamente chamada Torre Cristal, recorda-nos as imagens simplistas e reducionistas no campo genético: com a medicina preditiva ou predizente, falou-se de bola de cristal e “horóscopos ADN” e também de um “homem de cristal”, mutilando a complexidade;

b) Outra, que alberga a *Caja Madrid*, recorda-nos a relação entre dinheiro, poder e investigação no domínio da biomedicina e da farmácia e, por contraste, a vulnerabilidade dos pobres em termos de acesso à informação e aos cuidados de saúde. Tendo a assinatura de um Prémio Pritzker, Norman Foster, remete-nos para outra obra deste arquiteto inglês: a restauração do *Reichstag*, em Berlim, com a sua cúpula, que cruza transparência e sustentabilidade, com, pelo menos, duas lições para o direito da saúde: a necessidade de rejeitar um niilismo desconstrutivista, que deite fora o legado pacientemente construído, mas sem se enclausurar num *bunker* perante uma realidade em mutação, com os seus riscos e dúvidas; a importância da decisão política no território da saúde, evitando: a) legisladores temporalmente sófregos, que desconhecem a virtude da paciência; b) ou então incapazes de deixar as suas *siestas*, embalados por uma crença ingénuo na bondade do progresso; c) ou ainda, em sociedades complexas e fragmentadas, não tomando a sério quer o “diálogo político ecuménico” (Michael Perry) assente na participação dos cidadãos quer o labor dogmático e teórico no campo do direito da saúde e da bioética, ignorando sombras e sol da *faena* intelectual.

Os rios que evocamos hoje são os do conhecimento: não por acaso, nós, juristas, fizemos da palavra fonte(s) do direito parte essencial da cons-

tituição dos nossos ramos, também deste campo com raízes profundas no tempo, mas cujo nome se diz, não raro, no plural de uma rede conceitual: direito da saúde, aquele que se nos afigura mais compreensivo e adequado, roçando-se ou mergulhando noutros corpos como direito da medicina, do médico, direito da bioética (num registo que, como juristas, não apreciamos particularmente), biodireito ou sanitário, para referir apenas alguns.

As instituições expressam-se em rostos que as incarnam e que vão escrevendo as histórias que fazem a nossa história. Permitam-nos, que sublinhemos, *hic et nunc*, a alegria de recebermos os Colegas que nos visitam: Ana Marcos del Cano, Catedrática de Filosofia do Direito, da Universidade Nacional de Educación a Distancia e Diretora do Grupo de Investigação *Derechos Humanos, Bioética y Multiculturalismo*; José Manuel Sánchez Patrón, Professor Titular de Direito Internacional Público, da Universidade de Valência (que preside ao *Interest Group on International Biolaw* da *European Society of International Law*); Fernando Llano Alonso, Professor Titular de Filosofia do Direito, da Universidade de Sevilha e Diretor do Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía “Bioderecho Internacional”.

Uma palavra especial para Daniel García San José, Catedrático acreditado de Direito Internacional Público, também da Universidade de Sevilha, Coordenador da Rede de Excelência do RIECOM, que enviamos em jeito de SMS, que significa também *Saudades, muitas Saudades* e que hoje se expressa em votos de *Saúde, Muita Saúde (Salud, Mucha Salud)*. Um dos grandes autores que nos falou da vulnerabilidade, Hans Jonas, nesse *magnum opus* que é *O princípio responsabilidade*, aplicando-a à natureza como campo de responsabilidade humana, refere entre os tipos de responsabilidade a paternal e maternal (na imprópria fórmula em termos de

língua portuguesa, parental), a reenviar-nos para a procriação. É esta que Daniel, cuja palavra chegar-nos-á em registo de leitura de comunicação enviada, exercitará hoje de modo especial. Cabendo-lhe a iniciativa da proposta deste Simpósio, a fragilidade da condição humana associada às obrigações da familiaridade impedem-no de estar aqui para experimentar antes a dramaticidade da encarnação do tema, com o tempero da esperança e o horizonte de possibilidades da medicina.

Queremos também agradecer a todos os Colégas da Faculdade, que, integrando o Grupo Vulnerabilidade e Direito, prontamente disseram sim: André Dias Pereira, Professor de Direito Civil, Presidente do Centro de Direito Biomédico; Paula Távora Vítor, Geraldo Rocha Ribeiro e Rafael Vale e Reis, também civilistas, e Luís Meneses do Vale, que cruza o Direito Constitucional com a Teoria e a Filosofia do Direito.

Não querendo antecipar-nos aos mergulhos teóricos e dogmáticos anunciados no programa, limitamo-nos a sublinhar a relevância do mote proposto – *Vulnerabilidade e Direito da Saúde*. No primeiro grande projeto internacional do Centro de Direito Biomédico, encabeçado pelo Professor Peter Kemp, procurando identificar um conjunto de princípios éticos (preferimos dizer axiológicos) da bioética e do biodireito (designação que nos merece reservas, em face de um outro uso, centrado nos condicionalismos etológicos e sociobiológicos do direito, como ilustra a obra de Denis Touret) incluía-se no rol de princípios a vulnerabilidade, ao lado da dignidade humana, da autonomia e da integridade. Partindo da ideia de que a afirmação da autonomia na modernidade deixou na sombra a vulnerabilidade, recordava-se esta suscetibilidade de ser ferido, como desvela a etimologia. A palavra anda, não raro, confundida com a fragilidade

da condição humana e, no quadro da tecnociência, procura-se ultrapassá-la: não por acaso, no limite, propõe-se superar o próprio ser humano (pense-se no transhumanismo) e eliminar o envelhecimento, visto agora como doença, e a própria morte, procurando resolver intramundaneamente aspirações de imortalidade que povoam o nosso imaginário.

Uma palavra ainda em nome do Instituto Jurídico, na impossibilidade de contarmos com a presença física do seu Presidente, Senhor Doutor Rui Moura Ramos. O Instituto traz consigo memória centenária, que remonta a 1911, mas experimentou décadas de quiescência – como longa hibernação –, redespertando em realizado sonho por via da sua reconstituição em 2013. Sem ceder a um fascínio cabalístico, no quadro de um grande projeto (*Desafios Sociais, Incerteza e Direito*) em escrita até 2020, diz-se, em registo breve e necessariamente incompleto, em três linhas de pesquisa e sete grupos, a saber: Pessoa e Direito, organizada em dois grupos (o Direito e o Tempo; Vulnerabilidade e Direito); Direito, Risco e Sociedade Técnica, com uma estrutura tripartida (Contrato e Desenvolvimento Social; Risco, Transparência e Litigiosidade; as PME: promoção da inovação, crescimento e competitividade); finalmente, em registo dual, Transformação do Estado e Globalização (Crise, Sustentabilidade e Cidadanias; Globalização, Economia e Direito).

É, pois, no Instituto Jurídico que se insere o trabalho do grupo *Vulnerabilidade e Direito*, coordenador deste evento, partindo da experiência de dois centros associados (Centro de Direito Biomédico e Centro de Direito da Família), mas com autonomia e abrindo portas a outros projetos, no domínio penal (*errare humanum est*) e de vulnerabilidade em termos judiciais, nomeadamente processuais.

Terminamos abrindo, com palavras de Antonio Machado que, nascido em Sevilha, viveu também em Valência, socorrendo-nos de *Campos de Castilla* (CXXXVI, *Proverbios y cantares*, 1912):

“Nuestras horas son minutos cuando esperamos saber, y siglos cuando sabemos lo que se puede aprender”.

GUILHERME DE OLIVEIRA: A PROPÓSITO DE UMA HOMENAGEM FEITA ESTUDOS

João Carlos Loureiro*

Congregamo-nos aqui dando rosto à homenagem ao Doutor Guilherme de Oliveira, corporizada nos cinco volumes do *Direito da Saúde* que, pela palavra da Dr.^a Maria de Belém Roseira, serão formalmente introduzidos. Em nome dos Coordenadores da obra, sejam-me permitidas breves palavras: em primeiro lugar, de agradecimento; em segundo lugar, de explicação da génese e do sentido do projeto; finalmente, de porvir, sem ser sibila e não conseguir, à maneira de Padre António Vieira, escrever *História de Futuro*.

I. Agradecer é preciso ou sobre os dons assinalados

A primeira palavra de agradecimento é, naturalmente, para Guilherme de Oliveira. Sem ele, não estaríamos aqui. Saudamo-lo em registo de débito pelo seu trabalho, desde logo por ter proposto a fundação do Centro de Direito Biomédico, por o ter internacionalizado, por ter estruturado equipas de investigação que foram cartografando o direito biomédico em Portugal, não esquecendo também vocação europeia e cosmopolita, com especial destaque para o mundo lusófono.

A segunda é para os autores. Sem eles, o pro-

jeto não deixaria o universo digital de armazenamento ou limitar-se-ia a rabiscos empapelados que o tempo amareleceria, qual enfermidade de projetos traduzida em amnésia. E, como se perceberá em breve com maior clareza, o agradecer não se limita aos autores atuais, mas alarga-se aos que o são *in fieri* ou que virão ainda para a obra.

A terceira é para as Edições Almedina, que acolheram a obra e, com celeridade assinalável, a materializaram. Nascidas em Coimbra, pela mão de Joaquim Machado, cuja simpatia saudosamente recordamos, numa pequena livraria que continua a encarar a porta da cidade muralhada, adquiriram sotaque brasileiro, ao instalarem-se em S. Paulo. O Arco da Almedina abriu-se em ponte, permitindo uma presença reforçada em terras de Vera Cruz, onde, sem prejuízo do estranhamento de alguns, o direito português se entranhou na formação do que é hoje o Brasil. Coimbra, universidade primeira onde se teceu a formação de uma elite que fez Brasil, num encontro que depois a ponte aérea atlântica potenciou, estimulando diálogos fraternos, também no direito da saúde.

A quarta palavra de agradecimento é para a Dr.^a Maria de Belém Roseira, que se dispôs, desde a primeira hora, a subir pela estrada do retorno à sua *Alma mater*, onde foi colega de Guilherme de Oliveira. Assumiu o encargo de mergulhar nos cinco volumes da obra para participar na festa de

* Palavras proferidas por ocasião da apresentação de *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Coimbra: Almedina, 2016 (5 volumes), na Livraria Almedina (Coimbra), em novembro de 2016.

homenagem, onde o pão da amizade se transmutou em saudáveis textos, jurídicos, mas não só.

Por último, e não menos importante, a quinta palavra é para o público. A obra não é um exercício de narcisismo, mas uma partilha de saber e sabedoria que é dom não apenas ao homenageado, mas aos leitores, os que o já são e os que o serão a partir de hoje. Como diria um Mestre das Humanidades Médicas, Pedro Laín Entralgo, não se trata de promover o tipo Narciso, mas saudar o tipo Pigmaleão. Com efeito, são os leitores que dão vida não às estátuas, mas aos livros, reinventando-os e reescrevendo-os com o seu *amoris sapientiae*. Seja-nos permitido assinalar de uma forma especial todos aqueles que hoje aqui se congregaram, e os que, socorrendo-se das modernas tecnologias, tornaram-se presentes neste evento, enviando sinais calorosos de amizade, estima e admiração académica pela pessoa e pelo percurso de Guilherme de Oliveira.

II. Direito da Saúde: gênese e sentido de um projeto académico

Se a persistência teimosa de Guilherme de Oliveira o levou a deixar a Presidência do Centro de Direito Biomédico, ocorre-me aqui convocar um filósofo dinamarquês, Christopher Hodgkinson: “No one is indispensable, Everyone is irreplaceable”. Efetivamente, se a fragilidade e a finitude da vida revelam a nossa dispensabilidade, cada um, com o seu contributo, é insubstituível. Guilherme de Oliveira marcou e continua a marcar com a sua diferença o Direito da Saúde em Portugal. Não se estranha que, tratando-se de uma obra de homenagem dos associados do Centro de Direito Biomédico, propuséssemos fazê-lo sob esse traço unificador, sem entrarmos agora na querela em torno da designação deste ramo do direito. Assim, sem

prejuízo das riquezas das gavetas de alguns – ainda hoje se releem com proveito as páginas com título homónimo (*Da minha gaveta*) publicadas por Paulo Merêa no *Boletim da Faculdade de Direito* –, optámos por uma obra em que os autores foram convidados a tratar de um tema, numa primeira aproximação a um projeto mais vasto de elaboração de um Tratado do Direito da Saúde, em registo lusófono.

De certa forma, também deste modo pensamos ser fiéis a um dos projetos essenciais de Guilherme de Oliveira: aprofundar a cartografia portuguesa do direito da saúde. Com efeito, há mais de 20 anos, em Copenhaga, a abrir o primeiro grande projeto europeu de direito da saúde que envolvia o Centro de Direito Biomédico, afirmou, com humildade, que estávamos ainda a procurar esboçar o mapa da *Lex Salutis*. Hoje, em vários campos, passámos já a mapas de pormenor e o contributo do homenageado é extremamente significativo, não apenas pelo que escreveu com a sua assinatura, mas por ter tido a visão de promover a congregação primeiro de um conjunto de académicos brilhantes da Escola (Pereira Coelho, Orlando de Carvalho, Figueiredo Dias, Gomes Canotilho, Jorge Sinde Monteiro, Manuel da Costa Andrade, Vieira de Andrade, José de Faria Costa), que conformam, também eles, o direito da saúde, e depois convocar e estimular novas gerações de investigadores que foram dando rosto a este ramo do direito. Fundador da *European Association of Health Law*, contribuiu para a institucionalização de uma *Lex Medicinae*, de acordo com a matriz europeia e cosmopolita que são marca da Escola. Na obra, encontramos um conjunto de atores estrangeiros, associados (em sentido amplo) ao projeto internacional do direito da saúde, que nunca concebemos em termos de um ridículo nacionalismo jurídico, que não deve ser confundido com o patriotismo/matriotismo cosmopolita que não oblitera

raízes e responsabilidades decorrentes da pertença a uma comunidade.

III. Porvir: um livro dinâmico ou a obra está aberta

Se a história humana é marcada por uma tendência de procurar entrever o futuro, se a própria medicina não escapa a um discurso de horóscopos e bolas de cristal, se se fala de medicina preditiva e de medicina predizente em termos de genética e (pós)genômica, se a prospectiva assenta arraiais, sejam-me permitidas também algumas palavras sobre o futuro da obra. Lançada no mundo, acalentamos a esperança de que possa contribuir significativamente para o esforço de construção dogmática do direito da saúde. Os cultores da disciplina e, em geral, os leitores terão aqui a última palavra.

Como dissemos, os livros de homenagem enquanto escrito acadêmico conhecem, em regra, um escoamento lento e não raro difícil. Esperamos que o modelo ensaiado de obra, afirmada uma unidade temática e atenta a relevância prática, o seu lançamento dos dois lados do Atlântico e, naturalmente, a relevância do homenageado, como se comprova pela pluralidade geográfica dos colaboradores, permita novas edições. A ser assim, acalentamos fundadas esperanças de albergar outros amigos que o espantilho do caderno de obrigações já assumido não permitiu, em tempo cômputo, associar-se ao projeto. Ou seja, queremos também aqui trilhar outros caminhos, apresentando um livro dinâmico, capaz, se se conjugarem vontades (de autores, leitores e editora), de conhecer enriquecimentos e atualizações, não sendo descartada a possibilidade de, em página própria, o livro ir conhecendo notas legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias, em dialógica interação.

E, no fim, voltamos ao princípio, não como repetição enfasiante dos dias, antes como reencontro com a figura maior que aqui nos congrega: Guilherme de Oliveira. Nesta hora de festa, em que os amigos convidam a experimentar gastronomia intelectual sob o signo do penta (cinco são os volumes) e muitos outros se associam com a sua presença, falta-nos a arte de executar o seu amado jazz e, privados da sua bateria e dos pratos, não podemos convocá-lo para a *ars* musical. Na celebração, este *Direito da Saúde* converte-se metaforicamente num dever / num beber à sua saúde, entendida com a plenitude do *shalom*, da saúde integral. Com efeito, retirado da Presidência do CDB, não se exilou em silêncio cartusiano, antes nos permite o júbilo de continuar a escrever também páginas do Direito da Saúde. E, assim, acrescentar novos títulos às páginas iniciais da obra (no vol. I) que dão conta da sua bibliografia na área. Na verdade, não apenas o futuro, mas também estes *Estudos* estão abertos.

95

Muito obrigado!

1. Investigação científica

Na sequência da política de desenvolvimento de investigação em direito da saúde o CDB tem vindo, sozinho ou em parceria com outras entidades, a apresentar projetos em diversos temas. De salientar a aprovação do projeto ONCONET SUDOESTE aprovado no âmbito do Programa de Cooperação *Interreg Sudoeste Europeu*.

Com um financiamento global de 1,7 milhões de euros, o ONCONET SUDOESTE é liderado pela Université Toulouse III Paul Sabatier (França) e pretende estabelecer uma rede de excelência no que diz respeito à prevenção, diagnóstico, terapia e utilização das tecnologias de informação na área da Oncologia.

O projeto ONCONET foi criado para estudar as políticas adotadas em Portugal, Espanha e França. Visa analisar as ações desenvolvidas no domínio da prevenção, diagnóstico, terapêutica e utilização das tecnologias de informação na gestão de doentes com cancro.

A equipa da UC, constituída por investigadores do CDB — FDUC e de Medicina (FMUC), estará responsável por estudar as políticas e práticas profissionais adotadas em Portugal, no âmbito da prevenção, diagnóstico e terapêutica de doentes com cancro, assim como avaliar as questões éticas e sociais associadas à implementação de novas tecnologias da informação.

A equipa espera também fomentar uma reflexão ética e transversal que permita avaliar em que medida as políticas públicas na luta contra o cancro podem conciliar os recursos coletivos e a justiça social.

Da equipa fazem parte os investigadores Maria Filomena Botelho, Ana Margarida Abrantes, Ana Salomé Pires, Mafalda Laranjo, André Pereira, Ana

Elisabete Ferreira e Carla Barbosa, da Universidade de Coimbra, e Ana Catarina Mamede, da empresa Research Trial. Estão também envolvidas as seguintes instituições: Université Toulouse III Paul Sabatier (França), Biocat, Fundación Miguel Servet — NAVARRABIOMED, Fundación Centro Nacional de Investigaciones Oncológicas, Fundación Parque Tecnológico de Ciencias de la Salud de Granada, e a Fundación para la Investigación Biosanitaria de Andalucía Oriental (Espanha).

a) *Desenvolvimento de projetos próprios (candidaturas):*

- Apresentação de uma candidatura, sobre direitos dos pacientes, em pareceria com a Liga Portuguesa Contra o Cancro — Núcleo Regional do Centro às Bolsas Roche;
- Apresentação da candidatura “Neurodegenerative patients and legal protection policies: from present to future” na Call for transnational research projects 2015 (Era-Net Neuron) em parceria com o Centro de Neurociências e Biologia Celular, Universidad de Zaragoza e Department of Neurodegeneration and Restorative Research, University Medical Center Goettingen, University Medical Center Goettingen;
- Participação na candidature Gender-”Normalizing” Treatments as harmful practices: The rights of DSD/Intersex children na Action Grant — Just 2014 (com Universitat Autònoma de Barcelona (UAB) — Autonomous University of Barcelona e outros).

b) Desenvolvimento de projetos próprios (em curso):

- ONCONET SUDOE — Programa de Cooperação Interreg Sudoeste Europeu

c) Participação em projetos de terceiros:

- VIROGENESIS — Virus discovery and epidemic tracing from high throughput metagenomic sequencing (RIA — Research and Innovation action);
- PRE-MAX — *Patients' Rights in the European Union — Mapping Exercise (Led by Prof. Helmut Brand's INTHEALTH group at Maastricht University and the WHO Observatory; this project is a tender: CHAFAE/2014/Health/03).*
- GCOF — Genetics Clinic of the Future (H2020-EU.3.1. — SOCIETAL CHALLENGES — Health, demographic change and well-being).

2. Acolhimento de investigadores

O CDB, como centro de excelência em direito da saúde, continua a ser procurado por diversos investigadores nacionais e internacionais para junto da nossa instituição desenvolverem a sua investigação em direito da medicina e em direito da farmácia e do medicamento.

Durante os anos civis de 2015 e 2016 recebemos os seguintes investigadores:

- Acolhimento de Luís Manso no âmbito de uma bolsa de doutoramento da FCT;
- Acolhimento do investigador Asier Uruela Mora da Universidade de Deusto;
- Acolhimento da investigadora Elena Atienza Macías da Universidade de Deusto;

- Acolhimento do investigador Miguel Vieito Villar, da Universidade de Santiago de Compostela;

- Acolhimento da investigadora Arantza Libano Beristain, da Universidade Autónoma de Barcelona.

- Acolhimento da investigadora Aitziber Emaldi Cirión, da Universidade de Deusto;

- Acolhimento da investigadora Ana Paula Albuquerque, da Universidade Federal da Paraíba.

3. Publicações

a) Publicação periódica

Após um interregno na publicação da Revista do Centro de Direito Biomédico, devido a fatores externos, a publicação foi retomada com duas importantes alterações: a passagem da publicação em formato papel ao formato electrónico e a introdução de revisão por pares.

Acresce que a edição da Revista passou a ser da responsabilidade do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sendo o acesso gratuito na plataforma digital daquela instituição.

Já se encontra disponível o número duplo relativo ao ano de 2014; o número duplo referente ao ano de 2015 está em fase de acabamentos e o número duplo do ano de 2016 será publicado no início de 2017.

- Dois números da *Lex Medicinae* — Revista Portuguesa de Direito da Saúde.

b) Série Monográfica

Continua a aposta do Centro de Direito Biomédico em publicar obras na sua série monográfica. As últimas obras publicadas pelo Centro de

Direito Biomédico em parceria com a Coimbra Editora correspondem a duas teses de doutoramento. Após a situação de insolvência da editora o CDB procurou junto de outras editoras retomar a publicação desta série estando, neste momento, 3 livros a aguardar publicação.

- André Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, Coimbra;
- Margarida Silvestre, *Embriões Excedentários — Entre a Técnica, a Lei e a Ética*, Coimbra Editora, Coimbra;
- Daniela Sofia Gomes Costa, *A culpa de organização na responsabilidade civil médica*, Coimbra, no prelo;
- Andreia Costa Andrade, *Atipicidade da Conduta Médica? Tentativa de (re)compreensão*, Coimbra, no prelo;
- Atas do Congresso Internacional sobre Responsabilidade Médica: a Doutrina e Jurisprudência.

c) *Direito da Saúde — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*

A obra que resulta da Homenagem de um conjunto de associados do Centro de Direito Biomédico ao Senhor Doutor Guilherme Falcão de Oliveira, num tempo de render da guarda. Em registo de agradecimento e de amizade, entenderam os organizadores desafiar as pessoas que dão corpo a esta unidade de ensino e investigação a contribuir para um roteiro temático da *Lex Salutis*, ainda fragmentário. Modo académico por excelência de assinalar homenagem, pretende contribuir para um projeto norteador do trabalho de Guilherme de Oliveira: proceder a uma imprescindível cartografia do di-

reito da saúde português, abrindo pontes para o espaço mais vasto da lusofonia, em fecundos cruzamentos e mestiçagens dogmáticos, mas sem perder de vista a nossa cosmopolita pertença europeia.

Estruturado em cinco volumes, *Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira* percorre os caminhos do direito da biomedicina, da farmácia e do medicamento, ao longo de mais de 60 artigos.

4. Ensino

a) *Ensino Pós-Graduado*

Durante os anos civis de 2015 e 2016 o Centro de Direito Biomédico aliou à sua oferta formativa, a par dos tradicionais temas, novas áreas do saber no âmbito do Direito da Saúde. A aposta revelou ser bastante positiva porque permitiu, não só, trazer novos públicos, como, também, aliar ao seu corpo docente novos profissionais das mais diversas áreas o que permite alcançar um objetivo que esteve sempre presente no ensino do CDB — perspectivas multidisciplinares.

Durante estes dois anos foram partilhados conhecimentos com mais de 250 auditores de várias áreas de formação.

- 11.º Curso de Pós-graduação em Direito da Farmácia e do Medicamento;
- Participação no Curso de Mestrado em Gestão e Economia da Saúde, da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra;
- 7.º Curso Breve de Pós-graduação em Segredo Médico, Dados Pessoais e Processo Clínico;
- 11.º Curso Breve de Pós-graduação em Responsabilidade Médica;

- 4.º Curso Breve de Pós-graduação em Direito da Investigação Clínica;
- 11.º Curso Breve de Pós-Graduação em Consentimento Informado;
- 3.º Curso Breve de Pós-Graduação em Direito e Medicina da Reprodução;
- 2.º Curso Breve de Pós-Graduação em Responsabilidade Civil, Penal e Disciplinar da Indústria Farmacêutica e dos Farmacêuticos;
- 1.º Curso Breve de Pós-Graduação em saúde mental, neurociências e direito;
- 1.º Curso Breve de Pós-Graduação em Direito e Saúde Pública;
- 8.º Curso Breve de Pós-Graduação em Segredo médico, Dados Pessoais E Processo Clínico;
- 1.º Curso Breve de Pós-Graduação em Fim de Vida e Direito;
- 4.º Curso Breve de Pós-graduação em Direito e Medicina da Reprodução;
- 12.º Curso Breve de Pós-graduação em Responsabilidade Médica.

b) Ensino Especializado

Foram realizadas duas edições do curso de especialização em Direito da Medicina cujos destinatários são profissionais, de diversas áreas, com atuação na saúde e cuja nacionalidade é proveniente de outros países de língua oficial portuguesa que não Portugal. As duas edições referidas contaram com auditores do Brasil e Moçambique e totalizaram, aproximadamente, 40 pessoas.

À área de formação dos auditores foi multidisciplinar contando com médicos, advogados, juizes, procuradores, técnicos superiores de Ministérios da Saúde, etc.

- 2.º Curso de Especialização em Direito da Medicina — janeiro de 2015;
- 3.º Curso de Especialização em Direito da Medicina — de 25 a 29 de janeiro de 2016.

5. Colaborações

O Centro de Direito Biomédico continua a colaborar com diversas instituições ligadas à regulação dos profissionais da saúde (Ordens profissionais), ao ensino da saúde (instituições superiores de ensino — Faculdade de Economia da UC; UBI), à defesa dos direitos dos pacientes (Plataforma Saúde em Diálogo; Liga Portuguesa Contra o Cancro), etc. Será de salientar a profícua parceria realizada com o Núcleo Regional do Centro da Liga Portuguesa Contra o Cancro que, até à presente data, já permitiu apoiar mais de 200 doentes oncológicos. Realçar, ainda, a parceria com a WAML para a organização do 21.º Congresso desta associação que se realizou a Coimbra e trouxe à nossa cidade mais de 200 participantes de diversas nacionalidades mundiais.

- I Conferência — Os Direito dos Doentes (28 de janeiro), em parceria com a Plataforma Saúde em Diálogo;
- Curso de Especialização em Direito da Medicina realizado em parceria com a União Nacional das Instituições em Saúde (Brasil) — de 16 a 20 de fevereiro;
- II Conferência — A Família e o Doente crónico, em parceria com a Plataforma Saúde em Diálogo;

- 1.º Simpósio de Direito da Saúde — Problemas Jurídicos dos novos profissionais de saúde (28 de maio) em parceria com a ESTES;
- III Conferência — Proteção jurídica da pessoa em situação de incapacidade em parceria com a Plataforma Saúde em Diálogo;
- 21.º Congresso Mundial de Direito Médico (de 2 a 6 de agosto) — WAML;
- 5.ªs Jornadas Ético-Jurídicas sobre a infeção VIH-SIDA — “O VIH-SIDA: a Educação, a Economia e o Direito”;
- IV Conferência — A saúde e o Direito — «A economia social e as associações de doentes»;
- Colaboração com a Universidade da Beira Interior no Cadeira de Ética da licenciatura em Medicina;
- Colaboração na Pós-Graduação em Economia e Gestão em Organizações de Saúde da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (org. Prof. Doutor Pedro Augusto de Melo Lopes Ferreira).
- Colaboração com a Liga Portuguesa Contra o Cancro — Núcleo Regional do Centro sendo o CDB responsável pela Unidade de Apoio Jurídico.
- Assinatura de Protocolo com o Centro de Estudos de Direito Público da Universidade Agostinho Neto com o intuito, nomeadamente, de organizar, em parceria, a 1.ª Pós-graduação em Direito da Saúde a realizar em Luanda.

6. Organização de conferências

- Congresso Internacional sobre Responsabilidade Médica: a Doutrina e Jurisprudência (16 e 17 de janeiro de 2015);
- Seminário de Especialização em Responsabilidade Médica e Consentimento Informado (14,15,16 e 17 de janeiro de 2015);
- Seminário de especialização realizado durante uma semana destinado a juristas do Ministério da Saúde de Moçambique. Pretendeu dar a conhecer a realidade jurídica de Portugal quanto aos temas da responsabilidade médica e do consentimento informado (junho 2015);
- Jornadas Internacionais de Direito da Saúde — Portugal-Brasil-Espanha (5 de março de 2015)
- 1.º Simpósio de Direito na Saúde — Problemas Jurídicos dos novos profissionais de saúde;
- Co-organização do 2.º Congresso Nacional de Sobreviventes do Cancro (LPCC) — workshop sobre direitos dos doentes oncológicos.

7. Participações individuais

Os investigadores do Centro de Direito Biomédico participaram, ao longo de 2015 e 2016, em dezenas de conferências, cursos e outros eventos promovendo, dessa forma, a divulgação da atividade do Centro de Direito Biomédico e o ensino do Direito da Saúde e, ainda, reforçando parcerias com instituições e grupos de investigação nacionais e internacionais.

Lex Medicinæ

Revista Portuguesa de Direito da Saúde



• U •
INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ISSN 1646-0359