



# IVRIS ET DE IVRE

---

REVISTA DA ELSA U.PORTO

## DIREITO DA SAÚDE E O DIREITO MÉDICO

---



**elsa**

The European Law Students' Association  
U.PORTO



*Ivris et de ivre*  
ELSA U.Porto

## VP para Atividades Académicas - Juliana Abreu



Há poucas palavras que ilustrem o sentimento de criar uma nova Edição da nossa tão querida Revista. Orgulho é pouco para exprimir o que sinto relativamente a todo o trabalho que foi sendo construído, ao longo destes últimos meses.

À Ana, à Bruna e ao Gustavo, os meus officers responsáveis por esta 6ª Edição, o meu mais sincero obrigada, com muito amor e carinho, como sempre.

Claro que nada disto seria possível sem a nossa Equipa de Marketing de excelência, e, por isso, um obrigada do tamanho do mundo à Inês, à Filipa e à Matilde que, na falta de palavras, sei que partilham este sentimento tão bonito connosco.

---

## Officer Atividades Académicas - Gustavo Couto

É com muito orgulho e gosto que volto a integrar um projeto tão desafiante e interessante como a Revista IVRIS ET DE IVRE. Deixo ainda uma palavra especial aos meus colegas que pela sua competência e qualidade de trabalho mantêm esta revista a funcionar de uma forma periódica e com um nível de excelência que tanto prezamos na ELSA U.Porto.



## Officer Atividades Académicas - Ana Picado



A Revista IVRIS ET DE IVRE foi o primeiro projeto em que colaborei na ELSA U.Porto, e sem dúvida que foi um privilégio trabalhar numa iniciativa tão enriquecedora ao lado de uma equipa de excelência. Através deste projeto conseguimos novamente trazer mais conhecimento à comunidade académica, mais especificamente, numa área tão importante como o Direito Médico.

Esperemos que todos fiquem a saber um pouco mais, e que se sintam motivados a aprender de forma a contribuir para o desenvolvimento do Direito. O espírito da ELSA reside exatamente nesta vontade de ir mais além, e de alargar o conhecimento.

## Officer Atividades Académicas - Bruna Mariana



Já tinha integrado o projeto da revista no ano passado, e como me deu tanto prazer acabei por integrar este ano também! Com certeza que a minha experiência na ELSA U. Porto tem sido bastante positiva graças a este projeto! Sem dúvida que é um projecto que promove a união e o trabalho de equipa, e tem sido incrível trabalhar com esta equipa! Um obrigada ao Gustavo e a Ana pela participação e a equipa de MKT pelo design!

---

## VP para Marketing - Inês Oliveira

A revista *Ivris et de Ivre* foi o primeiro projeto que integrei na ELSA U. Porto e por isso tem um significado especial para mim. É um orgulho poder voltar a trabalhar neste projeto e vê-lo crescer. Mais uma vez conseguimos dar a conhecer à nossa comunidade um tema tão relevante nos dias de hoje. Queria deixar ainda uma nota de agradecimento a todo o trabalho realizado pela área de Atividades Académicas, sem eles nada disto era possível.

---



# Dedicatória

Gostaríamos de fazer um especial agradecimento à Dr.<sup>a</sup> Paula Ribeiro de Faria e à Dr.<sup>a</sup> Ana Rita Babo, por toda a disponibilidade e atenção demonstradas para efetuar a revisão jurídica dos artigos acerca do Direito Médico e do Direito da Saúde, submetidos na nossa Call for papers.

Não teria sido possível lançar esta 6<sup>a</sup> edição da nossa tão querida Revista, IVRIS ET DE IVRE, sem a vossa valiosa colaboração.

# **IVRIS ET DE IVRE**

Revista da ELSA U.Porto

***Presidente da ELSA U.Porto***

Tomás Vicente

***Vice-Presidente para Marketing***

Inês Oliveira

***Vice-Presidente para Atividades Académicas***

Juliana Abreu

***Arte Gráfica e Organização Visual***

Filipa Loures & Matilde Vicente

***Realização e Redação das Entrevistas***

Gustavo Couto, Ana Picado e Bruna Mariana

Revista Periódica de propriedade da  
*The European Law Students' Association – U.Porto*

Rua dos Bragas, 223 | 4000-123 | Porto  
marketing.uporto@pt.elsa.org

Publicação eletrónica

6.<sup>a</sup> Edição – Novembro de 2023

# ÍNDICE

---

- 7** RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: O CONSENTIMENTO INFORMADO
- 10** *ENTRE A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE E A PRIVAÇÃO DE SAÚDE: O DIREITO FUNDAMENTAL DOS RECLUSOS À SAÚDE E AO TRATAMENTO MÉDICO*
- 18** *BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DISCRIMINAÇÃO E A MODIFICAÇÃO GENÉTICA - A NECESSIDADE VITAL DO ESTABELECIMENTO DE LIMITES ÉTICOS E LEGAIS*
- 29** ENTREVISTA A PAULA RIBEIRO DE FARIA
- 33** ENTREVISTA A LUÍSA NETO
- 37** *OS CASTIGOS CORPORAIS COM FINALIDADE EDUCATIVA: UMA PSEUDO CAUSA DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE*
- 44** *CASTIGOS FÍSICOS A CRIANÇAS EDUCAÇÃO OU VIOLAÇÃO DE DIREITOS?*
- 50** *DA PALMADA EDUCATIVA À VIOLAÇÃO DE DIREITOS DAS CRIANÇAS*

# Responsabilidade Civil Médica: O Consentimento Informado



Por **CATARINA AGUSTO**, finalista da Licenciatura em Direito.

A responsabilidade profissional do médico assume relevância jurídica em três dimensões: deontológica, civil e penal. Quanto à responsabilidade civil do médico, esta implica a obrigação de indemnizar nos termos da lei civil, atos praticados no exercício das suas funções, que causem danos a outrem. Podemos constatar que os pressupostos são os mesmos nos dois regimes da responsabilidade civil (contratual ou extracontratual). Para que haja responsabilidade civil médica, é necessária a existência de um facto idóneo para originar a obrigação de indemnizar. Este facto deverá ser voluntário, tratando-se de uma ação ou omissão que terá consequências jurídicas sobre o paciente. Estamos aqui perante a conduta profissional do médico, nomeadamente no tratamento aplicado ao seu paciente, através dos mais variados procedimentos médicos. Contudo, teremos que estar perante um facto ilícito. A ilicitude de um ato médico decorre da violação dos direitos do doente e do comprometimento das legis artis, e concretiza-se num resultado danoso para o paciente.

O conceito de legis artis é muito importante para averiguar a ilicitude do ato praticado pelo profissional de saúde. O n.º1 do artigo 483.º do CC, prevê que existirá um facto ilícito, quando ocorre a lesão de direitos absolutos do doente mediante a inobservância de um conjunto de regras que a ciência médica reconhece como adequadas à prática destes atos.

A culpa, em termos amplos, trata-se de um juízo de censura ao agente por ter praticado determinada conduta. Em relação à atividade médica é naturalmente uma culpa negligente. O último requisito necessário para a aplicação do instituto da responsabilidade civil, será a verificação de um nexo de causalidade entre o comportamento ilícito e culposo do médico e o dano sofrido pelo paciente. No nosso ordenamento jurídico, vigora a teoria da causalidade adequada prevista nos artigos 562.º e 563.º do Código civil.

O tribunal deverá averiguar através da prova produzida se os pressupostos da responsabilidade civil estão preenchidos. Contudo, a prova de causalidade, que cabe ao doente, é extremamente difícil de produzir, até porque na maioria dos casos convergem vários fatores adequados à produção do resultado. Existe o direito ao ressarcimento do lesado pelos prejuízos sofridos na sua esfera jurídica. O direito à indemnização, na responsabilidade civil extracontratual, tem um prazo que prescreve em 3 anos, a contar a partir do momento que o lesado teve conhecimento do seu direito.

O modelo paternalista e autoritário na relação médico-paciente, vigorou do século XIX até à Segunda Guerra Mundial, sendo posteriormente superado pelo modelo da autonomia. O médico como detentor de conhecimento e experiência, teria legitimidade para a tomada de decisões médicas, sem considerar a vontade do paciente. Com o consentimento do paciente, consagramos princípios fundamentais, tais como: o princípio da autodeterminação, o princípio da liberdade e o direito à integridade física e moral.

O exercício profissional de um médico, ao ser exercido sobre bens jurídicos invioláveis inerentes ao paciente, nomeadamente a vida e integridade física, acarreta uma responsabilidade sobre a preservação destes bens na execução do ato médico. O ato médico encontra-se definido no artigo 6.º do Regulamento 698/2019. Quando falamos em responsabilidade civil médica, incluímos não só o erro médico mas também outros atos, como o consentimento informado do paciente.

A obtenção do consentimento do doente corresponde a um princípio fundamental, que legitima e limita a intervenção médica. Na maioria das vezes, o paciente não é detentor de competências técnicas que lhe permitam compreender o seu estado de saúde. É obrigação do médico prestar toda a informação necessária ao paciente. Assim, na visão de Álvaro

Dias, “o consentimento é um processo e não uma forma. O consentimento tem que ser perspectivado como um diálogo entre o doente e o médico em que as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente; diálogo que há-de culminar na concordância ou anuência do doente à realização de um certo tratamento ou de uma certa intervenção.”. O médico deverá informar e confirmar o esclarecimento para que posteriormente o paciente possa prestar ou recusar o seu consentimento.

O consentimento Informado, encontra-se positivado no nosso ordenamento jurídico. A vida humana é inviolável (Artigo 24.º n.º1 da CRP), assim como a nossa integridade física e moral (Artigo 25 n.º1 da CRP). A intervenção médica sem o consentimento do paciente, para além de implicar a violação do direito à liberdade, ofende a integridade física e moral do paciente. O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de fevereiro de 2022, com o processo n 683/17.2T8MTA.L1-2, profere que “A responsabilidade civil emergente da realização de acto médico, ainda que se prove a inexistência de erro ou má prática médica, pode radicar-se na violação do dever de informação do paciente relativamente aos riscos e aos danos eventualmente decorrentes da realização do acto médico, o que constituiria conduta ilícita.”

No Direito Civil, o consentimento do paciente tem relevo no artigo 340.º do Código Civil. O consentimento informado constitui causa de justificação de ilicitude nos termos dos artigos 340.º e 81.º do Código Civil. No domínio da responsabilidade civil do médico, os tratamentos médicos representam uma ofensa à integridade física e moral do paciente, logo, necessitam de consentimento para exclusão da sua ilicitude (Artigos 340.º e 81.º do Código Civil). O n.º1 do artigo 340.º do Código Civil refere que “ o ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão”. O n.º2 vem afirmar que a ilicitude irá persistir caso o ato se revele ilegal ou ofensivo aos bons costumes. O n.º3 esclarece que a lesão é dada por consentida , caso beneficie o interesse do lesado, de acordo com a sua “vontade presumível”, caso este não se oponha ou manifeste vontade contrária. O consentimento presumido assenta na presunção de consentimento em situações de urgência, como nos casos, a título de exemplo, de intervenções médicas indispensáveis ao tratamento de um acidentado, que não terá condições de manifestar a sua vontade no momento.

O artigo 70.º do Código Civil, constitui uma tutela geral da personalidade, onde incluímos o direito à vida, à integridade física, à saúde e à liberdade. O consentimento deverá ser livre e esclarecido, sob pena da violação do n.º1 do artigo 70.º do Código Civil, o que culminaria em responsabilidade civil extracontratual (artigos 483.º e 70.º n.º2 do Código civil). A intervenção médica sem o consentimento do paciente, é causa de responsabilidade civil, mesmo que não provoque danos ao paciente. Em termos civis, são danos ressarcíveis aqueles que resultem da prática de um ato sem consentimento do paciente, assim como as dores e lesões provenientes da intervenção. Para os cálculos de

ao paciente, muitos pressupostos devem ser considerados, como o facto de existir uma melhora no estado de saúde do paciente, calculando os prejuízos e benefícios da intervenção médica.

O consentimento deverá preencher três requisitos cumulativos: capacidade, informação e voluntariedade. A capacidade para consentir , representa a idoneidade para aceitar ou recusar lesões na integridade física. O paciente deverá ser esclarecido sobre o diagnóstico da sua doença, tratamento e consequências da eventual intervenção médica. Toda e qualquer informação relevante e pertinente, deverá ser transmitida pelo médico ao paciente, através de uma linguagem acessível. O consentimento informado é voluntário quando for livremente prestado, sem qualquer coação ou vícios da vontade.

Orlando de Carvalho dividiu o consentimento em três tipos: tolerante, autorizante e vinculativo. O consentimento tolerante, afasta a ilicitude de um ato ou omissão (artigo 340.º do Código civil). O consentimento autorizante atribui um poder jurídico de agressão, com a livre revogação do consentimento prestado, sem prejuízo da obrigação de indemnizar (Artigo 81.º n.º2 do Código Civil). O consentimento vinculante, tem um cariz excepcional e vincula juridicamente quem consente, atribuindo o direito subjetivo de um negócio jurídico. A nossa doutrina atribui ao consentimento autorizante e vinculante a natureza de negócio jurídico . O consentimento para a prática de um ato médico é do tipo tolerante e trata-se de um simples ato jurídico.

Quanto às formas do consentimento, este poderá ser declarado de forma expressa ou tácita (Artigos 217.º, 219.º e 295.º do Código Civil), vigorando o princípio de liberdade de forma. Contudo, nos casos legalmente previstos, a lei obriga a que o consentimento seja prestado em documento escrito. Esta forma de consentimento, vem assumir valor probatório , protegendo o médico e podendo representar a garantia de cumprimento do seu dever de prestação de informação. O consentimento informado escrito, proporciona para o paciente, tempo de reflexão para tomar uma decisão onsciente. O consentimento médico é tolerante, logo é livre de ser revogável a todo o tempo, até ao momento do ato médico consentido, não gerando a sua revogação, qualquer obrigação de ressarcir. Esperança Pina afirma que “O médico é responsável pelos seus atos como resultado do exercício da sua profissão, como todo o cidadão”.

A complexidade e sensibilidade deste tema vem despertar cada vez mais interesse nos estudiosos da responsabilidade médica. A ciência médica vem evoluindo ao longo dos anos, ao passo que se vem tornando também mais protocolizada.



## **BIBLIOGRAFIA**

- Carlos Alberto da Mota Pinto, Paulo Mota Pinto, António Pinto Monteiro, Teoria Geral do Direito Civil, Gestlegal, 2020.
- Orlando de Carvalho, Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora, 2012.
- Orlando de Carvalho, apud João Vaz Rodrigues, O Consentimento para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da vontade do paciente, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- Pinto, José Rui Costa, Bioética para todos, Braga Editorial A.O.,2006.
- GÓMEZ, Luis Martínez-Calcerrada y, (Org.), Relaciones entre la Medicina y el Derecho - Binomio interdisciplinar, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 2008.
- PINA, Esperança, A responsabilidade dos médicos, 3ª Ed revista, atualizada e ampliada, Lidel, 2003.
- João Álvaro Dias, Procriação Assistida e Responsabilidade Médica, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- Guilherme de Oliveira, Temas de Direito da Medicina, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

## **JURISPRUDÊNCIA**

- Acórdão da Relação de Lisboa de 10 de fevereiro de 2022, processo n 683/17.2T8MTA.L1-2, Relatado por Sousa Pinto, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

# Entre a Privação da Liberdade e a Privação de Saúde: O Direito Fundamental dos Reclusos à Saúde e ao Tratamento Médico



Por **Maria Júlia Calado**, aluna do último ano da licenciatura em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro da Associação Académica de Coimbra, desde 2020, onde integrei o Pelouro da Intervenção Cívica. Associada da ELSA Coimbra desde 2020. Tenho formação em: direito penal económico, negociação, arbitragem internacional, entrevista testemunhal, direito da energia, a relação entre direitos humanos e a inteligência artificial e protecção do consumidor.

Tenho formação profissional em comunicação eficaz. Fiz um e-course patrocinado pela Google sobre Marketing Digital. Fiz um e-course patrocinado pelas Nações Unidas sobre a relação que se estabelece entre a igualdade de género e direitos humanos com a acção climática e energia renovável (o nome é “Gender Equality and Human Rights in Climate Action and Renewable Energy”). Formanda em inglês jurídico pelo Cambridge Law Studio, em Inglaterra.

## Introdução:

O texto que se segue não pretende constituir-se como uma dissertação exaustiva sobre a condição do recluso; visa, sim, fazer um enquadramento geral sobre o tema, mas pretende essencialmente focar-se no seu direito à saúde e ao tratamento clínico dos reclusos, traduzindo-se numa compilação de factos sobre a problemática, acompanhada da nossa posição.

Pretende-se demonstrar, através da exposição de dados, que, apesar do acesso à saúde ser um direito, está longe de ser respeitado como devia quando o seu destinatário são os reclusos, o que é incompreensível num Estado de Direito como o nosso, em que a dignidade humana deveria imperar, nos termos do artigo 2º da Constituição da República Portuguesa.

Apesar das falhas, queremos desde já saudar a crescente tentativa de melhoria (a abordar em capítulo autónomo) de alguns aspectos relativos à precariedade do tratamento médico dos reclusos, bem como a iniciativa que se tem verificado em Portugal no tratamento esta questão.

## Protecção jurídica conferida ao bem “saúde”:

Primeiramente, importa apresentar dois conceitos que se revelam de profunda importância para uma adequada compreensão do que vai ser seguidamente exposto: os conceitos de “saúde” e de “bem jurídico”.

Quanto ao primeiro, importa dizer que, em 1946, a Organização Mundial de Saúde (OMS) definiu a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doença ou enfermidade”.

Relativamente ao segundo conceito, de bem jurídico, nas palavras de Figueiredo Dias\* corresponde à “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.

Através da exposição e conjugação destes conceitos, facilmente percebemos que a saúde é um verdadeiro bem jurídico, e um bem jurídico de importância tal que está plasmado na imperatriz das normas, na Constituição da República Portuguesa, no artigo 64.º.

Muito se pode dizer sobre a supramencionada disposição - incorrendo num intencional pleonasma, comecemos pelo início:

É de conhecimento geral que o que está consagrado na lei depende dos valores comunitários que em cada época se revelam como mais importantes; sem tais pressupostos axiológicos não valeria a pena falar de Direito, como bem demonstra o conhecido aforismo *ubi societas ibi ius* (onde há sociedade, há Direito). Daí que o Direito esteja em permanente constituição e remodelação.

\*Dias, Jorge de Figueiredo. Coimbra Editora, eds. Direito Penal – Parte Geral – Tomo I. 3ª ed.

Como não podia deixar de ser, o artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa, que, como já vimos, consagra o direito à saúde, tem sofrido alterações ao longo do tempo, o que é observável na tabela representada:

## Evolução do artigo 64.º da CRP – algumas alterações desde 1976:

CRP e revisões constitucionais	Texto
CRP de 2 de abril de 1976	Artigo 64.º (Saúde) 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 pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito, pela criação de condições económicas, sociais e culturais que garantam 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. 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 rede nacional e eficiente cobertura médica e hospitalar de todo o país; c) Orientar a sua ação para a socialização da medicina e dos setores médico-farmacêuticos; d) Disciplinar e controlar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde; e) Disciplinar e controlar a produção, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico.
Lei Constitucional n.º 182, de 30 de setembro	Artigo 64.º É aditado ao artigo 64.º n.º 4, com a seguinte redação: "4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada."
Lei Constitucional n.º 189, de 8 de julho	Artigo 36.º 1. O n.º 2 do artigo 64.º é substituído por: "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 e culturais que garantam 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." 2. A alínea c) do n.º 3 do mesmo artigo é substituída por: "c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e farmacêuticos."
Lei Constitucional nº 192, de 25 de novembro	(Sem alterações ao artigo 64.º da CRP)
Lei Constitucional n.º 197, de 20 de setembro	Artigo 37.º 1. A alínea b) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição é aditada a expressão "e ambientais" entre "culturais" e "que garantam", a expressão ", designadamente," entre "garantam" e "a proteção" e, in fine, a expressão "e de práticas de vida saudáveis". 2. Na alínea b) do n.º 3 do mesmo artigo é eliminada a expressão "médica e hospitalar" e aditada, in fine, a expressão "em recursos humanos e unidades de saúde". 3. Na alínea d) do mesmo número a expressão "controlar" é substituída por "fiscalizar", sendo aditada, in fine, a expressão "por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade". 4. A alínea e) do mesmo número é aditada a expressão "a distribuição," entre "a produção," e "a comercialização". 5. Ao mesmo número é aditada uma nova alínea f), com a seguinte redação: "f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência."
Lei Constitucional n.º 12001, de 12 de dezembro	(Sem alterações ao artigo 64.º da CRP)
Lei Constitucional n.º 12004, de 24 de julho	(Sem alterações ao artigo 64.º da CRP)
Lei Constitucional n.º 12005, de 12 de agosto	(Sem alterações ao artigo 64.º da CRP)

Falando ainda a propósito da evolução que a todo o momento há na sociedade e no Direito, sabemos que os reclusos nem sempre tiveram o mesmo estatuto, os mesmos direitos e os mesmos deveres (a serem sucintamente abordados posteriormente)– uma prova viva disso é o facto de, antes de 1852, para crimes políticos, de 1867, para crimes civis, e de 1911, para crimes militares, vigorar em Portugal a pena de morte, que hoje se encontra expressamente proibida no artigo 24.º/2 da Constituição da República Portuguesa. O mesmo é dito acerca da proibição de sanções de natureza perpétua, como previsto no artigo 30.º/1 da Constituição, proibição essa ocorrida em 1884.

Podemos também comprovar isto com o facto de ter no passado vigorado entre nós um "direito penal do agente"\* , isto é, um direito em que se punia com base em características pessoais dos indivíduos, o que, como é óbvio, já não acontece atualmente.

Como bem sabemos, há dois catálogos de direitos previstos no nosso diploma fundamental: o catálogo dos direitos, liberdades e garantias (DLG) e, por contraposição, o dos

direitos económicos, sociais e culturais (DESC). A saúde pertence ao segundo catálogo, constituindo-se como um direito social, que, por isso mesmo, implica certas exigências para o Estado - "o chamado direito à saúde, compreendido como posição jurídica subjectiva, surge quer como um direito de defesa (dimensão negativa) – não ingerência –, quer como direito a prestações (máxime, cuidados médicos), ou seja, na sua dimensão positiva"\*.

Actualmente a Constituição da República Portuguesa prevê queo acesso à saúde seja universal, geral e tendencialmente gratuita (artigo 64.º/2/a)). Ser universal significa que todos os cidadãos portugueses podem beneficiar desse direito (o que é possível devido ao Sistema Nacional de Saúde - SNS). Por sua vez, ser geral significa que abrange "todos os serviços públicos de saúde e todos os domínios e prestações médicos, traduzindo a necessidade de integração ou de garantia de prestação de todos os serviços e cuidados de saúde",\* o que está previsto no artigo 6.º/2 da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro e na Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, base XXXV, n.º 1. Já o facto de ser tendencialmente gratuito é auto-explicativo, e podemos verificar essa característica na base XXIV da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, mencionada anteriormente.

Para além de tudo isto, também o n.º 3 do artigo 64.º do nosso diploma fundamental é de elevada importância, pois impõe expressamente ao Estado deveres que o mesmo tem de cumprir no que concerne ao direito à saúde. Quanto a este ponto, os deveres do Estado nesta matéria estão taxativamente enunciados, o que se vê pela ausência de expressões como "designadamente", "nomeadamente" ou outras que pudessem ir nesse sentido. Acredito pois que seria do melhor interesse dos cidadãos se esta lista fosse mais aberta, não taxativa, possibilitando o preenchimento de eventuais lacunas – ou seja, possibilitando que o Estado auxiliasse o cidadão na área da saúde através de meios que não se encontram aqui consagrados e que podem surgir num caso concreto (acautelando sempre, como é óbvio, possíveis abusos).

Para além da Constituição da República Portuguesa que constitui o nosso diploma fundamental, há também normas legais e internacionais que dispõem sobre esta matéria.

Quanto às normas legais podemos mencionar os artigos 7.º/1/a) do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro), bem como todo o título VII deste diploma, assim como a Lei de Bases da Saúde.

Quanto às normas internacionais, podemos mencionar a Resolução 45/111 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de Dezembro de 1990, que consagrou os Basic Principles for the Treatment of Prisoners; o artigo 25.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); os artigos 10.º/1/3 e 12.º do Pacto Internacional Sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o artigo 35.º da Carta dos Direitos

Fundamentais Da União Europeia. Mencione-se ainda os artigos 4.º e 5.º da DUDH e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), configurando-se como tortura a negação aos reclusos do seu acesso à saúde e aos tratamentos médicos (segundo jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – TEDH).

### Enumeração dos direitos e deveres dos reclusos:\*

#### Direitos dos reclusos:

1. Direito à alimentação;
2. Direito ao alojamento;
3. Direito ao vestuário e cuidados pessoais;
4. Direito a visitas;
5. Direito a correspondência;
6. Direito ao trabalho e à remuneração;
7. Direito à formação e aperfeiçoamento profissionais;
8. Direito ao ensino e ocupação dos tempos livres;
9. Direito à assistência moral e espiritual;
10. Direito à assistência médico-sanitária;
11. Direito de exposição, de queixa e de interposição de recurso;
12. Direito à libertação.

#### Direitos específicos dos reclusos estrangeiros:

1. Direito à facilidade de contacto com a família ou com pessoas da sua nacionalidade, bem como com os consulados;
2. Direito de comunicar com representantes diplomáticos ou, caso não haja representação desse país, com autoridades que tenham por missão a protecção de interesses dos reclusos, não podendo a administração do estabelecimento comunicar sem o consentimento do recluso;
3. Direito de solicitar que o seu consulado seja informado da detenção ou prisão, bem como o direito de ser informado dos direitos que lhe assistem, tendo o consulado o direito de corresponder-se com o recluso para providenciar a defesa no tribunal;
4. Direito à satisfação das necessidades religiosas e culturais, dando-lhe a possibilidade de ser visitado por um ministro do culto, de ter um regime alimentar adequado e de ter acesso à recepção de uma publicação, pelo menos, que o mantenha ligado à origem;
5. Direito à tradução dos documentos ou à intervenção de um intérprete para o recluso ter conhecimento dos direitos e deveres penais e penitenciários;
6. Possibilidade do recluso de frequentar cursos de língua portuguesa;
7. Possibilidade de, sendo condenados, solicitarem a transferência para o seu país de origem a fim de aí cumprirem a pena de prisão.

#### Direitos específicos das reclusas:

1. Direito a assistência médico-sanitária, por médicos ginecologistas e obstetras e por pessoal paramédico

- especializado, durante o período de gravidez ou para o caso de terem sofrido uma interrupção da gravidez;
2. Direito a medicamentos, ligaduras e outros meios curativos;
3. Direito das reclusas trabalhadoras a que lhe sejam aplicadas as leis gerais sobre protecção de mães assalariadas, quanto à natureza e tempo de trabalho;
4. Direito de ter junto delas os filhos até aos 3 anos de idade se disso resultarem vantagens para os menores, devendo as mães ser ensinadas a tratar dos filhos, especialmente no primeiro ano de vida e convivendo diariamente com eles com as condições e tempo fixados no regulamento interno. Depois de atingidos os 3 anos as crianças devem deixar o estabelecimento prisional e ser entregues à família, à pessoa que cuide dela ou a entidades de assistência à infância, podendo a reclusa manter o contacto frequente com a criança e devendo o estabelecimento zelar para que os encontros sejam frequentes.

#### Deveres dos reclusos:

1. Dever de cumprir normas e disposições que regulam a vida penitenciária;
2. Dever de respeitar a ordem, disciplina e segurança do estabelecimento;
3. Dever de obediência e cumprimento das instruções dadas pelos funcionários prisionais;
4. Dever de cumprir os horários do estabelecimento;
5. Dever de manter o quarto limpo e cuidar dos objectos postos à disposição;
6. Dever de ter um comportamento correcto com os outros reclusos, com os funcionários do estabelecimento e com os que visitam o estabelecimento;
7. Dever de informar a Direcção de circunstâncias que ocorram que possam ocasionar perigo para a vida ou saúde, própria ou de outrem;
8. Dever de não ter na sua posse medicamentos ou objectos que ponham em perigo a vida ou a saúde, própria ou alheia;
9. Dever de não se colocar numa posição de autoridade ou disciplina sobre os demais reclusos;
10. Dever de permitir que funcionários do estabelecimento ou outros procedam a revistas periódicas ao quarto, previstas no regulamento;
11. Dever de, quando usar do direito à correspondência, não pôr em perigo os fins da execução da pena, a segurança e a ordem do estabelecimento, nomeadamente, não escrever relatos incorrectos sobre as condições do estabelecimento, não pôr em perigo a reinserção social de outro recluso, não escrever em código, de forma ilegível ou em língua estrangeira desconhecida, a não ser que seja recluso estrangeiro, sob pena de retenção da correspondência e procedimento disciplinar ou criminal;
12. Dever de, quanto ao vestuário próprio, se for autorizado, custear a manutenção e limpeza do mesmo, bem como proceder à sua troca regular;
13. Dever de, no que respeita às visitas, não ser infringido o disposto no Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 49/80, de 22 de Março e pelo Decreto-Lei n.º 414/85, de 18 de Outubro, no

\*Estes direitos e deveres foram retirados da Carta dos Direitos e Deveres dos Detidos e dos Reclusos, redigida pela Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados, aprovada na Sessão de Conselho Geral de 14 de Maio de 2004.

regulamento interno ou ordens expressas, sob pena da visita ser interrompida com advertências ou até ser dada por terminada;

Dever de trabalhar ou realizar as tarefas que lhe forem destinadas, nomeadamente realizar serviços auxiliares no

14. estabelecimento até 3 meses por ano ou por período superior com o seu consentimento.

O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) estabeleceu as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, também designadas como “Regras de Nelson Mandela” – as regras que mais importa aqui referir são as seguintes: Regra 2, n.º 2; regra 4, n.º 2; regra 13; regra 18; regra 19; regras 20 a 35; regra 46; regra 52, n.º 2; regra 67, n.º 4; regra 69; regra 84, n.º 2; regra 96; regra 101; regra 105; regra 109 e regra 110.

Importa ainda mencionar a síntese informativa\* elaborada pela Divisão de Informação Legislativa Parlamentar (DILP) sobre esta matéria, denominada “Direitos e deveres dos reclusos: Enquadramento nacional e internacional”.

## Deficiências na prestação de cuidados médicos e de saúde aos reclusos:

Nós que não estamos privados da liberdade talvez não tenhamos plena noção da gravidade do problema de saúde que se coloca nas prisões portuguesas. Como tal, fornecerei alguns dados\* variados com o objectivo de iluminar a problemática:

1. Há 22 médicos para 11.588 reclusos, o que dá uma média de 1 médico para mais de 520 presos;
2. Há 186 enfermeiros, havendo 1 enfermeiro por cada 67 prisioneiros;
3. Não é possível realizar colheitas de sangue com regularidade, nem diagnosticar e acompanhar o estado de saúde dos reclusos, sendo alta a probabilidade de ocorrerem surtos (tal como se verificou na pandemia de COVID-19);
4. De 2022 para 2023 houve menos fundos para clínica geral, farmácia e enfermagem, tendo esta última área registado um corte de mais de 90.000 euros para pouco mais de 50.000 euros;
5. Na psicologia os fundos mantêm-se iguais de 2022 para 2023, mas houve um forte desinvestimento de 2021 para 2022;
6. Na medicina dentária e psiquiatria os valores rondam os 10.000 euros;
7. Em 2022 o total anual de avenças foi de 189.800 euros e em 2023 é de apenas 148.200;
8. Em 2023 procedeu-se a um corte nas horas anuais: menos 104 horas de clínica geral e nos auxiliares de acção médica, menos 260 horas de técnico de farmácia e menos 1.574 horas de enfermagem;
9. Para todo o ano de 2023 estão previstos 786 contratos, com um valor total de despesa de 5.950.048,00 euros,

sendo que os contratos de trabalho têm um limite de 25 horas semanais;

10. 1/3 dos reclusos sofre de transtornos mentais;
11. Muitos reclusos nunca tiveram acesso a cuidados como vacinas, tratamentos de hepatites ou de HIV;
12. Muitos reclusos têm hepatites, HIV, doenças crónicas e degenerativas e cancro;
13. Há sobrelotação\*;
14. No relatório\* que a Provedora da Justiça\* enviou ao Presidente da Assembleia da República, Augusto Santos Silva, destaca-se o “carácter colectivo da maioria dos alojamentos” e as reduzidas áreas de alojamento por recluso, inferiores às orientações internacionais do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura (CPT) e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH);
15. O suicídio é a principal causa de morte.

O caso do Estabelecimento Prisional de Sintra é um exemplo que revela a urgente necessidade de melhoria neste sector: em 2022 existiam 116 reclusos com doença cardíaca, 149 que sofriam de doença endócrina, 145 com problemas imunológicos, 46 com doenças respiratórias, 126 músculo-esquelética e 374 sofriam de algum tipo de doença mental. Mais de 80% dos reclusos desta prisão sofria (e provavelmente sofre ainda, visto não serem os dados particularmente antigos) de sérios problemas de saúde. Imagine-se a diferença que seria feita na vida destas pessoas (e de tantas outras que se encontram presas) se investíssemos mais nos seus cuidados médicos, se investíssemos mais neste sector.

De 2022 para 2023 as seguintes actividades deste estabelecimento prisional ficaram em risco: realização de análises sanguíneas ao abrigo do protocolo com a infecciologia do Hospital Fernando Fonseca (HFF); implementação do projecto de urgência/emergência; implementação das consultas por videoconferência com o HFF; implementação das consultas para as doenças cardiovasculares, endócrinas, respiratórias e de saúde mental; colheita de dados inicial aquando da entrada no Estabelecimento Prisional; colheitas de análises internas; colaboração no programa PIPS; colaboração nas reuniões de equipa de saúde mental e formação em contexto escolar.

Num país que se preza por estar no topo dos rankings dos Estados com maior segurança\*, não custa lembrar que ficar privado de liberdade não significa ficar privado de saúde; isso não faz parte do contrato social. Tal como diz Hugo Esteves, docente na Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa e médico de saúde pública, “As prisões não dão votos. As

\*De Julho de 2020 \*De 2022 e 2023, retirados do Pordata, da CNN Portugal e do Diário de Notícias \*Segundo o Jornal Público, a “taxa geral de ocupação dos estabelecimentos prisionais é de 96,1%, mas mais de metade das cadeias em Portugal tem excesso de reclusos”. De acordo com o Mecanismo Nacional de Prevenção (MNP), quase metade dos presos em Portugal está num Estabelecimento Prisional sobrelotado. Ou seja, cerca de 5.422 reclusos estão a viver em condições de sobrelotação, o que representa cerca de 44,5% do total. \*De 2023. \*10 Maria Lúcia Amaral. \*Em 2023, Portugal é considerado o sétimo país mais seguro do mundo e o quarto na União Europeia. A conclusão é do Instituto para a Economia e Paz.

peças acham que uma das consequências dos reclusos, além de estarem privados da liberdade, é terem menos cuidados. Mas isso não faz sentido do ponto de vista da saúde pública”.

No nosso país uma das finalidades das penas é a finalidade de prevenção especial positiva\*, ou seja, pretende-se que a pena tenha uma função ressocializadora, isto é, que o agente seja reintegrado na sociedade após cumprir a sua pena; que no futuro ele conduza a sua vida sem cometer crimes. Não me admira que muitas das vezes este objectivo saia frustrado – como podemos desejar que o agente seja ressocializado, se, quando entra na prisão, tem mais probabilidade de, por exemplo, ser contagiado com infecções? Sorte temos se ele não ficar pior enquanto cumpre a sua pena!

Mais, os dados dizem-nos que 1/3 dos reclusos sofre de transtornos mentais e que o suicídio é a principal causa de morte nas prisões – será isto algo tão banal que não seja capaz de nos chocar? Será mesmo que o recurso ao suicídio acontece por remorso do prisioneiro? Ou será que as condições da prisão são deploráveis, tão deploráveis ao ponto de eles não verem outra solução? Tendo conhecimento destes dados devia claramente investir-se na área da psicologia nos estabelecimentos prisionais e não tapar os olhos a este problema.

Em uma entrevista ao Diário de Notícias\*, Carina Ferreira Borges, médica e coordenadora da área do álcool, drogas ilícitas e saúde prisional na OMS/Europa, resumiu numa frase algo de muito importante: “A saúde nas prisões tem de ser tratada como questão de saúde pública, e não marginalizada”. Precisamente, a comunidade vê somente os reclusos como marginais e delinquentes; como pessoas que cometeram crimes e que, por isso, devem ser afastadas do resto da população e encarceradas o maior tempo possível – quantos de nós já não ouvimos dizer (ou dissemos): “só 25 anos a pena máxima?”, “devia ficar preso para o resto da vida”, e por aí adiante. Estes populismos esquecem que por detrás de todo o criminoso há uma pessoa que, como qualquer outra, merece dignidade. “Criminosos somos todos”, já dizia Maria João Abreu, docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, numa das suas aulas de direito penal – “no mínimo, já todos falámos mal de alguém”. Claro que falamos de “crime” a diferentes níveis, mas, de qualquer forma, serve este exemplo para mostrar que não devemos ser altivos e, colocando-nos num pedestal, querer todo o mal para os outros, negando-lhes qualquer bem.

Na mesma entrevista, Cristina Ferreira Borges disse também - que “é fundamental que os países invistam mais nos sistemas informativos, porque sem dados sobre a saúde das pessoas não se podem fazer recomendações para mudanças de políticas ou para medidas correctivas que poderão ajudar na melhoria dos cuidados prestados.” Também a Secretária de Estado da Promoção da Saúde, Margarida Tavares, afirmou, na abertura da II Masterclass sobre as emergências em meio prisional, que ocorreu dia 21 de Abril de 2023 no

Estabelecimento Prisional de Santa Cruz do Bispo, que: “Precisamos de construir um modelo de interoperabilidade e extracção de dados que nos permita ter uma maior percepção sobre realidade epidemiológica nas prisões (...)”.

Não nos opomos, claro está, a que se invista na disseminação de informação sobre a saúde da população prisional; essa é indubitavelmente uma medida necessária e certamente que ainda há muito a fazer no sentido de tornar mais conhecido este problema, mas não cremos que será isso que fará a maior diferença. De nada adianta a comunidade estar muitíssimo bem informada sobre os problemas na área da saúde prisional se não muda a visão que tem do recluso. O que quero dizer é que algumas informações já são bem conhecidas pelo Estado e ainda assim a “solução” fornecida entre nós foi a de fazer cortes em áreas onde se devia era aumentar os recursos. Portanto, investimento na difusão de informação, sim, mas talvez investimento também em formações sobre a condição dos reclusos seja fundamental. Se mudarmos o modo como a sociedade olha para o preso, não só como um criminoso mas como um ser humano, se juntarmos ao desprezo um pouco de compaixão, talvez as mudanças, como seja o caso de um maior investimento nas áreas que temos vindo a mencionar, ocorram naturalmente.

Francisca Van Dunem, ex-ministra da Justiça, afirmou a 2 Março de 2021 que o sistema prisional é “o espelho da sociedade que somos, qualificando-nos, ou não, como seres humanos, na responsabilidade solidária que a dimensão colectiva da nossa humanidade encerra”. Não podíamos estar mais de acordo. Numa analogia religiosa: tratar os reclusos com respeito não significa “perdoar-lhes todos os pecados”, significa sim mostrar que, apesar dos seus crimes, somos capazes de “dar a outra face”\*.

### Possível responsabilidade médica:

Não só o Estado tem o dever de prezar pelo bem-estar dos reclusos. Também os profissionais da área da saúde, designadamente os médicos, têm o dever de cumprir a sua função com o devido rigor e no melhor das suas capacidades e habilidades, seja quando tratam de pessoas em liberdade, seja quando tratam de reclusos. Estão a isso vinculados, não só pelo Juramento de Hipócrates por eles efectuado, mas essencialmente pela lei.

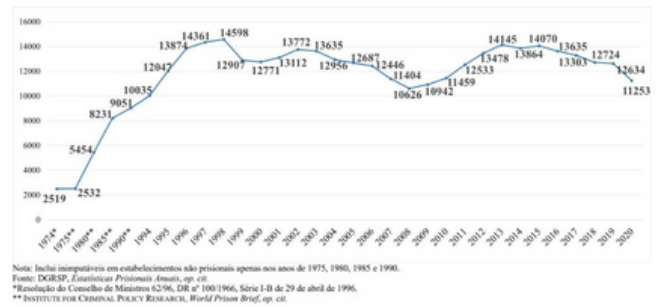
Vejamos neste capítulo a responsabilidade disciplinar, penal e civil a que os médicos estão sujeitos, focando-nos na responsabilidade que mais interessa aqui e que eles poderão vir a incorrer se desempenharem as suas funções incorrectamente quanto têm de tratar de um preso.

**A responsabilidade disciplinar está regulada no:**

- Estatuto da Ordem dos Médicos (Lei n.º 117/2015, de 3 de Agosto e Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de Julho);
- Estatuto Disciplinar (Regulamento n.º 631/2016, de 8 de Julho e Decreto-Lei n.º 217/94, de 20 de Agosto);

\*Para além das finalidades de prevenção geral positiva, que têm como finalidade afastar a generalidade dos membros da comunidade da prática de crimes, assim como manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na vigência das normas violadas (isto é, mostrar à comunidade que, apesar de determinada norma ter sido violada, ela continua a ser válida). \*A 15 de Fevereiro de 2023. \*Frase na doutrina cristã do Sermão da Montanha, que se refere a responder sem vingança.

- Código Deontológico (Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho).



## A responsabilidade penal está regulada no Código Penal, designadamente nos seguintes artigos:

- Artigo 137.º (Homicídio por negligência);
- Artigos 143.º, 144.º e 148.º (Ofensas à integridade física);
- Artigo 147.º (Agravação pelo resultado);
- Artigo 156.º (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários);
- Artigos 168.º, 177.º e 178.º (Procriação artificial não consentida);
- Artigo 195.º (Violação de segredo);
- Artigo 200.º (Omissão de auxílio);
- Artigo 260.º (Atestado falso);
- Artigo 283.º (Propagação de doença, alteração de análise ou de receituário);
- Artigo 284.º (Recusa de médico);
- Artigo 285.º (Agravação pelo resultado).

## A responsabilidade civil está regulada:

- Na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro;
- Na Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho;
- No artigo 483.º do Código Civil.

**Focando-nos na relação entre médico e recluso**, creio que, daquilo que foi anteriormente referido, importa destacar as seguintes disposições legais:

- Artigos 138.º/3 (proibição de invocação de objecção de consciência) e 139.º/4/5 (proibição de violação do segredo profissional) da Lei n.º 117/2015, de 3 de Agosto;
- Artigos 14.º (dever de respeito pelo doente), 19.º (dever de esclarecimento ao doente), 27.º (dever de usar de especial solicitude e cuidado para com o idoso e deficiente) e 30.º/4/5 (proibição de violação do segredo profissional) do Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho;
- Artigos 137.º (homicídio por negligência), 195.º (violação de segredo profissional), 200.º (omissão de auxílio), 284.º (proibição de recusa) e 285.º (agravação pelo resultado) do Código Penal.

## Melhorias:

Muito se critica o sistema prisional português e, apesar de muitas vezes haver motivos para tal, tantas outras vezes caímos na tendência humana de “dizer mal primeiro, e ver os factos depois” (quando esses factos/dados são sequer consultados, o que nem sempre acontece).

Por exemplo, os dados mostram-nos que a população prisional baixou de 14.070, em 2015, para 11.253, em 2020, como demonstra o gráfico abaixo representado.

De referir também que, em 2021, a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais iniciou a formação de 154 guardas prisionais através da frequência do Curso de Formação Inicial da Carreira de Guarda Prisional.

Outro dado relevante é que, em Janeiro de 2022, uma percentagem de 18% dos reclusos estava a cumprir pena por crimes relacionados com droga\*, percentagem esta inferior à média europeia de condenações por crimes desta natureza.

Especificamente na área da saúde, várias mudanças positivas têm vindo a ser feitas quanto às dificuldades no acesso à saúde e tratamento médico dos reclusos. Vejamos algumas:

Em 2022, o acesso aos cuidados de saúde no estabelecimento prisional do Funchal foi reforçado, possibilitando o acesso aos reclusos a teleconsultas, tornando assim mais fácil aceder às várias especialidades médicas sem incorrer na dificuldade da deslocação do preso para fora do estabelecimento prisional. Em geral, no nosso país ocorreram melhorias significativas na área da telessaúde, como é exemplo a criação, no mesmo ano, de 52 Balcões do SNS24 em todo o Continente.

Na sessão de lançamento pela OMS do segundo relatório sobre o Estado da Saúde nas Prisões e na Região Europeia da OMS (2022) estiveram presentes os Ministérios da Saúde, da Justiça e da Ciência e Ensino Superior, para se poder debater abertamente as questões de saúde prisional.

De mencionar também a criação, já em 2023, de um grupo de trabalho entre o Ministério da Saúde e o Ministério da Justiça, para a definição de um plano operacional para a saúde nas prisões até 2030.

Creio eu que reuniões deste tipo são de extrema importância. O Estado é o organismo apto para fazer face a este problema e isso só é possível através da entretajuda e colaboração dos vários Ministérios. Para além disso, se não houver diálogo dificilmente falaremos em mudança, seja ela de que tipo for.

Outras melhorias vão no sentido do alargamento do programa de troca de seringas em meio prisional, o acesso a PrEP (profilaxia pré-exposição ao HIV – uso de medicação para evitar uma infecção por HIV), o acesso ao tratamento com agonistas opiáceos e a implementação de programas de estimulação cognitiva.

Em geral, em 10 anos, muito mudou para melhor: por exemplo, não tínhamos cura para a hepatite C e a partir de 2015 foram autorizados mais de 30.000 tratamentos em Portugal, muitos deles feitos a reclusos, visto que é frequente padecerem de hepatites virais.

Para além do tratamento do HIV e das hepatites, também já se conseguiu uma elevada redução dos casos de tuberculose no meio prisional.

Portanto, como se constata afinal, Portugal pode ter as suas dificuldades económicas, mas certamente que não o é em vontade de ser mais e de fazer melhor. Como dizia Oscar Wilde “Para um Homem ou para uma nação, o descontentamento é o primeiro passo para o progresso”.

## Referência à nova Lei da Saúde Mental:

No dia 20 de Agosto de 2023 entrou em vigor a nova Lei de Saúde Mental, aprovada pela Lei n.º 35/2023, de 21 de Julho.

### Mudanças\* que esta lei veio trazer:

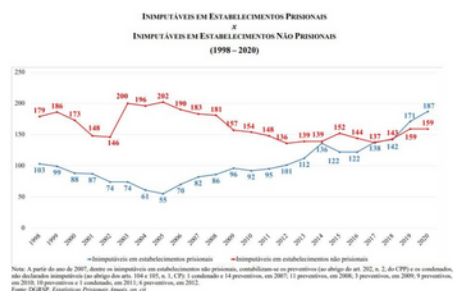
- São garantidos mais direitos e garantias às pessoas com necessidade de cuidados de saúde mental;
- As pessoas com necessidade de cuidados de saúde mental passam a poder eleger uma “pessoa de confiança” para apoiar o seu percurso de cuidados e podem expressar directivas antecipadas de vontade relacionadas com os seus cuidados;
- O internamento compulsivo dá lugar, na nova lei, à figura do tratamento involuntário, preferencialmente em regime de ambulatório e só excepcionalmente através de internamento;
- A sujeição de cidadãos com doença mental a tratamento involuntário pode ser determinada em caso de recusa do tratamento medicamente prescrito e só em situações de perigo para si ou para terceiros, salvaguardando-se a hipótese de participação e decisão do cidadão na elaboração do seu plano de cuidados;
- Cessa a possibilidade de prorrogação sucessiva das medidas de segurança de internamento de cidadãos inimputáveis (deixando, assim, de haver medidas de segurança perpétuas, que é algo de extremamente relevante). A cessação das medidas depende de determinação judicial, estando os serviços da Justiça, Segurança Social e Saúde em articulação para avaliar cada situação e definir a forma de acompanhamento adequada;
- Esta alteração da lei abrangeu 46 cidadãos que se encontravam actualmente em situação de prorrogação de medida de segurança de internamento, distribuídos pelo continente e pela Região Autónoma da Madeira.

“A nova lei de saúde mental, que entrou recentemente em vigor, obriga a que um inimputável condenado não possa cumprir mais tempo em reclusão do que aquele a que foi condenado, saindo da prisão no final da pena, mas para a APAR (Associação Portuguesa de Apoio ao Recluso), o objectivo é que nunca cheguem a entrar.”\*

O secretário-geral da APAR, Vítor Ilharco, é apologista a este propósito de que “Um inimputável não deve estar preso nas cadeias. Defendemos que os inimputáveis devem estar em internamento hospitalar. Não é a mesma coisa do que estar na cadeia”.

Eu não acredito que levar este tipo de presos para um hospital que trate do foro psiquiátrico seja o mais adequado; acredito, sim, que devem ser criados (ou melhorados) espaços dentro do recinto da prisão que contenham todas condições necessárias para o tratamento humano, digno e profícuo da debilidade mental em causa, não estando assim estes presos em contacto directo e nos mesmos espaços que os reclusos sem anomalias psíquicas, mas ainda assim dentro de um estabelecimento fechado e seguro. Não nos podemos esquecer que, apesar da sua condição mental, o agente cometeu um crime e, se ele foi condenado (a uma medida de segurança), foi, em primeiro lugar, porque preenchia o necessário pressuposto da perigosidade (como dispõe o artigo 40.º/3 do Código Penal). Eu questiono: seria para os restantes pacientes do hospital psiquiátrico estar lado a lado com alguém que, apesar de, apesar de, padecer de anomalia psíquica, poderá ser um forte risco para um bem jurídico? Não me parece nada justo!

Por mera curiosidade, coloco aqui o gráfico seguinte a propósito do que foi referido supra, isto é, a indagação de qual será o local indicado para colocar os reclusos inimputáveis – se em um estabelecimento prisional, se em um estabelecimento não prisional:



## Conclusão:

Se por um lado é verdade que a Lei\* é a mais alta e majestosa instituição, é verdade também que ainda há muito a ser feito para que no dia a dia ela possa ser justamente colocada nesse patamar. Afinal, de nada serve fazer promessas se elas não forem cumpridas; de nada vale garantir um direito, se ele não é efectivado ou é consagrado deficientemente.

Já dizia Richelieu, numa expressão feliz, que “Fazer uma lei e não velar pela sua execução é o mesmo que autorizar aquilo que queremos proibir”.

Gostamos de pensar que somos esclarecidos e evoluídos, mas, se obstamos, consciente ou inconscientemente, ao íntegro, completo e devido acesso de cuidados de saúde àqueles que precisam, como é precisamente o caso dos que estão encarcerados, nada mais somos do que seres que, como animais, não conhecem o conceito de dignidade e, sem isso, estamos todos condenados ao fracasso.

\*Mencionadas no comunicado da saúde mental de 18 de Agosto de 2023 no site do SNS. \*Trecho retirado de uma notícia publicada no Jornal Observador, de 8 de Outubro de 2023. \*Entendida em sentido amplo.



Fontes:

<https://direitodamedicina.sanchoeassociados.com/direito-da-medicina/responsabilidade-medica/>  
[https://www.observatoriodireitoshumanos.net/atividades/relatorios/relatorio\\_DireitoSau deRecluso.pdf](https://www.observatoriodireitoshumanos.net/atividades/relatorios/relatorio_DireitoSau deRecluso.pdf)  
<https://www.sns.gov.pt/noticias/2023/04/24/saude-nas-prisoas-5/>  
<https://www.ffms.pt/pt-pt/direitos-e-deveres?search=reclusos&field=topic+and+subject=All&page=0#532>  
<https://portal.oa.pt/ordem/comissoes-e-institutos/trienios-anteriores/comissao-dos-direitos-humanos/trienio-2005-2007/comunicados-e-regulamentos/carta-dos-direitos-e-deveres-dos-detidos-e-dos-reclusos/>  
<https://observador.pt/2023/10/08/associacao-quer-apoio-da-ordem-dos-medicos-para-retirar-inimputaveis-das-prisoas/>  
[https://www.sns.gov.pt/wpcontent/uploads/2023/08/Comunicado\\_Sa%C3%BAde\\_Mental\\_.pdf](https://www.sns.gov.pt/wpcontent/uploads/2023/08/Comunicado_Sa%C3%BAde_Mental_.pdf) Há risco de saúde pública nas prisões portuguesas? Cada médico tem de cuidar de mais de 520 presos. E há um enfermeiro para cada 62 reclusos - CNN Portugal (iol.pt) <https://www.dn.pt/sociedade/a-saude-nas-prisoas-tem-de-ser-tratada-como-questao-de-saude-publica-e-nao-marginalizada--15839907.html>  
<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/noticia?i=-acesso-aos-cuidados-de-saude-no-estabelecimento-prisional-do-funchal-vai-ser-reforcado> [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf)  
<https://journals.openedition.org/spp/2598>  
<https://rr.sapo.pt/noticia/pais/2023/06/29/portugal-e-considerado-o-setimo-pais-mais-seguro-do-mundo/337212/>  
<https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/Sinteses/41.DireitosDeveresReclusos/41.pdf> Prisão deve quebrar o ciclo que levou as pessoas ao crime - XXII Governo - República Portuguesa (portugal.gov.pt) Quase metade dos reclusos em Portugal estão em cadeias sobrelotadas | Justiça | PÚBLICO (publico.pt) Estado não garante condições mínimas de alojamento aos reclusos, alerta relatório da Provedora da Justiça enviado a Santos Silva - Expresso <https://eco.sapo.pt/2023/10/23/um-presos-em-portugal-custa-5633-euros-por-dia-ao-estado/>  
<https://www.sns.gov.pt/noticias/2017/12/05/vih-e-sida-profilaxia-pre-exposicao/> [https://www.fd.uc.pt/idpee/pdfs/bd\\_2020.pdf](https://www.fd.uc.pt/idpee/pdfs/bd_2020.pdf)  
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK>  
<https://www.sns.gov.pt/publica/pt%2Fapi%2Fv1%2Farticles%2F34341-o-direito-fundamental-a-protecao-da-saude.pdf&usg=AOvVaw051QLm5dHGXBXOOAdFK9ND&opi=89978449>

# Breves Considerações sobre a Discriminação e a Modificação Genética - A Necessidade Vital do Estabelecimento de Limites Éticos e Legais



Por **Francisco Amaral**. Vivida em Aveiro, atualmente, a minha vida encontra-se no Porto, onde estudo Direito, na Universidade Católica Portuguesa. Afastado da paixão artística por quatro anos, sou norteado pela Verdade, Justiça e Rigor, encontrando-me profundamente dedicado ao estudo dos Direitos Humanos e da Cultura Universal. Serei sempre grato aos ombros que me carregam, sejam eles “de gigantes” ou de amizade.

## Introdução:

A introdução da ideia moderna de liberdade, despejada de quaisquer pruridos religiosos ou éticos marcados pela época, foi pensada por Baruch Spinoza, ou Bento de ESPINOSA por ser portuguesa a sua nacionalidade. Este autor defende que o alcance da verdade apenas é conseguido pelo uso puro da razão. A democracia liberal\*, tal como hoje ela é concebida, foi criada através desta ideia. Foi a partir dela que diversos autores, notáveis do seu tempo, ecoando as suas ideias até às nossas bibliotecas atuais, criaram as teses que mudaram o mundo moderno. ESPINOSA foi a inspiração de ideias como a obra “Segundo Tratado do Governo”, de John LOCKE ou a doutrina do utilitarismo de John STUART MILL, com a sua doutrina do utilitarismo, protagonizando, essencialmente, estes dois, um papel essencial para o Liberalismo e a Democracia Liberal e, conseqüentemente, para a Ciência, pelo menos, um com a introdução das suas ideias liberais e o outro com o avanço do método científico, elaborado primeiramente por BACON.

Imbuído por esta ideia, como se adivinhasse os génios vindouros, Francis BACON, considerado o pai fundador da Ciência Moderna, criou o método científico. Este método permitiu-nos obter todo o conhecimento científico existente atualmente. Por exemplo, a descoberta de vacinas como a do Covid-19; o entendimento do corpo humano e suas reações e, conseqüentemente, a sua intervenção médica para resolução de problemas de saúde, ou até, a modificação genética para posterior solucionamento de problemas biológicos ou melhoramento humano. Este método foi idealizado por BACON na sua obra\* com o objetivo de vir substituir o método científico aristotélico, o Organum de Aristóteles. Conste-se que não consiste somente em substituir os instrumentos lógicos, mas sim, recomeçar todo o processo onde todos os erros começaram – no início. Na verdade, as lacunas do conhecimento encontram-se na sua própria fundação, isto é, na própria mente humana, visto que esta é deturpada pelos sentidos, turvando a visão objetiva e

ideal do conhecimento científico.

Consiste, primeiramente, o objetivo de BACON, tal como o de ESPINOSA, em despejar a realidade de quaisquer influências religiosas, em particular, ou externas que deturpam o nosso olhar da objetiva realidade. Diz ele, “*Let men learn (as we have said above) the difference that exists between the idols of the human mind and the ideas of the divine mind*”\*. Continua, “*Truth, therefore, and utility are here perfectly identical, and the effects are of more value as pledges of truth than from the benefit they confer on men*”, salientando que a verdade e a utilidade são aquilo que a Ciência deve prosseguir, acima de tudo. Assim, o método científico consiste, em primeiro lugar, na observação da realidade desprovida de pruridos externos, formulando uma determinada questão, em segundo lugar, formulando uma hipótese, isto é, possíveis explicações para o fenómeno observado em causa, em terceiro lugar, elaborando induções e deduções sobre a hipótese em causa, avançando com possíveis explicações para o seu fenómeno, e em quarto e último lugar, a experimentação da hipótese para comprovar as possíveis explicações formuladas.

A revolução cognitiva que se iniciou com a criação da linguagem plantou a semente que deu início às raízes da árvore do conhecimento e à evolução que a partir daí se originou. Sendo o momento da criação linguística um dos problemas mais complexos desta ciência, é incerto quando surgiu esta revolução e, por isso, quão compridas são as raízes da nossa civilização. No entanto, é certo que a linguagem foi a impulsionadora, se não mesmo, o pressuposto da civilização, compondo a nossa própria natureza\*. Sendo social este animal, é certo que, como vastamente demonstrado pela ciência, os animais que são sociais, e que por isso vivem em sociedade\*, tendem a comportar-se do mesmo modo, desenvolvendo os mesmos hábitos e maneiras de agir e reagir. Por isso mesmo, também, dadas as inúmeras vantagens de viver em sociedade, os animais, em geral, e o ser humano, em particular, foram concretizando a teoria da seleção natural, fortalecendo-se cada vez mais, e extinguindo cada vez mais as espécie mais fracas.

\*Esta nota inicial sobre a Democracia Liberal é fundamental dado que autores como FUKUYAMA entendem, e com razão, que o único sistema político em que é possível a criação de uma postura ética no progresso biotecnológico é o da Democracia Liberal. Vide FUKUYAMA, Francis. *O Nosso Futuro Pós-Humano*. Lisboa: Quetzal Editores, 2002. Pág. 291.\*BACON, Francis. *Novum Organum*. Porto: Rés, 1991.\*BACON, Francis. *Novum Organum*. Porto: Rés, 1991. P. 110\* “O homem é um animal social”, de ARISTÓTELES. \*\*Benefits of grouping can be considered to fall within three broad categories: predator avoidance, foraging advantages, and avoidance of conspecific threat”, vide GARBBER, Sue BOINSKY and Paul A. On the move: How and why animals travel in groups. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2000. P. 27.

Assim, desde a Revolução Cognitiva\*, o Homo Sapiens, em particular, tinha a capacidade de mudar de comportamento rapidamente, como consequência das necessidades sociais e naturais que se lhe impunham, suportando cada vez mais as exigências da seleção natural da espécie e subindo cada vez mais ao inalcançável trono das espécies, dominando, invariavelmente, os restantes animais.

Se é verdade que a Química é a ciência do século XIX e a Física do século XX, mais verdade é que, a *fortiori*, a genética é a ciência do século XXI. No século passado, deu-se uma extraordinária manipulação do átomo, tendo-nos permitindo criar, por exemplo, as devastadoras bombas atómicas e bombas de hidrogénio. No presente século, assiste-se há ainda singular manipulação dos genes dos seres vivos, incluindo os a nossa espécie, com consequências indetermináveis.

## A biografia genómica

Foi Gregor Johann Mendel, austríaco de nacionalidade, quem, no século XIX, pela primeira vez, estabeleceu as bases científicas para a hereditariedade, assistindo-se à prevalência do Mendelismo sobre o Darwinismo. Até aquele momento, a ciência acreditava, como formulou Darwin na sua obra, “A origem das espécies”, que a evolução era a acumulação de pequenas modificações aleatórias que se obtinham através de uma seleção natural, e não que a hereditariedade pudesse vir dividido em “peças”, completando a estrutura complexa de Darwin\*. Foi, no entanto, Hermann Joseph Muller quem, em 1927, conclui que era fisicamente possível obterem-se mutações dos genes através do bombardeamento com raios X para os mesmos. Foi por causa do Nobel da Medicina que temos o conhecimento da genética moderna tal como ele é hoje, e por causa dele, também, que são possíveis a mutação genética e as suas inúmeras consequências.

Foi a 28 de maio de 1986 que se deu início ao Congresso “Molecular Biology of the Homo Sapiens”, em Nova York. Aqui se dedicou uma sessão ao início do “Projeto do Genoma Humano”, terminado em 2003, onde se pretendia intensificar e concentrar os esforços humanos e económicos para o estudo do genoma humano, no menor tempo possível, com o objetivo principal de compreender e tratar as doenças hereditárias\*. Estimava-se que o projeto concluir-se-ia em 2020, tendo sido gloriosamente antecipado por 17 anos, sendo, claramente, um sucesso inequívoco para a Humanidade. Em 1998, juntamente com a criação da Human Genome Organization, uma organização consultiva do projeto, com o objetivo de promover a coordenação e cooperação, constituíram-se vários projetos de angariação de fundos, como foi o caso das angariações arrecadadas pelo National Institute of Health, onde se notou uma forte colaboração de esforços a nível internacional.

Assim, apesar de o estudo sistematizado do ácido

desoxirribonucleico (ADN) se ter iniciado em 1986, como referido, foi em 2003, 15 anos e 3 bilhões de dólares depois\*, com a conclusão do Projeto do Genoma Humano, no qual se logrou efetuar o mapeamento e sequenciação do genoma humano. Aí iniciou-se a Revolução Genómica cujo problema é o de ter surgido num mundo e numa era não preparados para assumir as suas consequências. O passo que a Humanidade, lentamente, está a dar é equivalente ao precipício seguido das várias revoluções ocorridas ao longo da civilização com a Revolução Cognitiva\*, a Revolução Agrícola, a Revolução Industrial e a Revolução Tecnológica.

Foi a partir da primeira intervenção autorizada\*, a 14 de setembro de 1990, que a terapia genética começou a ser tratada com mais confiança e abrangência. Em 1996, nasce a ovelha Dolly, o primeiro mamífero clonado\*. Em 1999, ocorreu a primeira sequenciação do primeiro cromossoma humano, o 22. Em 1999, também, investigadores conseguiram transmitir hereditariamente um cromossoma artificial à geração seguinte, dando-se, diga-se, o primeiro passo para a modificação artificial de genoma humano de uma forma hereditária sem que ocorram mudanças sociais ou naturais significantes, murando, assim, potencialmente definitivo, a teoria da seleção natural. Foi já no início deste século, a partir do ano de 2000, que foram sequenciados os restantes cromossomas, e assim, mapeando o genoma humano, na sua completude.

Porém, foi somente a 26 de junho de 2000 que foi publicada a primeira sequência do genoma humano, tendo os cientistas conseguido identificar toda a composição química do DNA humano, dando-se um grande passo para a descodificação do mapa do código genético. Esta descoberta possibilitou o desvendamento de alguns dados relevantes. Em particular, são de constar que (1) a identificação da composição do DNA permite confirmar que cada pessoa partilha 99,9% do código genético com os seus semelhantes; (2) que as hipóteses de dois indivíduos poderem ter personalidade e comportamentos iguais são nulas, confirmando-se a singularidade de um ser vivo e (3) que não existe qualquer relação entre a complexidade do organismo e a quantidade de DNA, assentando a diferença no modo como os genes se combinam, a sequência.

Neste sentido, o genoma humano pode ser definido através da comparação com um livro. Consiste numa tese dividida em 23 capítulos, os pares de cromossomas (os cromatídios) – dividindo-se estes em 23 do espermatozoide e 23 do ovócito –, na qual estão escritas todas as instruções individuais e hereditárias de um indivíduo. Os capítulos estão divididos em secções – os genes –, sendo estes as unidades físicas e funcionais do conteúdo hereditário, determinando estes as características hereditariamente transmitidas e a personalidade humana de cada um. Dentro das secções, existe uma pequena parte que fornece a receita para a produção das proteínas, as palavras. Estas, por sua vez, são constituídas por letras, chamadas bases. De certa maneira, pode dizer-se que o genoma humano é o Livro da Vida, pois contém toda a informação de que um indivíduo possui. Na verdade, este

\*Remetendo para a Revolução introduzida pela consciência humana e criação de uma linguagem. \*ISCHER, Ronald. The genetical theory of natural selection. Oxford: Oxford University Press, 1930. Págs. 34-37.\* Vide CANTOR, Charles R. “Orchestrating the Human Genome Project.” Science New Series, Vol. 248.No. 4951 (1990): Págs. 49-51; e ainda, AUFRAY, Charles. O genoma humano. Instituto Piaget. 1996. Pág. 73.\*HARARI, Yuval Noah. Sapiens: A Brief History of Humankind. London: 1st Editions, Penguin Random House UK, 2011. Pág. 459.\*Entendendo-se esta abrangendo a descoberta da roda e do fogo, o que permitiu, pela possibilidade que deu a outras células de se desenvolverem, a libertação dos músculos da boca. Por exemplo, através da difícil tarefa de comer alimentos mais moles e fáceis, com o fogo, o ser humano desenvolveu-se noutras áreas do cérebro, criando, entre outras coisas, a linguagem. \*Uma terapia foi realizada a uma criança com deficiência na ADA, não produzindo anticorpos suficientes para sobreviver.\*É de alertar o que disse FUKUYAMA na Comissão Nacional do Aconselhamento Biomédico, no que toca aos perigos das experiências em seres humanos. No caso da ovelha Dolly foram necessárias mais de 270 tentativas para haver uma clonagem sucedida tendo, mesmo assim, nascido com telómeros mais curtos, esperando-se, consequentemente, maiores problemas e uma vida mais curta. Vide, FUKUYAMA, Francis. O Nosso Futuro Pós-Humano. Lisboa: Quetzal Editores. 2002. Pág. 129

determina o património genético de cada um, isto é, o modo de cada um ser, pensar e de estar no mundo.

O desenvolvimento da genética conduziu à genómica, isto é, a passagem do estudo de um número reduzido de genes para o seu conjunto de uma espécie. Foi esta mudança que tornou possível a sequenciação do genoma. Com o aparecimento das biotecnologias e bioengenharias, possibilitando cientificamente a intervenção sobre o gene humano intensificam-se vários problemas de ordem moral e ética pelo objeto a que se propõe tratar.

Assim, criação da bioética\*, isto é, o conjunto de regras reguladoras de práticas médicas, através da ética, com o objetivo de estabelecer um limite rigoroso da atuação científica no campo biológico, em particular, nos seres humanos, não é recente nem desprovida de fundamento. O juramento de Hipócrates, que remonta ao século V antes de Cristo, é um verdadeiro código deontológico no sentido em que o entendemos hoje, estabelecendo um conjunto de princípios que os médicos têm de ter para com os seus doentes. Com o avanço do tempo e da tecnologia, além de se terem questionado os deveres que um médico deve ter para com o seu paciente, também se questionou sobre os limites que a medicina deve ter, para não contrariar os valores éticos e morais da sociedade atual. A Humanidade encontra-se num mundo onde a ciência permite ou permitirá tudo, inclusivamente a ausência de quaisquer limites. É com esta consciência que se dá a Revolução Genómica, havendo a necessidade de estabelecer limites éticos para uma ciência que já não conhece os seus limites no campo teórico. Trata-se, portanto, da necessidade séria de criar limites onde a inteligência e capacidade humanas os eliminaram.

A partir do momento em que o ser humano consegue modificar geneticamente o seu código de ação e existência, clonar pessoas ou animais ou até mesmo criar artificialmente seres vivos sem intervenção da natureza, e por isso, sem interferência da seleção natural, transforma-se no Deus que diz tê-lo criado. E é preciso muita cautela nesse progresso, na medida em que um dos grandes obstáculos à elaboração progressiva e ponderada de um sistema regulamentar de bioética no âmbito da biotecnologia humana é a sua natureza incontrolável e incontornável\*.

Os extraordinários avanços científicos realizados no genoma humano e na engenharia genética criaram inúmeros problemas morais e éticos sem o vislumbre de qualquer solução. Por exemplo, em que medida deve ser aceite que uma pessoa seja objeto de experimentações genéticas para que se possa concretizar e formular com rigor as terapias genéticas? Em que medida pode ser possível a plasticidade e artificialidade humana, isto é, nos termos da bioética, pode haver critérios de melhoramento humano escolhendo, como que se de um catálogo se tratasse, a cor do cabelo, dos olhos, o nível de inteligência e força, ou até mesmo, a cor da pele ou tendências sociais que são da escolha pessoal e livre de cada

um? De que forma é benéfico a morte da morte, na medida em que, num estado mais avançado da ciência da genética, o nascer e o morrer passaram a ser escolhas pessoais e de preferência quanto à possibilidade ou tempo escolhido, passando, conseqüentemente, a questão da eutanásia a ser tratada diferentemente\*. Ainda mais polémico, a possibilidade de clonagem humana para preenchimento de trabalhos e pessoas com genialidade singular, potencializando o futuro da Humanidade com o prolongamento da inteligência? Chegará, inevitavelmente, o momento em que a genética e a nossa sociedade capitalista libertam-se dos entraves naturais (e éticos?), satisfazendo a sua ambição e vontade, sendo o Homem o criador do Homem, desviando a questão de Deus por um esvaziamento da sua função e um nivelamento de “poderes divinos”. Chegará o tempo em que o Homem se transformará no seu Deus.

O encurtamento dos telómeros parece ser a principal razão do envelhecimento e morte das células, primordialmente, pelas células das paredes das artérias, geralmente, terem telómeros mais curtos do que as células das paredes das veias, envelhecendo mais rapidamente as células das paredes arteriais, dada ao maior stress e tensão a que estão sujeitas pelo sangue arterial. Como as células contraem e expandem a cada pulsação, as células arteriais sofrem mais danos do que as venosas. A nossa morte é provocada pelo envelhecimento das artérias endurecidas e não das veias\*, que deixam de conseguir executar a sua cópia celular, dado o agastamento das extremidades dos telómeros e seu progressivo encurtamento. Contudo, o envelhecimento do cérebro não pode ser explicado de igual forma e facilidade, pois as células deste não se substituem ao longo da vida, mas duplicam-se as chamadas células da glia, sendo possível, defende a doutrina minoritária, que os seus telómeros encolham. No entanto, a maioria das coisas a que associamos ao envelhecimento, como o cancro, a fraqueza muscular, as alterações da elasticidade da pele, etc., não tem que ver com a impossibilidade de divisão das células, pelo contrário.

É relevante referir que, felizmente, onde os bioquímicos e os médicos falharam, os evolucionistas conseguiram explicar, com a teoria evolutiva do envelhecimento. Parece que, ao longo da vida, a seleção natural elimina todos os genes que podem causar danos ao corpo antes ou durante a reprodução, não conseguindo, porém, eliminar os genes que danificam o corpo na velhice pós-reprodutiva, pois já não existe produção de géneses, geralmente. Por isso mesmo, é possível explicar que as espécies de envelhecimento mais lento tendem a ser fisicamente maiores que os que envelhecem rapidamente\*. Claro está que existem fatores externos que ajudam certas espécies a viver mais anos do que o seu corpo demonstra, como as habilidades sociais e de construção do ser humano, ou as habilidades dos chimpanzés, por exemplo, criarem “armas” para se protegerem.

É certo que as células cerebrais são eliminadas pelo seu não uso, isto é, mais do que a perda de ligações sinápticas, envelhecer também significa a morte completa das células. As

\*Atentando à sua origem etimológica, o sítio de onde deve partir toda a interpretação, do grego, a palavra bios significa vida e éthiké significa ética, concluindo-se que a Bioética deve ser o diálogo que deva existir entre a vida e a Ética, independentemente da indeterminação que ambos os conceitos têm.” FUKUYAMA, Francis. O Nosso Futuro Pós- Humano. Lisboa: Quetzal Editores. 2002. Pág. 282. \*Na verdade, a partir do momento em que a vida deixa de ter um fim estabelecido e certo, toda a natureza humana sofrerá uma revolução completa. Em particular, a eutanásia passará a ser a única possibilidade de felicidade, por possibilitar finitude a uma vida interminável, ou terminável pela vontade. Não será mais vista como moralmente incorreta esta posição, pois passa a ser a única porta que se poderá construir para a morte, num quarto escuro e fechado que é a vida. \* RIDLEY, Matt. Genoma - Autobiografia de uma espécie em 23 capítulos. Gradiva, 2001. Pág. 211.; vide também ob. cit. CHANG, E., e HARLEY, C. B. (1995), «Telomere length and replicative aging in human vascular tissues», in Proceedings of the National Academy of Sciences of the USA, 92, 11190-11194.\*Por exemplo, enquanto os elefantes vivem 60-70 anos e as formigas 1-2 anos.

células que não se desenvolvem, não são necessárias, pelo que não cumprem o seu dever e morrem. É, também, logicamente correto afirmar que, aquando da descoberta das técnicas que possibilitam a modificação genética destes termos, a possibilidade da imortalidade\* começa a ser um jogo em aberto, e com ele o jogo do capitalismo. Posteriormente, como consequência natural da unificação do capitalismo com a ciência humana, no campo ético e legal, as repercussões a nível da violação dos princípios da igualdade, liberdade e dignidade humana serão vastas e irreparáveis.

Na verdade, as biológicas molecular, celular e genética não são inteiramente desconhecidas dos nossos novos hábitos sociais. Os Organismos Geneticamente Modificados obtidos através da técnica do DNA recombinante\* dão origem, por exemplo\*, ao Arroz Dourado\*. No caso particular do Arroz Dourado, com a propulsão da vitamina A\*, importantíssimo para as várias funções vitais do nosso corpo, a modificação genética vem resolver as graves deficiências que grande porção da população mundial sofre. *"Children in many third world countries are at high risk of clinical deficiency [due to lack of Vitamin A], which may manifest as keratomalacia and blindness or as increased mortality due to infectious diseases. Recently absorbed vitamin A occurs transiently as retinyl esters in the chylomicrons, and most intracellular storage vitamin A in tissues is present as esters with long-chain fatty acids."*\*. Um número estimado de 190 milhões de crianças e 19 milhões de grávidas têm défice de vitamina A e milhões de pessoas, mais particularmente, em África e Ásia, ficam cegas todos os anos por isso\*: *"The WHO's goal is the worldwide eradication of VAD and its tragic consequences, including blindness, disease and premature death. Over the last decade global improvement in VAD control has been achieved, by promoting breastfeeding, intensifying the distribution of supplements, fortification of foods and through horticulture and education programs."*\*. Grande parte destes problemas podem ser resolvidos (ou facilitados) através da modificação genética de alimentos (personalização da modificação dependendo do problema em específico da população) e sua distribuição pelos países que mais carecem deles e que mais doenças ou outros problemas biológicos tenham.

No âmbito da saúde humana, também existem inúmeros benefícios na aplicação da modificação genética. Com os avanços genéticos significativos, atualmente, é possível personalizar\* a terapia de que cada indivíduo carece com a elaboração de fármacos concretos aos problemas do doente, desenvolvendo-se a farmacogenética (reações químicas individuais aos medicamentos personalizados\*). A medicina personalizada\* de precisão, como termo aceite pela maioria da doutrina, permite, entre outros benefícios, diminuir mais eficazmente o sofrimento do doente e atenuar os seus efeitos secundários, na perspetiva científica, e evitar a prescrição frustrada de fármacos ineficazes e, até, maléficos

para a saúde, numa perspetiva económica e saudável. Além disto, a prevenção de doenças e o aumento de segurança e eficácia dos meios usados são outros benefícios irrenunciáveis do uso desta tecnologia.

Na verdade, com esta magnífica tecnologia é possível encontrar os fármacos mais eficazes para cada doença e doente\*. Como integralmente o diz Eduardo FIGUEIREDO, esta tecnologia *"viabilizará (1) a identificação precoce do risco de patologias em pessoas saudáveis, mormente avaliando, o mais cedo possível, a sua predisposição para o desenvolvimento de certas enfermidades e permitindo que se previna o seu aparecimento através da tomada das medidas profiláticas adequadas e necessárias; (2) a realização de diagnósticos mais precisos; (3) a seleção da terapêutica médico-farmacológica mais adequada, prevenindo futuras reações adversas e incrementando a sua eficácia e segurança (por outras palavras, promovendo a "otimização dos tratamentos")"*\*. É, no entanto, também de constar que, como afirma Célia VENTURA, *"a integração da informação genética na restante informação de saúde e a sua democratização para um número crescente de especialidades médicas cria uma maior complexidade e exigência na prática clínica e, conseqüentemente, aumenta os riscos de erro [em saúde]"*\*, não sendo tudo um mar de rosas. Não obstante, é de elogiar a regulação europeia nesta matéria, que não só é vasta como incentiva vivamente os Estados-Membros a uma ação\*.

## Um futuro sombrio

O desenvolvimento da engenharia genética implica a possibilidade de modificar livremente o genoma humano pela vontade de quem domina essa biotecnologia, alterando substancialmente toda a espécie humana e sua natureza. É imperativo, do ponto de vista bioético e até de temperamento da dignidade e proteção humana, saber que o facto de existir conhecimento genético vasto não significa o seu uso, muito menos, o seu uso para qualquer fim, sem limites\*. É neste sentido que os regimes jurídicos e éticos têm a sua função primordial, na medida em que irão definir o uso correto das informações científicas e genéticas que a Humanidade detém, sob o perigo de, caso não o façam, inclinar a Humanidade para a sua queda desmedida pela sua própria criação. O avanço da Tecnologia e da Ciência para desenvolvimento da espécie humana e potenciação da sua existência, assim como do próprio Conhecimento Universal, não pode significar, de maneira alguma, um uso dessa informação e, por isso, um limite à sua investigação. É muito perigoso o conhecimento sem integridade ética, como o é inútil esta sem conhecimento, tornando-se necessária a definição de um equilíbrio digno e ponderado.

John STUART MILL, um dos pais do utilitarismo, defendeu o princípio do mal (harm principle), atualmente conhecido como autonomia privada. No entendimento do referido autor, "a

\*Sendo um dos vários exemplos que se podem dar sobre as implicações da modificação genética em seres humanos. \*Consiste na transferência de um determinado material genético no genoma de um organismo vivo para a molécula em concreto, de modo a obter sequências genéticas específicas para o objetivo pretendido. \*É de frisar que o exemplo do Arroz Dourado é um de muitos outros que existem. \* O Arroz dourado é um arroz com beta-carotene nos seus bagos, o que permite resolver a deficiência de vitamina A. \*Vide também PEE, Saskia de. "Technical Considerations for Rice Fortification in Public Health." *Annals of the New York Academy of Sciences* Volume 1324.Issue 1 (2014): 1-91. \*BATES, C. "Vitamin analysis." *Annals of Clinical Biochemistry* Volume 34.Issue 6 (1997). P. 34. \*Organization, World Health. Xerophthalmia and night blindness for the assessment of clinical vitamin A deficiency in individuals and populations. Geneva, 2014. \*Timoneda, Joaquín, et al. "Vitamin A Deficiency and the Lung." *Nutrients* 2018. P. 2 \*HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: A Brief History of Humankind*. London: 1st Editions, Penguin Random House UK, 2011. Pág. 459., cit. "the era of personalised medicine - medicine that matches treatment to DNA - has begun". \* Os chamados personal pills. \*Sendo de referir a importância do artigo 13.º da Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina que estipula que "uma intervenção que tenha por objecto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.", restringido muito, e bem, parece-me, dos termos em que pode ocorrer uma intervenção genética, ainda que esta se encontre num estado inicial, ainda. \*HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: A Brief History of Humankind*. London: 1st Editions, Penguin Random House UK, 2011. Pág. 459., cit. "the road to near-perfect medicine stands before us.", \*FIGUEIREDO, Eduardo Silva. *Direito e Nanobiocognição - reflexões na encruzilhada da inovação, do risco e da crise do(s) direito(s)*. Almedina, 2021. Págs. 74-75 \*FIGUEIREDO, Eduardo Silva. *Direito e Nanobiocognição - reflexões na encruzilhada da inovação, do risco e da crise do(s) direito(s)*. Almedina, 2021. Pág. 81; ob. cit. VENTURA, Célia, "Questões éticas e sociais da medicina personalizada", in *Boletim Epidemiológico - Observações*, Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, n.º 19, vol. 6, 2017, p. 46. \* Vide Conclusões do Conselho sobre a medicina personalizada para os doentes (2015/C 421/03). \* HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: A Brief History of Humankind*. London: 1st Editions, Penguin Random House UK, 2011. Pág. 459., cit. "With improvements in medical knowledge will come new ethical conundrums. Ethicists and legal experts are already wrestling with the thorny issue of privacy as it relates to the DNA".

única razão pela qual se pode exercer qualquer tipo de poder sobre qualquer membro de uma sociedade civilizada, contra a sua vontade, é se se prevenir o mal que ele possa exercer sobre os outros [...] de si próprio, do seu corpo e da sua mente, cada indivíduo é soberano.”\*, diferentemente de KANT que “considerou a autonomia como manifestação da vontade, Stuart Mill preferia considera-la como ação e pensamento. Argumentava que o controlo social e político sobre as pessoas seria admissível e defensável quando fosse preciso prevenir danos a outras pessoas ou à coletividade. Os cidadãos podem desenvolver o seu potencial de acordo com as suas convicções, desde que não interfiram com a liberdade dos outros.”\*. É certo que o princípio da autonomia privada é basilar na Bioética, sendo considerado prioritário transversalmente pelo mundo.

Uma perspetiva social diferenciada, mas de elevado interesse, no que diz respeito à autonomia privada e à sua definição foi feita por CHARLESWORTH, que defende que “não existe nenhuma pessoa que se encontre capacitada para desenvolver a sua própria liberdade e sentir-se autónoma se está angustiada, se vive em condições de pobreza extrema, se vive desprovida da ordem pública, se não pode ter acesso aos cuidados de saúde e à educação básica.”\*.

A dignidade da pessoa humana e diferenciação com os outros animais apenas é justificado pela possibilidade de autodeterminação. O personalismo ético de KANT atribui ao homem, pela dignidade que acarretam os quadros mentais da definição de se ser humano, um valor per si, um direito natural, irrenunciável, intrínseco, intransmissível e absoluto, havendo um dever geral de abstenção por toda a comunidade, um respeito geral por este princípio. Daí decorre que o ser humano deve ser respeitado como pessoa e não pode ver a sua vida e valores análogos ameaçados por outros.

Na verdade, o princípio da autonomia privada é um os traços identitários do Direito Privado. Para este, tudo é permitido, salvo as exceções previstas na lei. Segundo HORSTER, “Os homens, quando participam no tráfico jurídico privado, fazem-no de acordo com a sua vontade; agem segundo o princípio da autonomia privada. Este é o princípio da conformação autónoma das relações jurídicas por parte do indivíduo segundo a sua vontade. A autonomia privada decorre do princípio geral da autodeterminação do homem [...] Assim, a ordem jurídica privada reconhece que, dentro dos limites por ela traçados, cada homem possui a faculdade de estabelecer livremente as suas relações jurídicas (contrair obrigações e adquirir direitos mediante negócios jurídicos) como ele o entender por bem.”\*. Completa MOTA PINTO, “Significa tal princípio de que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respetivas relações jurídicas. [...] é a autonomia privada que se manifesta na «soberania do quere» - no império da vontade - que caracteriza essencialmente o direito subjetivo.”\*. Por outras palavras, a

autonomia privada é a capacidade de um sujeito de direito, dentro dos limites da lei, como manda o artigo 405.º do CCiv, criar, modificar, extinguir ou manter relações jurídicas. No Código Civil, o princípio da autonomia privada encontra-se consagrado no artigo 405.º, com fundamentos constitucionais nos artigos 26.º, n.º 1 e 61.º da Constituição. Claro está que, como em todos os princípios de Direito, tem de haver uma cedência e ponderação de princípios semelhantes ou superiores, como a Justiça ou a Igualdade.

Com o desenvolvimento da ciência atual, é possível prever com bastante antecedência, através dos testes genéticos, doenças de que indivíduos irão sofrer ao longo da sua vida, abrindo o vasto leque de possibilidade preventivas de cura personalizada e até um corte na transmissão genética hereditária. Os testes genéticos, isto é, “testes, realizados para fins de saúde, que envolvam a análise de amostras biológicas de origem humana e visem especificamente identificar as características genéticas de uma pessoa, herdadas ou adquiridas numa fase precoce do desenvolvimento pré-natal”\* já foram objeto de regulamentação geral no âmbito da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, no seu artigo 6.º\*, concretizados pelos artigos 11.º e 12.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina\*. O artigo 11.º, em particular, consagra um princípio fundamental de todo o Direito, com relevâncias práticas extensas na proteção legal no campo genético da pessoa humana - o princípio da igualdade, concretizado no princípio da não discriminação\*.

Na verdade, hodiernamente, os testes clínicos e as suas funções não têm sido usados exclusivamente para a prática clínica e experimentação científica, sendo possível encontrar aqueles na maioria das farmácias, em Portugal. Na verdade, tem-se desenvolvido aquilo a que se chama “genética recreativa” que, sendo um produto para venda massificada do consumidor, conseqüentemente, a sua qualidade e verdade científica irão ser mais questionáveis. A possibilidade de que as empresas têm, neste momento, de extrair informação genética de “amostras relevantes de origem humana e visem especificamente identificar características genéticas” sem qualquer tipo de proteção legal quanto à proteção da privacidade e proibição da discriminação face ao conhecimento dessa informação, deixa o mundo um lugar mais inseguro e aterrorizador para se viver. O capitalismo da genética vem trazer grandes problemáticas éticas e jurídicas que o limite da investigação científica não viria trazer.

Em 1997, a UNESCO, na sua 29.ª sessão da Conferência Geral, criou a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, pretendendo proteger o genoma humano das mais diversas formas em que é ameaçado. O genoma humano é “a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente

\*Cfr. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Almedina, 2007, cit., M. PEMBREY/E. ANIONWU, *Principles and practice of Medical Genetics*, Churchill Livingstone, New York, 1996, cit., Natália Oliva TELES, *Bioética em Genética. História, problemas e princípios éticos*, in «Genética e Reprodução Humana», Ob. cit. pág. 65. \*BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Almedina, 2007. Pág. 288 (486). \*M. CHARLESWORTH, *La bioética en una sociedad liberal*, Cambridge, Cambridge, 1996, pág. 131. Ob. cit., BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Almedina, 2007. Pág. 288 (488). \*HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*. 2.ª ed. rev. e act. Coimbra editora, 2019. Págs. 58-59. PINTO, Carlos Alberto de Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5.ª edição. Gestlegal, 2020. Págs. 102-103. \*Artigo 2.º, n.º 1 do Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. “Nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana.”, cit. UNESCO. “Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem.” 11 de novembro de 1997. \* Artigo 11, “É proibida toda a forma de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu património genético.”, Artigo 12.º, “Não se poderá proceder a testes predictivos de doenças genéticas ou que permitam quer a identificação do indivíduo como portador de um gene responsável por uma doença quer a deteção de uma predisposição ou de uma susceptibilidade genética a uma doença, salvo para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado.” No âmbito internacional: Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, artigos 2.º e 7.º; Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, 1966, artigos 2.º e 26.º; Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, 1966, artigo 2.º. Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 1950, artigo 14.º No âmbito nacional: Constituição da República Portuguesa, artigo 13.º, com a consagração do princípio da igualdade (“1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. (2.) Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”); Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro (Informação genética pessoal e informação de saúde), artigo 11.º; Decreto-lei n.º 131/2014, de 29 de agosto (Proteção e confidencialidade da informação genética), n.º 3 do artigo 4.º.

dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade.\*”, pelo que se torna essencial protegê-lo e tutelá-lo da forma mais restrita possível, dado o seu enorme valor intrínseco para a sociedade, configurando, como muitas vezes surge na doutrina, como um direito essencial de personalidade.

A identidade genética do ser humano, como afirma o artigo 1.º da Declaração acima referida, constitui um património inalienável, irrenunciável, composto da integridade da espécie humana e dignidade dos seus membros, afirmando-se como um direito natural, sendo a sua existência um pressuposto básico para a existência da nossa espécie. Pelo que se conclui que não se deve restringir esse tema, rotulando-o como proibido e afastando dos curiosos olhos humanos, mas sim, como desempenha essa fundamental função o Direito, definir rigorosos limites de atuação e liberdade, para que se possa, com cautela e dignidade, proteger-se ao mesmo tempo que a ciência envolve, ao serviço da Humanidade.

Não apenas o genoma humano, mas, em particular, a informação e dados genéticos da pessoa são de extrema importância proteger, como o são quaisquer outros dados privados. Os dados genéticos, isto é, “todas as informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas”\* apresentam um carácter “(1) involuntário, na medida em que a sua origem e idiosincrasias não dependem da vontade do seu titular; (2) indestrutível, considerando que o seu suporte não pode ser destruído, já que a mesma se encontra presente em praticamente todas as células do organismo vivo e, normalmente, mesmo depois de morto; (3) em regra, permanente e inalterável, salvo mutações genéticas espontâneas ou provocadas; (4) singular, porque não compartida com outras pessoas, exceto no caso de gémeos monozigóticos; e (5) preditivo, dado que a mesma nos permite tomar conhecimento de doenças a respeito das quais o sujeito em questão é ainda assintomático ou de que este nem sequer padece (e sem que se saiba ao certo, em muitos casos, se algum dia irá efetivamente padece)”\*.

É certo que a informação e os testes genéticos são bastante perigosos. Na verdade “among these the most widespread is probably the concern that genetic testing, which can detect a genetic disease, a predisposition or a susceptibility to a genetic disease, may become a means of selection and discrimination.”, e isso não pode acontecer, sob pretexto algum. “The fundamental principle established in Article 11 is that any form of discrimination against an individual on grounds of his or her genetic heritage is prohibited.”, como já foi referido, mas continua a ser essencial o reforço desta ideia.

É certo, com base no exposto, não sendo respeitado o princípio da não discriminação e da privacidade, os nossos dados genéticos irão ficar expostos. “No fundo, receia-se que,

no futuro, a ‘meritocracia [dê] origem à genetocracia, podendo os indivíduos e as minorias étnicas e raciais ser progressivamente estereotipados pelo genótipo, originando-se, assim, um sistema de castas biológicas em todos os países do mundo.”\*. Um grande instrumento neste âmbito, no meu parecer, é a recomendação\* do Conselho da Europa sobre Direito da Saúde, onde elucida os diferentes Estados na forma como deve agir no campo da saúde. É de ressaltar, em particular, o parágrafo 5.º da referida recomendação\*, onde se obriga à existência de uma justificação legítima para usar dados privados, em geral.

O Direito ao genoma é, em primeiro lugar, o Direito a ser pessoa com identidade. É, por isso, cada vez maior a necessidade de reavaliar o avanço científico como motivação para se criarem áreas do Direito influenciáveis pelo tempo e problemas enfrentados. O Direito do genoma humano vai encontrar-se nas mais variadas áreas do Direito, como o Direito Civil e Direito da Família, com as situações de adoção, o Direito do Trabalho, com a contratação laboral, o Direito dos Seguros, com a contratação de seguros, o Direito Criminal, na determinação genética tendenciosa entre a prática do crime e a natureza genética da pessoa, entre outros.

Do mesmo modo, o princípio da igualdade consiste em tratar o que é igual, igualmente, e o que é diferente, diferentemente. Em termos essenciais, todas as pessoas têm os mesmos direitos, a não ser que se encontrem em situações diferentes que justifiquem um tratamento diferenciado para, verdadeiramente, existir igualdade entre os cidadãos. Assim, o difícil é determinar as situações diferentes e qual o respetivo tratamento diferenciado. É certo que o princípio da igualdade nunca pode ser violado, salvo conflitos excepcionais. No entanto, os problemas éticos e práticos são imensos. O Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina, relativamente a isto, estipula, por um lado, no seu n.º 1 do artigo 4.º, que “é proibida qualquer forma de discriminação contra uma pessoa, enquanto indivíduo ou enquanto membro de um grupo”, com base no património genético”\* e, por outro lado, estabelece, no seu n.º 2 do artigo 4.º, que “devem ser adotadas medidas adequadas a fim de impedir a estigmatização de pessoas ou de grupos relacionada com características genéticas”. É certo que existe vasta regulamentação sobre este tema. A questão, porém, surge na sua eficácia perante a realidade efetiva, que ocorre, deva dizer-se, no campo psicológico da pessoa humana, criando estereótipos prévios. Se existir o conhecimento genético sobre uma determinada pessoa, isto é, se a barreira, por ineficácia ou lacunas jurídicas, for quebrada, impossibilitando o seu restauro, o princípio da igualdade é violado e a discriminação genética contra pessoas é concretizada, irremediavelmente. Não há, nem pode haver, distinção entre discriminação direta e discriminação indireta, isto é, a discriminação de uma pessoa não pode ser permitida, quer resulte diretamente do próprio ato ou do resultado dele ou indiretamente, mesmo sendo neutros os critérios de discriminação genética.

\*O genoma humano foi proclamado Património Comum da Humanidade pela Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem da UNESCO, em 11 de novembro de 1997. \*Como o estipula o artigo 2.º, i) da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. \*João Carlos LOUREIRO, André Dias PEREIRA e Carla BARBOSA. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina - 20 anos de vigência em Portugal. Universidade de Coimbra e Centro de Direito Biomédico. Pág. 272, ob. cit. Romeo Casabona, C. (2002). El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos (Capítulo IV). In C. M. Romeo Casabona (Ed.), El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español. Granada - Bilbao: Editorial Comares. Págs. 163-166, Cordeiro, A. B. M. (2020). Direito da proteção de dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019. Coimbra: Almedina. Pág. 139.\* João Carlos LOUREIRO, André Dias PEREIRA e Carla BARBOSA. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina - 20 anos de vigência em Portugal. Universidade de Coimbra e Centro de Direito Biomédico. Pág. 272, ob. cit. Nunes, R. (2013). Genética. Coimbra: Almedina. Pág. 97. \* Recommendation CoE CM/Rec(2019)2. “Processing is only lawful if and to the extent that the controller can rely on at least one of the legitimate bases described in the following paragraphs.”. \*Sendo de completar que n.º 1 do artigo 1.º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial estabelece-se que “a expressão discriminação racial visa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica que tenha como objetivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”.

Deste modo, toda a regulação terá de incidir sobre o lapso que existe entre a informação genética – que existe, independentemente do conhecimento que se tem dela – e a sua propagação para terceiros. A criação de uma bolha jurídica protetora desta informação será relevante para impedir qualquer tipo de estigmas e escolhas influenciadas ou influenciáveis. No caso de a informação genética ter de ser partilhada, como, invariavelmente, acontecerá, por algum motivo que o justifique, a partilha dessa informação terá de ser controlada em absoluto pelo titular da informação genética, passando a vontade e a restrição do que será partilhado por ele e somente ele. É nesse sentido que a regulação jurídica nesta temática deverá, não só, ser concretizada como também executada eficazmente, passando essa execução por regulações não discriminatórias, como a partilha transparente e controlada de informação\*.

O desencadeamento de uma luta de classes e de um dilema moral no caso de as famílias mais abastadas investirem na possibilidade de aumentar a inteligência dos seus filhos e respetivos descendentes\*, por exemplo, é uma realidade presente e preocupante. O conhecimento por um banco de que determinada pessoa, a certo momento, irá ter cancro cerebral, influenciará, indiscutivelmente, o acesso a um crédito bancário para compra de um imóvel, com juros a quarenta anos, por exemplo, pois as probabilidades desses juros não virem a ser pagos aumentam exponencialmente. O princípio da igualdade, em grande medida, é protegido pela indeterminabilidade da vida. O conhecimento da história genética de um indivíduo trará grandes consequências tornando-se, ainda mais necessária, a proteção de dados e privacidade dos cidadãos, nestas situações. Em certa medida, o conhecimento do mapa genético de cada pessoa, se não for efetivamente acautelado e tutelado pelo Direito, no que toca à proteção de privacidade, significará a concretização mais forte do racismo e segregação social\*.

Países como a Suíça, Espanha, Alemanha, Noruega e Suécia incluíram provisões no uso de testes genéticos para o Direito Laboral e Direito dos Seguros, sendo duvidoso o respeito pelo princípio da igualdade e proteção da proibição da discriminação. Claro que nas relações laborais os empregadores têm todo o interesse nas informações genéticas dos seus trabalhadores para maximizarem a eficácia dos seus meios humanos de produção\*. No âmbito laboral, em particular, a realização de testes genéticos, como espelho desta triste realidade, servirá como fundamento dos contornos do contrato de trabalho ou como fundamento de resolução ou não iniciação do contrato de trabalho. É certo que o empregador não pode saber tudo do empregado, muito menos a sua informação genética. Certamente, estamos a assistir à triste realidade de apartheid genético, isto é, à distinção direta entre os sortudos nascidos com qualidades genéticas e sem muitos defeitos e aqueles que, independentemente da sua vontade, têm defeitos genéticos incontornáveis e incontroláveis. Definitivamente, este não

pode ser um critério para definir a contração laboral sob pena das consequências devastadoras que se seguirão para a sociedade e para o Estado Social.

Neste sentido, os regimes legais têm de estabelecer limites aos avanços científicos, no caso, de testagem genética. Se a Ciência não impõe os seus limites, porque os ultrapassou outrora, é no Direito e na Ética, e só eles o podem fazer com eficácia, que deve recair essa importante responsabilidade. Torna-se, porém, risório a aplicação destes “limites” na prática. Não é credível que a pura limitação, no caso referido, no âmbito laboral se refira a “nenhuma pessoa está sujeita a discriminação”, sendo perfeitamente possível a cobertura de razões disfarçadas de mentira para não contratar o trabalhador discriminado\*. Por exemplo, é de referir a regulamentação geral dinamarquesa onde se estabelece que os exames médicos e genéticos podem ser usados nas relações de trabalho\*. Quão mais abrangente e indefinido pode ser a regulação legal?

Também no âmbito criminal há algumas questões de extrema preocupação. A relação que é possível estabelecer entre as práticas criminais e a genética do criminoso tornam angustiante a possibilidade de conhecimento, por terceiros, da sua informação genética. É sabido que todas as pessoas podem praticar um crime, comparando com a filosofia da “banalidade do mal”, desenvolvida por Hannah Arendt.\* Ora, se, no momento do julgamento, o Juiz esvazia a sua natureza imparcial com o conhecimento de informação genética do arguido, então toda a Justiça se torna inócua. A decisão do Juiz será predeterminada por uma conceção de culpa presumida daquele que tem tendência para praticar o crime, ignorando – mesmo inconscientemente –, as situações externas e concretas do crime, essenciais para a decisão, assim como os factos provados. O abandono social do criminoso, que, como referido e é sublinhado agora, pode acontecer a qualquer pessoa, justa ou injustamente, não pode, em circunstância alguma, verificar-se, assim como a exclusão social de reinserção dele (pois se a pessoa tem uma “genética criminosa”, então não valerá a pena a sua reinserção). No entanto, nem tudo é negativo. Se aceitarmos, efetivamente, a perspectiva de que o crime é uma realidade influenciada pela genética da pessoa que o pratica, então, com o avanço da investigação na área da modificação genética e sua consequente regulação, a realidade criminal poderá diminuir, substancialmente\*. Além disto, também se podem verificar diversas vantagens no âmbito da investigação criminal, por um lado, e assim, na obtenção facilitada de prova, e por outro, na identificação criminal\*.

Um dos principais objetivos do Projeto do Genoma Humano é a criação de uma carta genética que regule sobre a integridade do genoma, nas suas variadas formas, e a possibilidade de se identificarem os genes responsáveis pelas doenças genéticas. Para isso, o uso de testes genéticos torna-se imprescindível, trazendo, como é claro, inúmeras vantagens para a

\* Só se conseguindo alcançar esse objetivo com a definição rigorosa e detalhada do modo como isso se fará, e não em termos latos e pouco precisos. \* FUKUYAMA, Francis. O Nosso Futuro Pós- Humano. Lisboa: Quetzal Editores. 2002. Pág. 38. \* É de referir, a título meramente justificador, o artigo 2.º da Convenção sobre o Direito do Homem e da Biomedicina, “O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência.” E o artigo 6.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano, “Nenhuma pessoa será sujeita a discriminação com base nas características genéticas que tenha como objetivo ou como efeito atentar contra os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana.”, remetendo-se, neste âmbito, para a importância da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 16 de outubro de 2003. \* Não compensa, em termos comerciais, o investimento num trabalhador num certo período se esse mesmo trabalhador, no sexto ano em que trabalha para a empresa, tem de receber indemnizações por ter uma doença grave e não poder trabalhar. É macabramente mais eficaz e fácil, para o empregador, não o contratar com a justificação, e consequente discriminação, genética. \* Com alguma graça, “would we be required to fax our DNA, rather than our CV, to potential employers?”, HARARI, Yuval Noah. Sapiens: A Brief History of Humankind. London: 1st Editions, Penguin Random House UK, 2011. Pág. 460. \* Act no. 286 of 14 April 1996, on Use of Health Information on the Labor Market, ob. cit. HERVEY, David ORENTLICHER e Tamara K. The Oxford Handbook of Comparative Health Law. New York: Oxford University Press, 2022. Pág. 968. \* ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém – Uma reportagem sobre a banalidade do mal. Ítaca. 2017. \* Sendo uma problemática, neste caso, mas algo que deve ser protegido, a liberdade e dignidade humana da pessoa que pratica o crime. Poder-se-ia argumentar no sentido de que existem valores mais elevados que aqueles que justificam a modificação genética forçada, no entanto, é um discurso extremamente perigoso e que abre portas para a justificação de outras realidades menos graves, mas tão complexas e danosas, se assim se verificar, para a sociedade. \* E nesse sentido, Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.



Humanidade. Não só a identificação de doenças hereditárias para posterior terapia genética, mas também ao nível da prova penal, por exemplo, com a determinação rigorosa da filiação e da investigação criminal, em geral, como já, sucintamente, referimos.

No entanto, são várias as desvantagens a que os indivíduos estão sujeitos, igualmente. Será benéfico para um indivíduo conhecer a sua história genética futura, identificando-se as doenças que, com um grande número de probabilidade, ele vai sofrer? Poderá esse “direito à identidade genética” repercutir-se no princípio da igualdade, por exemplo, no acesso a carreiras profissionais ou a estabelecimentos de saúde, sabendo que daqui a uns anos, o indivíduo vai sofrer de uma enfermidade concreta? Poderá isso dificultar o acesso ao crédito bancário ou adoção, por exemplo? Nesta medida, torna-se também fundamental o reconhecimento do direito ao desconhecimento do estado de saúde, também chamado direito à autodeterminação informativa\*, como concretização do princípio da liberdade. Como já referido, os avanços científicos trazem um conhecimento exponencial para a Humanidade. Porém, o conhecimento científico de uma realidade implica, no plano jurídico, a consagração, em sentido oposto, de um direito ao não conhecimento, como corolário do princípio da liberdade e dignidade da pessoa humana.

Um dos grandes problemas do Direito, em geral, e do Direito Internacional, em particular, são os seus meios coativos\*. Assim, também no âmbito particular da biotecnologia genética, existe uma grande preocupação e dificuldade em regular eficazmente certas matérias. Assim, é fundamental que a regulação seja do âmbito internacional, de modo a integrar o maior número possível de experiências, e que seja restrita de modo que não permita uma experimentação livre ou moralmente duvidosa\*.

Como é sabido, e vastamente referido neste texto, vive na vontade interna do ser humano a sua perfeição, eliminando e limando os seus defeitos genéticos e biológicos. Assim, o eugenismo, tendo como finalidade o melhoramento da espécie humana através do apuramento de determinadas características genéticas, como a inteligência, a doença, entre outras, foi definido por Francis Galton, nos finais do século XIX, como sendo o estudo dos fatores ou factos socialmente controláveis, fazendo oscilar, de acordo com a vontade, as qualidades raciais, físicas e mentais das gerações vindouras. O autor introduziu, contrariando Darwin com a sua teoria da seleção natural da espécie, a ideia de uma seleção artificial para que pudesse predominar a espécie superior, fabricando-se essas raças. A eugenia pode ser dividida em duas vertentes, uma positiva e outra negativa. A eugenia positiva envolve todas as decisões que promovem a reprodução humana e a criação de uma herança genética com

características desejáveis. Por sua vez, a eugenia negativa pode ser definida como a proibição de certas pessoas (idealmente, com certas características não desejáveis, sendo isso o que socialmente o for, na sua época\*) reproduzirem-se, ou se o fizerem, abortarem, de modo a não prolongar uma espécie deficiente com malformações genéticas\*. Em termos gerais, a eugenia pretende a criação da raça perfeita, recusando-se a aceitação dos limites humanos. Pode, então, concluir-se que, em teoria, a ideia eugénica é fundamentada e credível – a vontade real de emergir para a melhor e mais perfeita espécie possível.

No entanto, a eugenia, em particular, na história europeia, mas abrangendo o mundo inteiro pelas consequências abjetas produzidas na espécie humana e na sua dignidade, é sombria. Remetendo às experiências mais recentes, a política Nacional-Socialista do Nazismo baseou-se nesta ideia eugénica da perfeição da espécie humana para justificar, não só a esterilização forçada, como também o genocídio em grande escala. Com a ideia de construir uma espécie perfeita, não só carente de defeitos, como também uma espécie superior, devia-se proteger os Arianos de quaisquer influências sub-humanas, como os judeus, ciganos ou deficientes. Na verdade, na ideologia Nazi, os Arianos eram descendentes da população da Atlântida, e por isso, figuras descendentes do Divino.

Também atualmente, diretamente sobre os nossos olhos e vidas, pela sua estratégia bélica cada vez mais assumida pelas lacunas que tem vindo a cometer, a China é outro país que consagra e concretiza uma política de eugenia gritante. No caso particular da China, existem centenas de campos de concentração e extermínio de pessoas, sob o disfarce da terminologia de “campos de reeducação”, em que milhares de pessoas estão a ver os seus direitos fundamentais serem violados pela tortura a que estão submetidos, pelo simples facto de não acreditarem na Religião que é o Partido Social da China\*.

Atualmente, talvez com vergonha de um passado tenebroso, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proíbe práticas médicas e biológicas de eugenia\*, assim como a proibição geral de qualquer forma de discriminação\*, não tendo, porém, ainda, sido criadas regulações específicas na União Europeia no âmbito de informação genética e testagem\*. Surge, porém, a questão de saber como respeitar o princípio da igualdade – mais uma vez, tratar o que é igual por igual e diferente o que é diferente – e, igualmente, respeitar o princípio da autodeterminação informativa. Isto é, dito noutros moldes, como pode o sistema jurídico fornecer os meios necessários para tratar diferentemente aqueles que geneticamente são diferentes e ao mesmo tempo respeitar o direito de a pessoa não querer saber o seu mapa genético? Mais difícil, porém, atualmente, se torna a proteção da eugenia, quando se fala no âmbito de modificação genética. Assim, pelo

\* Este direito consagra que compete apenas ao indivíduo decidir se quer ou não conhecer o seu mapa genético. \* SHAW, Malcom. International law. 6th edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Págs. 1 e ss. \* FUKUYAMA, Francis. O Nosso Futuro Pós-Humano. Lisboa: Quetzal Editores, 2002. Pág. 283. \*Efetivamente, mostra-se perigosa esta aceção. Quanto confiante poderá ser o pensamento de uma geração para definir o futuro das próximas? Que direito assiste à geração “elite” de definir o futuro da humanidade, como se de seres iluminados se tratassem? A ninguém parece assistir esse direito. Por isso, em que termos éticos e lógicos pode uma espécie definir uma certa orientação ideal, dado que o recurso à Democracia Liberal aparenta, salvo opinião em contrário, não ser eficaz. Em sentido inverso, não aparenta que nenhum sistema político permita a definição dessa orientação protegendo, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais da sua comunidade. \*Os Estados Unidos da América foram os primeiros a concretizar o eugenismo negativo. O Estado de New Jersey, em 1904, proibiu o matrimónio de doentes mentais que tivessem estado internados num manicómio. Também a Alemanha, em 1935, e seguidamente, a Dinamarca, exigiam, no ato do matrimónio, a apresentação de um atestado médico comprovativo não existência de doenças mentais ou hereditárias. \* Para mais profundidade no tema, vide “OHCHR Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People’s Republic of China”. \*No seu artigo 3.º, n.º 2, b) estipula “No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: (b) A proibição \* das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a selecção das pessoas;”, No seu artigo 21.º, n.º 1, estipula “É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual”, completando-se com o artigo 11.º da Convenção de Oviedo ou Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina, que estipula “É proibida toda a forma de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu património genético.”. Neste sentido, também não pode escapar o artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que estipula que “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.”. Vide HERVEY, David ORENTLICHER e Tamara K. The Oxford Handbook of Comparative Health Law. New York: Oxford University Press, 2022. Pág. 971.

disfarce da sutileza que a modificação genética tem, ela é, indubitavelmente, uma fonte, senão mesmo a maior fonte de potenciação da eugenia.

Senão, vejamos. Com a modificação genética e consequente aperfeiçoamento das características dos indivíduos, a criação de uma espécie “super-humana”, o processo eugénico é mais fácil e despercebido do que nunca. A facilidade de, através de um contrato, pela quantia de um determinado preço, ser a contraprestação a escolha de um nível de inteligência maior, a diminuição substancial de doenças, a cor da pele, e uma consequente infeliz diminuição da discriminação que a deficiente sociedade cria, motiva a um desenvolvimento desta indústria perigosa. A partir do momento em que a sociedade é composta por um catálogo de escolhas infinitas baseadas no rendimento que uma família tenha, abençoando seus filhos com esses rendimentos com a sua modificação numa orientação de perfeição, ainda antes de ter nascido, as consequências sociais serão desastrosas e destruturastes\*.

O princípio da igualdade conhecerá ofensas sem igual, através do distanciamento impiedoso entre ricos e pobres, entre inteligentes e não inteligentes (por serem uns ricos e outros não) entre a sociedade geneticamente modificada (ou a nova espécie humana) e a sociedade natural (os homo sapiens). Está-se a assistir, pela primeira vez na história da humanidade, a um fabrico artificial de uma espécie super-humana pela própria espécie humana\*. A distância social não só será cada vez mais insuportável, como o distanciamento entre o Homo Sapiens e a espécie artificial será cada vez maior, filtrada pela capacidade económica que alguns membros da primeira espécie tenham conseguido adquirir ao longo das suas gerações anteriores. Assistir-se-á àquilo que se assiste atualmente no tratamento cruel que nós, enquanto espécie aparentemente superior, temos para com os animais ditos “não racionais”, mesmo que a Ciência já tenha demonstrado diversas vezes a sua, não só, capacidade racional, mas também algumas capacidades racionais específicas superiores às nossas\*. A criação de uma espécie superior à nossa, mais inteligente e forte, fará de nós a espécie não racional do futuro, embora tenhamos uso e capacidade de uso da razão, não poderemos dizê-lo, vendo os nossos direitos fundamentais arremessados pela nossa ambição cega de sermos “perfeitos”. Seremos tratados impiedosamente como seres inferiores levando, invariavelmente, à extinção da nossa espécie.

Claro que o uso da ciência, em particular, da ciência genética para melhoramento humano, é evolutivamente interessante. É de referir, por exemplo, o “Human Brain Project, fundado em 2005, com o objetivo de criar um cérebro humano num computador\*. No entanto, o critério que servirá de filtro para com aqueles que ascendem à espécie divina e aqueles que morrem na extinção da sua espécie, não pode, de maneira nenhuma, diferenciar por meios económicos, raça, ou outro qualquer fator de discriminação. Se a ciência chegar ao ponto de nos dar a possibilidade de sermos melhores, então o princípio da igualdade, não só pela dignidade humana, mas

pela dignidade de toda a espécie, terá de ser imperativo e rigorosamente cumprido e a ética terá de ser definida com o maior rigor que a genialidade humana já conseguiu, pois, uma falha significará a extinção das pessoas que se encontram na lacuna cometida por outros.

## O momento assustador de viragem – a singularidade

Por ser magnífico e genial o texto e as opiniões expressas nele corresponderem às minhas, transcrevo-o integralmente, para que haja verdade e rigor neste tema tão esguio e frágil, terminando assim as minhas breves considerações – brevíssimas, por ser tão vasto e complexo o tema – comigo, aos ombros de todos estes gigantes.

“SEVENTY THOUSAND YEARS AGO, Homo Sapiens was still an insignificant animal minding its own business in a corner of Africa. In the following millennia it transformed itself into the master of the entire planet and the terror of the ecosystem. Today it stands on the verge of becoming a god, poised to acquire not only eternal youth, but also the divine abilities of creation and destruction.

Unfortunately, the Sapiens regime on earth has so far produced little that we can be proud of. We have mastered our surroundings, increased food production, built cities, established empires and created far-flung trade networks. But did we decrease the amount of suffering in the world? Time and again, massive increases in human power did not necessarily improve the well-being of individual Sapiens, and usually caused immense misery to other animals.

In the last few decades, we have at last made some real progress as far as the human condition is concerned, with the reduction of famine, plague and war. Yet the situation of other animals is deteriorating more rapidly than ever before, and the improvement in a lot of humanity is too recent and fragile to be certain of.

Moreover, despite the astonishing things that humans are capable of doing, we remain unsure of our goals, and we seem to be as discontented as ever. We have advanced from canoes to galleys to steamships to space shuttles – but nobody knows where we’re going. We are more powerful than ever before but have very little idea what to do with all that power. Worse still, humans seem to be more irresponsible than ever. Self-made gods with only the laws of physics to keep us company, we are accountable to no one. We are consequently wreaking havoc on our fellow animals and on the surrounding ecosystem, seeking little more than our own comfort and amusement, yet never finding satisfaction.

Is there anything more dangerous than dissatisfied and irresponsible gods who don’t know what they want?\*

“HÁ SETENTA MIL ANOS, o Homo Sapiens ainda era um animal insignificante que cuidava do seu próprio negócio num

\*FUKUYAMA, Francis. O Nosso Futuro Pós- Humano. Lisboa : Quetzal Editores. 2002. Pág. 126. \*HARARI, Yuval Noah. Sapiens: A Brief History of Humankind. London: 1st Editions, Penguin Random House UK, 2011. Pág. 460, cit. would all humans be entitled to such enhanced abilities or would there be a new superhuman elite?. \*Meramente como título exemplificativo, pois não se trata do tema do presente trabalho, mas de modo a seduzir possíveis interessados, foi cientificamente provado, por exemplo, que os pombos se orientam pelas constelações para chegarem ao local onde pretendem. Ou, por exemplo, foi provado, usando o método científico, que os papagaios, não só têm a capacidade de comunicar com os humanos, como também entendem noções básicas de aritmética (<https://www.youtube.com/watch?v=4yd9g1fXtyI>). \* HARARI, Yuval Noah. Sapiens: A Brief History of Humankind. London: 1st Editions, Penguin Random House UK, 2011. Pág. 458.

canto de África. Nos milénios seguintes transformou-se no senhor de todo o planeta e no terror do ecossistema. Hoje está à beira de se tornar um deus, pronto para adquirir não só a juventude eterna, mas também as habilidades divinas de criação e destruição.

Infelizmente, o regime de Sapiens na Terra produziu até agora pouco de que nos possamos orgulhar. Dominámos o que nos rodeia, aumentámos a produção de alimentos, construímos cidades, estabelecemos impérios e criámos redes comerciais longínquas. Mas será que diminuímos a quantidade de sofrimento no mundo? Repetidamente, aumentos maciços no poder humano não necessariamente melhoraram o bem-estar de sapiens individuais, e geralmente causaram imensa miséria a outros animais.

Nas últimas décadas, fizemos finalmente alguns progressos reais no que diz respeito à condição humana, com a redução da fome, da peste e da guerra. No entanto, a situação de outros animais está a deteriorar-se mais rapidamente do que nunca, e a melhoria em grande parte da humanidade é demasiado recente e frágil para se ter certeza.

Além disso, apesar das coisas surpreendentes que os seres humanos são capazes de fazer, continuamos inseguros de nossos objetivos, e parecemos estar tão descontentes como sempre. Avançámos de canoas a galés, de navios a vapor a vaivéns espaciais – mas ninguém sabe para onde vamos. Estamos mais poderosos do que nunca, mas temos muito pouca ideia do que fazer com todo esse poder. Pior ainda, os seres humanos parecem ser mais irresponsáveis do que nunca. Deuses feitos por nós mesmos, com apenas as leis da física para nos fazer companhia, não somos responsáveis perante ninguém. Consequentemente, estamos a causar estragos nos nossos semelhantes animais e no ecossistema circundante, procurando pouco mais do que o nosso próprio conforto e diversão, mas nunca encontrando satisfação.

Há algo mais perigoso do que deuses insatisfeitos e irresponsáveis que não sabem o que querem?”

#### Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais. Vol. Vol. 2. Universidade Católica Editora, 2019.

AUFRAY, Charles. O genoma humano. Instituto Piaget, 1996.

BACON, Francis. Novum Organum. Porto: Rés, 1991.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Direito do Genoma Humano. Almedina, 2007.

BATES, C. "Vitamin analysis." Annals of Clinical Biochemistry Volume 34.Issue 6 (1997).

CANTOR, Charles R. "Orchestrating the Human Genome Project." Science New Series, Vol. 248.No. 4951 (1990): Págs. 49-51.

DUNBAR, Robin. Grooming, gossip and the evolution of language . Londres: Faber and Faber, 1997.

FIGUEIREDO, Eduardo Silva. Direito e Nanobiotecnocinência - reflexões na encruzilhada da inovação, do risco e da crise do(s) direitos(s). Almedina, 2021.

FISCHER, Ronald. The genetical theory of natural selection. Oxford: Oxford University Press, 1930.

FUKUYAMA, Francis. O Nosso Futuro Pós- Humano. Lisboa : Quetzal Editores., 2002.

GARBER, Sue BOINSKY and Paul A. On the move: How and why animals travel in groups. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2000.

HARARI, Yuval Noah. Sapiens: A Brief History of Humankind. London: 1st Editions, Peguin Random House UK, 2011.

HERVEY, David ORENTLICHER e Tamara K. The Oxford Handbook of Comparative Health Law. New York: Oxford University Press, 2022.

HÖRSTER, Heinrich Ewald e SILVA, Eva Sónia Moreira da. A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil. 2.ª ed. rev. e act. Coimbra editora, 2019.

João Carlos LOUREIRO, André Dias PEREIRA e Carla BARBOSA. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina - 20 anos de vigência em Portugal. Universidade de Coimbra e Centro de Direito Biomédico, s.d.

Organization, World Health. Xerophthalmia and night blindness for the assessment of clinical vitamin A deficiency in individuals and populations. Geneva, 2014.

PEE, Saskia de. "Technical Considerations for Rice Fortification in Public Health." Annals of the New York Academy of Sciences Volume 1324.Issue 1 (2014): 1-91.

PINTO, Carlos Alberto de Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 5.ª edição. Gestlegal, 2020.

PROENÇA, José Brandão. Comentário ao Código Civil - Direito das Obrigações, das obrigações em geral. 1.ª. Universidade Católica Editora, 2018.

RIDLEY, Matt. Genoma - Autobiografia de uma espécie em 23 capítulos. Gradiva, 2001.

SHAW, Malcom. International law. 6th edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Timoneda, Joaquín, et al. "Vitamin A Deficiency and the Lung." Nutrients 2018: 29.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Os desafios do Direito do século XXI - o genoma humano, europeísmo, poder e política, constituição e democracia. Almedina, 2018.



Este problema ainda se agrava mais porque os cidadãos têm cada vez **maiores expectativas** em relação à prestação de cuidados de saúde, ou seja, cada um de nós tem cada vez mais a ideia de que “**o médico pode fazer tudo**” e isso não é assim, pelo que há a **tendência para responsabilizar o médico** mal alguma coisa corra mal.



**Paula Ribeiro de Faria**

# Entrevista a

## Paula Ribeiro de Faria



Licenciada em Direito pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, em 1988. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área das Ciências Jurídico-Criminais, em 1993. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área das Ciências Jurídico-Criminais, em 2004.

### Na opinião da Professora, qual a maior dificuldade no apuramento da responsabilidade penal de um médico?

Antes de responder ao que me pergunta, gostaria de lembrar que a responsabilidade penal, é a forma de responsabilidade mais grave que se encontra consagrada no nosso ordenamento jurídico, na medida em que envolve a aplicação de penas – normalmente restritivas da liberdade da pessoa – que correspondem à prática de crimes. Ou seja, não estamos a lidar com um facto qualquer, mas com um tipo de comportamento que, à partida, é um pouco incompatível com a atividade médica.

Além disso, na maior parte dos casos, a responsabilidade de um médico é uma responsabilidade negligente. Ora a responsabilidade negligente coloca desde logo dificuldades na concretização de conceitos, porque obriga a concretizar termos e categorias jurídicas em face de uma atividade de natureza completamente distinta. É difícil de traduzir a linguagem, e a atuação técnica e científica, que envolve mais a mais inúmeras particularidades, para o âmbito do Direito.

Uma dessas dificuldades de concretização diz respeito a saber quando é que o médico viola o cuidado devido, e quando é que a sua conduta é relevante para a produção do resultado. Este é um problema que existe também na responsabilidade civil do médico e que é o problema da causalidade. O problema da causalidade é mais difícil de resolver na atividade médica porque quando uma pessoa morre no contexto da prestação de cuidados de saúde, essa pessoa normalmente já está doente, pelo que já há desde logo um processo causal em curso; por outro lado, pode haver – normalmente há – muitos outros fatores causais a provocar o resultado, isto é pode

haver deficiências do próprio serviço, pode haver omissões de outros profissionais, e tudo isto dificulta o apuramento da responsabilidade do médico. Este problema ainda se agrava mais porque os cidadãos têm cada vez maiores expectativas em relação à prestação de cuidados de saúde, ou seja, cada um de nós tem cada vez mais a ideia de que “o médico pode fazer tudo” e isso não é assim, pelo que há a tendência para responsabilizar o médico mal alguma coisa corre mal.

A negligência é um conceito complicado, porque na maior parte dos casos somos surpreendidos com o resultado da nossa falta de cuidado que pode ser completamente desproporcional ao erro cometido. Isto significa em relação ao médico que a qualquer momento ele pode distrair-se e afetar de forma grave os bens jurídicos fundamentais das pessoas com que trabalha todos os dias. Daí que seja necessária alguma cautela na responsabilização penal do médico, que só deve ter lugar em casos graves de negligência grosseira ou dolo eventual.

**Tendo em conta que as intervenções médico cirúrgicas realizadas de acordo com o artigo 150.º n.º 1 do CP não são consideradas crime contra a integridade física do paciente uma vez que representa, por parte do médico, o cumprimento da sua função havendo uma atuação dentro do risco permitido. Como e quando esse “risco permitido” é ultrapassado?**

O nosso ordenamento jurídico-penal considera que a atividade médica não tem o sentido de uma lesão corporal – independentemente de ter lugar contra, ou na ausência, da vontade do doente – o que obriga a estabelecer sob que condições e sob que pressupostos é que o médico pode

beneficiar desta exclusão de tipicidade. Quais são estes pressupostos (embora eu não goste de expor as coisas assim em termos “matemáticos”)? É suposto que seja um profissional de saúde a realizar a intervenção; que atue com intenção de curar; é necessário que cumpra as *leges artis*, e que a intervenção seja indicada, ou seja, o médico tem de ter chegado à conclusão que aquela intervenção tem mais vantagens que inconvenientes para o doente. Quando um destes pressupostos não está preenchido, podemos dizer que este benefício legislativo é afastado, e a intervenção passa a ser qualificada como ofensa corporal. Isso não quer dizer todavia que em determinadas situações não possamos estar perante uma ofensa à integridade física justificada (como é o caso das cirúrgicas puramente estéticas).

### Qual é a relação do erro médico com a negligência? Considera que são conceitos coincidentes?

Eu considero que não, mas há países, nomeadamente os países anglo saxónicos que partem dessa coincidência (regra de Bolam), isto é, o que o médico disser que é violação das *leges artis* constitui negligência jurídico-penalmente relevante. Nós temos de partir da análise dos pressupostos previstos pelo artigo 150º, nº1, do CP (embora com a noção de que se houver uma omissão do médico que não aparece, ou que olha para o doente a agonizar numa maca e nada faz, o apuramento da responsabilidade médica não passa pelo artigo 150º, nº1, CP, porque não há uma intervenção médica, pelo que temos que ir ao tipo legal de resultado e ver se verificam os pressupostos da responsabilidade, incluindo a violação do dever de garante da parte do profissional de saúde), e nos casos de negligência está normalmente ausente a indicação objetiva ou o cumprimento das *leges artis* pelo médico.

O caso mais normal de negligência é mesmo a violação das *leges artis*, e quando há violação das *leges artis* desaparece o privilégio do artigo 150º nº1 CP, passando a existir um sinal de que pode haver negligência do médico em relação a, por exemplo, um homicídio negligente que está previsto no artigo 137º CP, sendo necessário averiguar o preenchimento completo desta incriminação. Mas uma coisa é o conceito médico, que é a violação das *leges artis*, outra coisa é a negligência que é um conceito jurídico, não é um conceito médico.

### Quando é que um ato deve ser responsabilizado penalmente e não civilmente? Ou seja, como traçamos a fronteira entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal?

Entendo que a pergunta não pode ser “quando é que há responsabilidade penal e não civil?” por obediência a uma ideia – constitucionalmente consagrada – de subsidiariedade do direito penal em relação ao direito civil. A preocupação é

a inversa, saber quando é que um facto deve ser indemnizado e não responsabilizar penalmente o seu autor. Devemos reduzir a intervenção do direito penal em relação aos médicos pelo grau de risco que lidam todos os dias, e resolver quase todos os problemas de responsabilidade (que doem particularmente aos doentes e às famílias) através do direito civil, por conseguinte através de mecanismos indemnizatórios, incluindo a lei da responsabilidade civil extracontratual do Estado quando estes casos ocorrem no SNS.

### Na sua perspetiva qual a maior dificuldade no âmbito da responsabilidade penal de uma equipa médica?

A responsabilidade penal no âmbito de uma equipa médica, ou seja, a responsabilidade de vários profissionais pode distinguir-se consoante essa responsabilidade decorra de uma intervenção que é executada a várias mãos sem hierarquia, ou de forma vertical (por exemplo, no âmbito de uma equipa médica que tem uma organização hierárquica e um chefe de equipa). É claro que depois os problemas acabam por convergir, não se verificando uma grande diferença no apuramento da responsabilidade nas duas formas de divisão de trabalho.

Existe uma responsabilidade horizontal, por exemplo, quando há mudança de turno entre médicos da mesma hierarquia e posição. Nesta hipótese, temos profissionais de saúde ao mesmo nível que cedem o turno a outros, e pode haver problemas, por exemplo, quando um profissional não dá toda a informação clínica sobre o doente ao outro, ou esta está incorreta. Portanto, o outro médico vai errar, mas apenas porque foi condicionado pelo erro do anterior, pelo que a responsabilidade deve ser do primeiro médico a intervir. No quadro das relações verticais, a situação mais comum é a cirurgia em que temos um chefe de equipa (temos ainda o anestesista que normalmente assume uma posição autónoma em relação à equipa chefiada pelo cirurgião), e temos outros médicos e enfermeiros, como o cirurgião assistente, o médico instrumentista, o médico circulante, por vezes até um ou mais médicos internos. Há quem diga que o chefe de equipa é responsável por tudo o que se passa dentro da sala de operações, contudo essa conclusão tem por consequência que o cirurgião chefe não vai fazer mais nada do que vigiar os colaboradores quando a sua principal função é operar. Portanto, o que defende a maior parte da doutrina, é que mesmo existindo hierarquia as regras de apuramento da responsabilidade são muito próximas às que gerem a definição da responsabilidade no plano horizontal. Isto significa que, em princípio, vale a chamada regra da confiança – o médico deve poder confiar naquilo que o colega está a fazer, ou que fez, a não ser que haja razões para desconfiar. Estas razões de desconfiança existem, por exemplo, quando o profissional de saúde que assume o turno sabe que o anterior é desatento e nunca regista bem os dados na ficha, sendo que já cometeu uma série de falhas. Nestes casos, o profissional de saúde deverá confirmar os dados apresentados pelo seu colega do

turno anterior. No caso da equipa a funcionar em conjunto numa sala de operações, o chefe tem que garantir que cada um sabe quais são as suas funções, que sabem o momento em que devem intervir, e que não há nenhuma situação anómala que possa colocar em risco esse princípio da confiança, mas a partir daí deve poder confiar que as funções são corretamente executadas por cada um.

Relativamente aos médicos internos é preciso compreender que estes têm um internato muito longo, pelo que há quem defenda que uma coisa é um interno do 1º ou 2º ano, outra coisa é um interno do 7º ano, por exemplo. Em relação ao interno dos primeiros anos não há a possibilidade de invocar o princípio da confiança, pelo que o superior hierárquico responde pelas falhas que o interno cometer como se fossem suas, na medida em que tem a responsabilidade de o vigiar e de o orientar. Relativamente aos internos nos últimos anos de internato já não haverá tantas razões para desconfiar, pelo que não é de afastar que a responsabilidade em caso de erro possa recair sobre eles (já têm deveres autónomos de execução pelo que pode existir uma autoria paralela, isto é, pode-se chegar à conclusão que as duas contribuições foram causais do resultado e que são de responsabilizar os dois profissionais).

### **Para si, quais são e serão os maiores desafios do direito médico?**

Para mim, os maiores desafios do Direito Médico dizem respeito à formação ética e profissional dos médicos, e à reestruturação do SNS. A reestruturação do SNS é uma necessidade sob o ponto de vista dos direitos dos doentes, mas também é urgente apostar numa maior humanização da medicina no sentido da atenção que deve ser prestada aos doentes. A formação dos médicos deve reforçar a dimensão deontológica e jurídica, com particular ênfase para o conhecimento dos direitos e dos deveres dos doentes, e das regras de apuramento da responsabilidade em caso de alguma coisa correr mal. A humanidade do médico também se revela no cumprimento do seu dever de esclarecer e de atender às necessidades de autonomia do doente. Também se revela no cumprimento do seu dever de esclarecer e de atender às necessidades de autonomia do doente. O modelo de medicina paternalista foi substituído por um modelo de medicina que valoriza a autonomia do doente, mas que se não for exercido com equilíbrio e sensibilidade pode ser extremamente desrespeitador das emoções do doente, o que deve ser extremamente desrespeitador das emoções do doente, o que deve ser pensado. Por último, devemos preocupar-nos em impedir que a lógica economicista e de custos se sobreponha à preocupação com as pessoas e com as suas necessidades, devendo o sistema apostar no apoio aos cuidadores dos mais velhos em sua casa, nos cuidados paliativos, em suma, na garantia da dignidade das pessoas mais velhas e doentes e da sua família.



(...) e é bom lembrar que a nossa Constituição quando prevê o direito fundamental à **proteção da saúde** prevê também o dever fundamental de **a defender e promover.**



**Luísa Neto**



# Entrevista a

## Luísa Neto



Luísa Neto, docente da FDUP desde 1995, onde tem lecionado unidades curriculares na área do Direito Público (Ciência Política, Direito Constitucional, Direitos Fundamentais) nos vários ciclos de estudos. É licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (menção de ciências jurídico-políticas, 1994) e doutorada pela Universidade do Porto (menção de ciências jurídico-políticas, 2003)

**Tendo em conta que a Lei de Bases da Saúde nunca definiu o que é um ato médico e que atualmente temos visto um desuso da palavra para ser substituída pelos “cuidados de saúde”; como é que vê a questão de termos um conceito indeterminado a definir algo tão importante para o Direito Médico? Acha que pode ser um entrave ao acesso a certo tipo de tratamentos? O Regulamento Interno da Ordem dos Médicos tem uma definição concreta para ato médico; acha que é transponível para a lei formal portuguesa, ou entende que falta algo para podermos adotar essa definição para a validade da lei?**

a. Definição da ordem dos médicos: o ato médico é constituído pelo diagnóstico, prognóstico e prescrição e execução de medidas terapêuticas relativas à saúde das pessoas, grupos ou comunidades. – Publicado na 6.ª revista da ordem dos médicos de 1981.

A questão é de saber se faz ou não sentido que haja uma definição legal do conceito de ‘ato médico’. Convém lembrar que de facto a lei de bases da saúde não apresenta esse conceito e a última tentativa em Portugal veio a ser objeto de veto político pelo presidente Jorge Sampaio, e depois disso nunca mais se voltou a tentar definir por via legal esta definição.

De facto, atualmente, há uma grande tendência de substituir a expressão ‘ato médico’ pela expressão ‘cuidados de saúde’.

Desde logo, um regulamento interno da OM não pode subverter o princípio da hierarquia de leis e temo que seja estrito demais o âmbito previsto. A paulatina substituição da expressão ‘ato médico’ pela de ‘prestação de cuidados de saúde’ resulta da redefinição das competências e responsabilidades que relativamente a várias profissões que concorrem a esta prestação de cuidados de saúde aos cidadãos, ou seja, o conceito de ‘ato médico’ pode fazer esquecer que para além dos médicos há uma série de outras profissões, muitas delas aliás também reguladas por ordens

profissionais - o que implica reconhecimento técnico mas também uma delegação de poderes por parte do Estado. Temos então uma série de deveres, obrigações e direitos de outros profissionais que, à luz da interprofissionalidade, configura de modo mais complexo a prestação de cuidados de saúde.

Ora a previsão do regulamento da OM coloca em causa a articulação entre os atos exclusivos dos médicos e prestadores de outros serviços de saúde porque a definição que resulta do regulamento é abrangente de atividades que podem ser exercidas por outras profissões que não os médicos por um lado e profissionais que estão protegidos por outras ordens profissionais. Por outro lado, e por exemplo, torna-se mais estranho que o referido regulamento preveja como ato médico “ato de formação, ensino, assessoria” desde que seja praticado médicos, aparentemente negando a ideia de interdisciplinaridade.

Convém lembrar que para efeitos do Código Penal há uma exclusão de ilicitude no caso de consentimento para tratamentos médico-cirúrgicos, ou seja, para que o ato médico ou o tratamento seja excluído das ofensas corporais típicas é necessário que em termos objetivos seja executado por um médico ou outra pessoa legalmente autorizada e é valorada a intenção curativa; em termos subjetivos é necessária uma indicação para o tratamento; se revelem mais vantagens que desvantagens, é a questão da “*legis artis*”. Ora esta obediência à “*legis artis*”, não pode ser considerada apenas no caso dos médicos, também as temos no caso de outras profissões.

A própria ADSE por exemplo, para uma coisa tão simples como as tabelas de participação, muitas vezes fala em prestação de cuidados de saúde e não em ato médico.

Também quando falamos neste momento da responsabilidade, se ouve mais a expressão responsabilidade na prestação de cuidados de saúde, em termos objetivos e não subjetivos; por exemplo, uma mesa de uma cirurgia, se não for identificado claramente qual o ato do qual resultou por exemplo uma lesão

ou dano, o que se sabe é que há uma lesão a imputar e essa interdisciplinaridade tem de ser tida em conta.

Assim, as tentativas de definição de ato médico têm hoje em dia de contar com este novo paradigma com de exercício da medicina num contexto mais alargado.

**O consentimento em ambiente médico é a grande garantia do princípio da dignidade humana na sua vertente de auto-determinação; acha que o “direito a não consentir” pode opor-se a questões de saúde pública como aconteceu por exemplo na vacinação obrigatória contra a COVID-19?**

É certo que o consentimento em ambiente médico é garantia do princípio da dignidade da pessoa humana na sua vertente de auto-determinação. Mas é sempre importante relembrar o direito a não consentir e recusar tratamento. Este é um dos campos em que entendemos que a dignidade da pessoa humana pode ser configurada como um *conversation stopper*.

De facto, se o consentimento quanto ao tratamento é uma forma de exclusão de ilicitude, a autodeterminação determina também o direito a recusar tratamento, e ainda que dessa recusa resulte lesão ou perigo para a própria saúde.

No caso da vacinação obrigatória ou da recomendação de vacinação, em especial, é evidente que há um direito a não consentir. Mas a questão é a de colocar em contra ponto o direito a não consentir como expressão da autodeterminação da pessoa e o que é o bem saúde pública ou que é o direito à saúde de outrém. E fomos lembrados agora com a pandemia COVID 19, o quão devastadora pode ser uma doença quando não temos vacinas para a controlar. Felizmente a introdução de vacinas poupou milhões de crianças de falecer às custas de doenças que agora nos parecem irrelevantes, que são doenças muito contagiosas e com consequências devastadoras; e é bom lembrar que a nossa constituição quando prevê o direito fundamental à proteção da saúde prevê também o dever fundamental de a defender e promover. O sucesso que as vacinas tiveram ao longo dos tempos fizeram-nos subestimar estas doenças. Ou seja, alguns dos movimentos - que sempre existiram - que têm posto em causa a aplicação de vacinação de factos motivados por um descrédito no risco dessas doenças porque se esqueceram da efetividade da vacinação. E esta atual dúvida tem riscos muito claros no reaparecimento de uma doença.

Se uma pessoa numa escola recusa a vacinação, essa criança ou família está protegida porque as outras estão vacinadas. Tem que se colocar a questão da responsabilidade de propagação de determinada doença. Mas é, porém, importante que esta discussão seja feita a propósito de vacinas que se considerem seguras e eficazes, não sejam vacinas absolutamente experimentais, sem prejuízo de situações excepcionais de emergência.

Esta discussão implica perceber quais são os deveres do Estado nesta situação e até que ponto pode o Estado ficar pela literacia vacinal ou deve de facto avançar para um plano de vacinação recomendada em relação a determinadas vacinas; ou se a vacinação obrigatória deve ser considerada necessária e justificada no quadro da colisão ou do conflito existente se faz sentido condicionar o exercício de determinada atividade à apresentação de certificado de vacinação. Esta questão não é nova, visto que temos um PNV desde 1965, apenas foi agigantada no âmbito das consequências do COVID.

O próprio Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem abordado este tema, no caso de multa a família checa a quem foi negado o acesso a creche por recusa de vacinação. Por outro lado, vale a pena referir que a questão do direito a não consentir e de ter que haver vacinas seguras e eficazes, levanta um outro problema quanto à questão das patentes das vacinas e da liberdade de criação científica. Do ponto de vista da justiça distributiva, a verdade é que a par das pessoas que não querem consentir nas vacinas, há muitas que não têm acesso às mesmas. Esta desigualdade tem sido acentuada pela Aliança Global para as Vacinas que foi fundada em 2000.

**Passando agora para as Diretivas Antecipadas de Vontade. Tendo em conta o artigo 3.º/2 da Lei nº 25/2012, considera que o esclarecimento por parte do médico ser facultativo traz uma desvantagem na salvaguarda do Direito à Saúde do cidadão?**

Julgo que não, porque apesar de a diretiva antecipada de vontade ter implicações médicas, é antes disso um ato de vontade de um cidadão. Eu posso querer autodeterminar a minha vontade, independentemente daquilo que me diga um médico. Quem quer fazer uma DAV, por causa de razões estritamente médicas, vai certamente ouvir um médico, mas não me parece essencial porque as DAV são mais que um documento meramente médico, são uma projeção do meu direito ao desenvolvimento da personalidade e que não tem de passar pela mediação de um médico porque resultam da nossa consciência que define o que resolvemos connosco mesmos.

Se olharmos para o formulário tipo que é disponibilizado pelo ministério da saúde, o tipo de questões colocadas já são muito específicos e se de facto houver dificuldade ou dúvidas quanto a responder aquilo ou assinalar a cruz A, B ou C, pode falar com um médico.

Mas a questão de falar facultativamente com um médico é aliás neste sentido uma disposição desnecessária, porque se pode sempre falar facultativamente com quem bem quiser, preocupa-me, no entanto, que essa conversa com o médico só pode ser incluída no documento se tanto o outorgante e o médico o entenderem. Ora a recusa pode ser questionável do ponto de vista da responsabilidade por conselhos e informações, prevista no Código Civil.

## Considera que o facto de o Procurador de Cuidados de Saúde ter o poder de interpretar e integrar lacunas no Testamento, pode vir a desvirtuar a intenção original do testador?

Não obstante os poderes do procurador de cuidados de saúde nomeado, o artigo 13.º da lei das diretivas antecipadas de vontade, determina que em caso de conflito entre as disposições do documento e a vontade do Procurador de cuidados de saúde, vale aquilo que está no documento e isso parece-me a mim ainda mais estranho.

É evidente que o procurador deve ter o poder de integrar e interpretar o testamento, mas o que se prevê é que “em caso de conflito entre o documento e a vontade do procurador de cuidados, prevalece a vontade do outorgante”. Ora, na medida em que a intervenção do procurador de cuidados de saúde é no sentido de atualizar a vontade do outorgante, parece estranha esta regra.

Percebe-se quando seja um desfasamento completamente gritante, mas se eu quis instituir um Procurador de Cuidados de Saúde tem que se tirar consequências de tal vontade.

Por outro lado, o que mais me preocupa, e me preocupa bastante, é o facto de quando instituímos um Procurador, não haver em momento algum necessidade de fazer prova de que a pessoa que se está a nomear disso tem conhecimento. Ou seja, eu posso escrever no formulário que nomeio X pessoa sem a avisar e daqui a uns tempos essa pessoa recebe um telefonema porque é preciso haver uma decisão.

Não há qualquer disposição na lei relativa ao aviso prévio do futuro procurador de cuidados de saúde, não há a obrigação de falar ou de integrar na Diretiva esse aviso de conhecimento o que se torna ainda mais preocupante e descabido. E por outro lado, a partir do momento em que está inserida no sistema a Diretiva, fazia sentido que a pessoa recebesse uma cópia da diretiva antecipada de vontade. Mas também não é obrigatório.

## Tendo em conta que um dos Direitos Fundamentais salva-guardados constitucionalmente é o também o Direito à Não Discriminação e Igualdade de Tratamento; considera que as atuais políticas públicas satisfazem a necessidade acrescida de apoio à pessoa com deficiência para o acesso à saúde? Acha que o sistema, tal como refere Maria de Belém Roseira, está a ter um papel ativo na redução de desigualdades pro-movendo a inclusão?

Desde 2007 que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem regras específicas sobre esta matéria,

sendo um arco importante até quanto à terminologia utilizada, e esta Convenção tem obrigações para os Estados em relação a várias dimensões e políticas, e muito concretamente a propósito da questão da saúde.

Para além das regras específicas desta Convenção de Nova Iorque é importante lembrar que a Estratégia Nacional para a Inclusão das Pessoas com Deficiência (com horizontes temporais sucessivos de 5 anos e precisamente agora em vias de revisão), abrange medidas e políticas de várias áreas governativas e no campo da saúde tem medidas muito concretas.

Por outro lado, a lei de bases da saúde tem também previsões específicas quanto à matéria.

Sabemos que o que está previsto normativamente pode não corresponder à realidade. Mas esse desfasamento infelizmente é próprio da intervenção normativa e não apenas nesta matéria em concreto.

# Os vencedores da *Essay* *Competiton*

---

2ª EDIÇÃO

1º



*Mateus Costa*



*Tomás Guerra*

2º



*Francisca Sá*



*Edéria Lopes*

3º



*Juliana Abreu*



*Mariana Nunes*

# Os Castigos Corporais com Finalidade Educativa: Uma Pseudo Causa de Exclusão da Illicitude

Por **Mateus Costa** e **Tomás Guerra**

## Siglas e Abreviaturas

AA. VV. Autores Vários  
Ac. Acórdão  
al(s). Alínea(s)  
Art(s). Artigo(s)  
BGB Bürgerliches Gesetzbuch  
CC66 Código Civil Versão Original de 1966  
CCiv Código Civil  
CDC Convenção sobre os Direitos da Criança  
CEDH Convenção Europeia de Direitos Humanos  
CP Código Penal  
n.o Número  
CRP Constituição de República Portuguesa  
p. Página  
pp. Páginas  
STJ Supremo Tribunal de Justiça  
TEDH Tribunal Europeu de Direitos Humanos  
TRE Tribunal da Relação de Évora  
TRG Tribunal da Relação de Guimarães  
TRL Tribunal da Relação de Lisboa  
TRP Tribunal da Relação do Porto  
v. Versus  
Vol. Volume

## Os Direitos da Criança

Hodiernamente, os direitos atribuídos às crianças, dentro da família e da sociedade, encontram-se profundamente desenvolvidos. Basta comparar, por exemplo, com o *status quo* do antigo Egipto, onde o infanticídio, para fins de sacrifício religioso, era considerado um privilégio e uma honra\*. Aliás, em diversas épocas (ex. na Grécia antiga), a proliferação das crianças era considerada uma desgraça, "(...) porque um número elevado de infantes condenava o património familiar a fragmentar-se"\*.

Exemplo primacial desta desconsideração pela criança é, naturalmente, o massacre de recém-nascidos na época de

Herodes (o massacre dos inocentes). Embora este relato não tenha evidências históricas para lá da tinta gasta por Mateus, a verdade é que, pelo menos, a história parece originar do assassinato, por Herodes, dos seus filhos\* (daí vem a conhecida frase: "De Herodes, é melhor ser porco do que filho"\*).

No entanto, embora através de processos cunhados, surge a primeira lei contra o infanticídio na época do Imperador Constantino\*. Contudo, o poder corretivo livremente confiado aos pais continuava sem um travão à vista. Veja-se, assim, que no século XIII apenas se aplicava a lei quando se açoitava uma criança até à morte, mas se esta apenas é açoitada até sangrar, então isto serve, apenas, os propósitos corretivos\*.

Apenas no século XX\*, por força do despertar da revolução industrial, onde os menores "(...) ficam subcarregados com trabalhos pesados e horários excessivos (...) "\*\*, é que a criança começa a ser considerada como um ser carente de proteção, cuidado, educação e afetividade especial. Nas palavras da Declaração dos Direitos da Criança, de novembro de 1959: "a criança, por motivo de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento"\*.

Um cabal sinal deste despertar gravita em torno da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de novembro de 1989, tendo entrado em vigor em tempo recorde\* (que surge após a Declaração dos Direitos da Criança, em 1924\*, e da Declaração Universal dos Direitos das Crianças, em 1959\*). "Depois de vários séculos de esquecimento e abuso, eis que se vislumbra a criança como um ser que necessita de especial protecção\*". Na Convenção encontram-se plasmados

\*MONTEIRO, Filipe (2002). O Direito de Castigo ou o Direito dos Pais baterem nos Filhos. Livraria Minho, pp. 15 e ss. \*MONTEIRO, Filipe (2002). O Direito de Castigo ou o Direito dos Pais baterem nos Filhos. Livraria Minho, p. 17. \*RODRIGUES, Nuno Simões (2013). Herodes Antipas e Herodiade a Caminho do Exílio: Fragmentos da Errância Judaica no Século I. In PHOENIX, Rio de Janeiro, 19-2, p. 109. \*Errância Judaica no Século I. In PHOENIX, Rio de Janeiro, 19-2, p. 109. 5 RODRIGUES, Nuno Simões (2013). Herodes Antipas e Herodiade a Caminho do Exílio: Fragmentos da Errância Judaica no Século I. In PHOENIX, Rio de Janeiro, 19-2, p. 109. 6 AA. VV. (2010). Abuso de Crianças e Jovens: Da Suspeita ao Diagnóstico. LIDEL, p. 12. \*Errância Judaica no Século I. In PHOENIX, Rio de Janeiro, 19-2, p. 109. 6 AA. VV. (2010). Abuso de Crianças e Jovens: Da Suspeita ao Diagnóstico. LIDEL, p. 12. 7 ALBERTO, Isabel (2010). Maltrato e Trauma na Infância. (2a edição). Almedina, p. 27. 8 CORREIA, Leandra (2017). Direito de Correção dos Pais ou Poder-Dever de Educação: Corrigir como Educar e não como Punir. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Coimbra, p. 15. \*Educar e não como Punir. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Coimbra, p. 15. 9 CORREIA, Leandra (2017). Direito de Correção dos Pais ou Poder-Dever de Educação: Corrigir como Educar e não como Punir. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Coimbra, p. 14. \*10 Com a mesma evocação: SOTTOMAYOR, Clara (1998). Breves Reflexões sobre a Evolução do Estatuto da Criança e a Tutela do Nascimento. In Juris et de Jure, p. 174. \*da Criança e a Tutela do Nascimento. In Juris et de Jure, p. 174. 11 MONTEIRO, Reis (2010). Direitos da Criança: Era uma Vez. Almedina, p. 33. \*da Criança e a Tutela do Nascimento. In Juris et de Jure, p. 174. 11 MONTEIRO, Reis (2010). Direitos da Criança: Era uma Vez. Almedina, p. 33. 12 Sobre esta, MONTEIRO, Cátia Alves (2018). Introdução às Bases do Direito das Crianças. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Lisboa, p. 112. \*Sobre esta: SILVA, Manuel da (2016). A Família das Crianças na Separação dos Pais - A Guarda Partilhada. Petrony, p. 32. \*Partilhada. Petrony, p. 32. 14 MONTEIRO, Cátia Alves (2018). Introdução às Bases do Direito das Crianças. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Lisboa, p. 112.

diversos direitos como, por exemplo: não discriminação; bem-estar; e vida. Aponte-se, ainda, o art. 19.º da CDC que afirma o seguinte: os “Estados Partes tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à protecção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada”. Ademais, o art. 24.º/3 da CDC, que declara o seguinte: os Estados Parte devem adotar “(...) todas as medidas eficazes e adequadas com vista a abolir as práticas tradicionais prejudiciais à saúde das crianças”.

A nível nacional, é importante a menção da alteração legislativa levada a cabo em 2008. Com a Lei n.º 6/2008, foi substituída a expressão “poder paternal” pela terminologia “responsabilidades parentais”. Em primeiro lugar, a palavra “poder” sugeria que existia um controlo absoluto e arbitrário sobre as crianças e, como tal, esta conceção já não podia ser acolhida à luz da mentalidade jurídica internacional. Em segundo lugar, a palavra “paternal”, como verdadeiro reflexo da sociedade baseada no patriarcado apontava para uma subtração desse poder das mãos da mulher.

Leia-se, assim, a exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 509/X: “Em segundo lugar, assume-se de forma explícita o conceito de responsabilidades parentais como referência central, afastando assim claramente designação hoje desajustada de «poder paternal», ao mesmo tempo que se define a mudança no sistema supletivo do exercício das responsabilidades parentais considerando ainda o seu incumprimento como crime. Finalmente, e reconhecida a importância dos contributos para a vida conjugal e familiar dos cuidados com os filhos e do trabalho despendido no lar, consagra-se pela primeira vez na lei e em situação de dissolução conjugal, que poderá haver lugar a um crédito de compensação em situação de desigualdade manifesta desses contributos”.

## A Natureza Jurídica e o Conteúdo das Responsabilidades Parentais

### Da Natureza Jurídica em Especial

O Novo Código Civil de 1966, após a reforma de 1977, atribui ao filho direitos perante os seus progenitores: o direito de ser ouvido relativamente a questões que lhe digam respeito (art. 1878.º/2, art. 1901.º/2 CCiv); o direito ao respeito (art. 1874.º/1 CCiv); o direito ao auxílio (art. 1874.º/1 CCiv); o direito à assistência (art. 1874.º/1 CCiv).

De acordo com os ensinamentos de BATISTA MACHADO, os

direitos subjetivos são “aquelas posições de privilégio (direitos), faculdades ou poderes que, por aplicação das regras de direito objetivo, são atribuídos a pessoas determinadas, uma vez verificados certos eventos (...). À titularidade de um direito subjetivo por parte de uma pessoa corresponde logicamente um dever jurídico (uma obrigação), ou pelo menos um estado de sujeição, por parte de outra ou outras pessoas.”\*. Ora, esta definição avançada por BATISTA MACHADO é conforme ao antigo regime do poder paternal\*. No entanto, sem prejuízo de, ainda hoje, o filho estar sujeito a determinadas obrigações perante os pais (ex. art. 1878.º/2 CCiv), não podemos afirmar, integralmente, que a posição jurídica do progenitor corresponde, simplesmente, a uma posição de poder e controlo.

Veja-se, também, MARCELO CAETANO\* ao afirmar que um direito subjetivo é o poder jurídico “(...) conferido a uma pessoa para que esta prossiga um seu interesse certo e determinado, quando e como entenda conveniente”\*. Acrescenta-se, nas palavras de MOTA PINTO, que apenas será um direito subjetivo quando “(...) o exercício do poder jurídico respetivo está dependente da vontade do seu titular”\*.

Tendo em conta que facilmente concluímos que as responsabilidades parentais não prosseguem o interesse parental, mas sim o interesse da criança\* (basta olhar, por exemplo, para o conteúdo do art. 1878.º/1 CCiv) e, em acréscimo, não podem ser exercidos apenas quando o titular o entenda\* (aliás, são irrenunciáveis, art. 1882.º CCiv), então não podem ser considerados verdadeiros direitos subjetivos.

Assim, nas palavras de CLARA SOTTOMAYOR, o “(...) exercício do poder paternal passa a ser entendido como um dever dos pais em relação aos filhos que visa não realizar os interesses dos pais mas antes o interesse do filho, sendo o objectivo do poder educativo dos pais a promoção do desenvolvimento físico, intelectual e moral do filho (art. 1885.º/1)”\*. No mesmo sentido, Ac. TRC de 31/01/2006: “Poder funcional o poder-dever, como um direito de conteúdo altruístico, em primeira linha, e não já, necessariamente, como um instrumento de auto-realização dos pais”.

Para JORGE MIRANDA, no aspeto externo, as obrigações dos pais para com os filhos são poderes-deveres: “No que concerne ao aspecto interno, o poder paternal terá a natureza de direito subjetivo; no (...) aspecto externo, será genuíno poder funcional”\*. Segundo ARMANDO LEANDRO, na perspetiva do filho, as responsabilidades parentais “(...) configuram um feixe de poderes-deveres que devem ser exercidos de forma altruísta, no interesse do menor”\*. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, no seu código anotado, afirma que as responsabilidades parentais não constituem um “(...) direito subjetivo na medida em que os respetivos titulares devem atuá-lo quando o interesse da pessoa (menor) a ele sujeito o exija”\*.

\*OLIVEIRA, Guilherme de; RAMOS, Rui (2021). Manual de Direito da Família. (2.a edição). Almedina, p. 580. \*MACHADO, Batista (2019). Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. (26.º reimpressão). Almedina, p. 64 \*PINTO, Mota (1933). Teoria Geral do Direito Civil. (3.a edição). Coimbra Editora. | SILVA, Gomes da (1969). Curso de Direito da Família. Lisboa. \*CAETANO, Marcelo (1944). Tratado Elementar de Direito Administrativo - Vol. I. Coimbra, p. 169. \*In MIRANDA, Jorge (1990). Sobre o Poder Paternal. In Revista de Direito e Estudos Sociais, pp. 32-33. \* MIRANDA, Jorge (1969). Poder Paternal e Assistência Social. Lisboa, p. 17. \* PINTO, Mota (2012). Teoria Geral do Direito Civil. (4.a edição). Coimbra Editora, p. 179. \*HERNÁNDEZ, Rivero (2007). El interés del menor. (2.a edición). Dykinson, p. 139. | GONÇALVES, Bárbara (2016). O Exercício das Responsabilidades Parentais. (Dissertação de Mestrado). Universidade Coimbra, p. 26. | GOMES, Ana Sofia (2012). Responsabilidades Parentais. (3.a edição). Quid Juris, p.13. | NETO, Jandira (2014). O Instituto do Poder Paternal, em Casos de Rutura Conjugal: Para uma Discussão da Viabilidade Prática do Exercício Conjunto das Responsabilidades Parentais, na Perspetiva do Interesse do Menor. (Dissertação de Mestrado). Universidade Autónoma de Lisboa, p. 18. | SANTOS, Débora (2016). Do Recurso à Mediação Familiar na Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em Caso de Divórcio. (Dissertação de Mestrado). Universidade do Minho, p. 10. \*CORREIA, Leandra (2017). Direito de Correção dos Pais ou Poder-Dever de Educação: Corrigir como Educar e não como Punir. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Coimbra, p. 15. | MONTEIRO, Filipe (2002). O Direito de Castigo ou o Direito dos Pais baterem nos Filhos. Livraria Minho, p. 52. \*SOTTOMAYOR, Clara (1998). Breves Reflexões sobre a Evolução do Estatuto da Criança e a Tutela do Nascimento. In Juris et de Jure, p. 181. \*MIRANDA, Jorge (1969). Poder Paternal e Assistência Social. Lisboa, p. 20. | Miranda, Jorge (1990). Sobre o Poder Paternal. In Revista de Direito e Estudos Sociais, pp. 31 e ss. \*LEANDRO, Armando (1986). Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações - algumas reflexões de prática judiciária. In Temas de Direito da Família, Almedina, pp. 120-121. \* GONZÁLEZ, José Alberto (2014). Código Civil Anotado - Vol. V. Quid Juris, p. 304.

Por fim, os egrégios PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA advogam, na esteira das posições explanadas anteriormente, que as responsabilidades parentais não “(...) são direitos que o seu titular possa exercer como queira. Pelo contrário, o seu titular é obrigado a exercê-los; e é obrigado a exercê-los de certo modo, do modo que for exigido pela função do direito, pelo interesse que ele serve”\*.

Em suma, as responsabilidades parentais não são direitos subjetivos, mas sim poderes-deveres\* que devem ser exercidos no interesse de outrem (no interesse do filho).

## Do Conteúdo Jurídico em Especial

Para além de tomar posição quanto à natureza jurídica das responsabilidades parentais, entender o conteúdo destes é de vital relevância.

Nos termos do artigo 1576.º CCiv são fontes destas relações jurídicas familiares: o casamento (art. 1577.º CCiv), o parentesco (art. 1578.º CCiv), a afinidade (art. 1584.º CCiv) e a adoção (art. 1586.º CCiv). No ensaio *sub judice*, releva, especialmente, a relação familiar de parentesco.

Diga-se que a relação de filiação (art. 1796.º CCiv) é a relação mais importante e intensa dentro das relações de parentesco\*. As normas relativas à filiação são imperativas e, como tal, não estão à disposição das partes, sendo esta um vínculo biológico cuja relevância jurídica depende do estabelecimento de maternidade e paternidade\*. A filiação produz diversos efeitos\*, tais como: dever de respeito, auxílio e assistência (art.1874.º CCiv), dever de cooperação entre os pais (art. 1674.º CCiv), direito ao apelido de família (art. 103.o, al. e) do CRC), responsabilidades parentais (art. 1877.º CCiv).

Destes efeitos todos, o mais significativo (assim como relevante para o caso em concreto) são as responsabilidades parentais (“(...) complexo de poderes e deveres que a lei atribui ou impõe aos pais para regerem a pessoa e os bens do filho menor”\*)

Mas as responsabilidades são mais do que um mero meio de suprimento da falta de capacidade jurídica dos filhos e um poder-dever de administração dos bens. As responsabilidades parentais englobam outras situações jurídicas como\*: o poder-dever de velar pela segurança do filho, o poder-dever de velar pela sua saúde, o poder-dever de prover ao seu sustento, o poder-dever de dirigir a sua educação, o poder-dever de o representar, o poder-dever de administrar os seus bens, o poder-dever de guarda e vigilância\*. Por razões de economia de espaço, iremos abordar, apenas, o poder-dever de educar\* (art. 1878.º e

1885.º e ss. CCiv).

Sobre o poder-dever de educar, podemos afirmar que este é a “principal linha de força”\* das responsabilidades parentais (constituindo a concretização ordinária dos artigos 36.º/5 e 67.º/2, al. c), CRP). Diga-se, desde já, na esteira do conteúdo do art. 1885.º/1 CCiv e das palavras de FÁTIMA DUARTE, que o poder-dever de educação “não consiste unicamente no seu desenvolvimento intelectual, através da aquisição de conhecimento técnicos profissionais”\*. Acima de tudo, desdobra-se no dever de preparar os filhos para os futuros desafios profissionais, pessoais e morais (“(...) consiste também na inculcação de valores morais e cívicos, essenciais para a vivência nas sociedade”\*). Reduzindo a breves ideias o intuito parental, o supremo objetivo é o desocializar a criança\* (através do desenvolvimento da sua personalidade\*), promovendo a sua correta integração na sociedade e preparando-o para os desafios que a vida traz (“(...) condução do processo de socialização do filho, que se traduz não só na promoção do desenvolvimento das suas faculdades físicas e intelectuais, mas também na promoção da aquisição de competências técnicas e profissionais, bem como na sua formação moral, religiosa, cívica e política”\*). Note-se, desde já, que, após a reforma de 1977, o poder de correção previsto no art. 1884.\* CC66 já não consta do elenco legal.

## O Edifício Normativo

### Aspetos Gerais

Ora, conhecendo, agora, a evolução histórica dos direitos das crianças, a natureza jurídica das responsabilidades parentais e o seu respetivo conteúdo importa, assim, entrar nas tumultuosas águas da lei penal, onde vigora um intenso princípio da legalidade e tipicidade\*. A compreensão de todos os aspetos anteriores não é, meramente, um capricho dos escritores, mas sim uma ferramenta fundamental para a discussão em torno da licitude ou ilicitude da aplicação de castigos corporais a menores. Tal como PAULA RIBEIRO DE FARIA tão elegantemente aponta: “A discussão em torno da legitimidade ou da ilegitimidade da aplicação de castigos a menores deixa-se influenciar de forma determinante pelas valorações sociais vigentes numa determinada sociedade e numa determinada época histórica.”\*

### Aspetos Cívicos

Do ponto de vista civil, parece-nos clara a ilicitude da utilização de castigos corporais. Basta, para a esta conclusão chegar, olhar para a expressa revogação do anterior art. 1884.º/1 CCiv, que consagrava um “poder de corrigir moderadamente o filho nas suas faltas”. Ademais, e por força do art. 8.º e 16.º da CRP, o art. 19.º da CDC afirma que os

\*reflexões de prática judiciária. In Temas de Direito da Família, Almedina, pp. 120-121. 26 GONZÁLEZ, José Alberto (2014). Código Civil Anotado - Vol. V. Quid Juris, p. 304. 27 COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de (2016). Curso de Direito da Família - Volume I. (5.a edição). Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 180. \*Neste sentido, também, FRAGA, Elina (2014). Parecer sobre a Projecto de Lei N.º 607/XXI/3.a (PS). Parecer da Ordem dos Advogados, pp. 8 e ss. \*PROENÇA, Gonçalves (2008). Direito da Família. (4.a edição). Universidade Lusíada Editora, pp. 281- 291. \*GOMES, Ana Sofia (2012). Responsabilidades Parentais. (3.a edição). Quid Juris, p. 13. 31 OLIVEIRA, Guilherme de; RAMOS, Rui (2021). Manual de Direito da Família. (2.a edição). Almedina, pp. 576-577. \*COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de (2016). Curso de Direito da Família - Volume I. (5.a edição). Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 49. \*CORREIA, Leandra (2017). Direito de Correção dos Pais ou Poder-Dever de Educação: Corrigir como Educar e não como Punir. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Coimbra, p. 15. 34 OLIVEIRA, Guilherme de; RAMOS, Rui (2021). Manual de Direito da Família. (2.a edição). Almedina, pp. 592 e ss. \*MARTINS, Rosa (2008). Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental. Coimbra Editora, pp. 171- 172. | DUARTE, Maria de Fátima (1994). O Poder Paternal: Contributo para o Estudo do seu Actual Regime. AAFDL Editora, p. 69. \*CORREIA, Leandra (2017). Direito de Correção dos Pais ou Poder-Dever de Educação: Corrigir como Educar e não como Punir. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Coimbra, p. 21. \*DUARTE, Maria de Fátima (1994). O Poder Paternal: Contributo para o Estudo do seu Actual Regime. AAFDL Editora, p. 68. \*SOTTOMAYOR, Clara (2020). Código Civil Anotado - Livro IV. Almedina p. 853. \*SOTTOMAYOR, Clara (2020). Código Civil Anotado - Livro IV. Almedina p. 853. \*MARTINS, Rosa (2008). Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental. Coimbra Editora, p. 211. \*FARIA, Paula Ribeiro de (2017). Formas Especiais do Crime. (1.a edição). UCP Editora, p. 37. \*FARIA, Paula Ribeiro de (2003). O Castigo Físico dos Menores no Direito Penal. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora, p. 608.

Estados Partes devem tomar todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, incluindo violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda dos seus pais. Também o art. 69.º da CRP consagra o direito das crianças “(...) à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”.

São de referir, ainda, as decisões do TEDH nos casos *A. v. United Kingdom, Tlapak and Others v. Germany e Wetjen and Others v. Germany* onde o Tribunal, ao deduzir o direito das crianças à integridade física e psíquica do art. 8.º da CEDH, advoga que os castigos corporais aos filhos são considerados “tratamento desumano ou degradante proibido pela CEDH”\*. Reforce-se, mais uma vez, que as disposições normativas internacionais são, por força da nossa própria Constituição (art. 8.º CRP), parte integrante do edifício jurídico português\*.

Em suma, quer seja por força de imperativos constitucionais, quer seja por força de imperativos internacionais, quer seja por força de um argumento histórico e racional, a “(...) utilização de castigos corporais, ainda que sob uma alegada finalidade educativa, não é lícita”\* civilmente. Não existe, atualmente, um direito de correção. “Foi abandonada a admissão da correção, com finalidade alegadamente educativa, através de castigos físicos ditos moderados, isto é, supostamente proporcionais, razoáveis e adequados (e não apenas de alguma forma de castigo físico mais severa e desproporcionada)”\*.

## Aspetos Penais

Questão diferente, mas análoga, é a da licitude penal dos castigos educativos corporais. A grande questão que se suscita a este propósito é a seguinte: “(...) supondo que a lei civil vem a proibir toda a forma de castigo físico (...) fica o direito penal vinculado a um juízo de ilegitimidade paralelo? Deve o direito penal acompanhar o juízo de ilicitude civil sobre estas formas de comportamento pela lesão da integridade física que consubstanciam?”\*.

O crime de maus tratos, plasmado no Código Penal em 1982, surge no seu artigo 152.º-A, e o bem jurídico nuclear, para GOMES ALVES, “vai muito além da integridade física em si mesma, abrangendo, segundo o professor Fernando Silva, a saúde e a dignidade humana”<sup>49</sup>. Para TAIPA DE CARVALHO, o bem jurídico é a saúde psicológica e corpórea, a dignidade, para além do “normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança”\*.

Segundo VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE

LAFAYETTE, “(...) o bem jurídico tutelado é, antes do mais, a pessoa individual, em si mesma e como portadora de conatural dignidade humana”\*. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, discutindo bem jurídico subjacente ao art. 152.º-A, afirma que estamos perante uma tutela da dignidade pessoal e da saúde, incluindo as dimensões mentais e físicas\*.

Da nossa parte, consideramos que, acima de tudo, o bem jurídico tutelado gravita em torno da pessoa individual (e não da comunidade familiar). Como tal, as preocupações relativas à saúde psicológica e física fazem-se sentir com particular veemência, assim como as necessidades de proteção do “normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança”.

Assim, e de um ponto de vista de Direito Penal, discute-se na doutrina se os castigos corporais dos pais aos filhos cabem na tipificação dos artigos 152.º-A do CP. Importa, agora, averiguar se os castigos corporais efetuados por pais a filhos menores integram a definição do Artigo 152.º -A. Os pressupostos elencados que nos permitem a verificação de uma conduta de maus tratos são: (i) um sujeito que tenha uma pessoa à sua guarda, responsabilidade da sua educação ou a trabalhar ao seu serviço; (ii) esta pessoa seu parágrafo seja menor ou particularmente indefesa em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez; (iii) uma ação ou omissão\* por parte do sujeito que se enquadre numa das definições das alíneas a) a c) do n.º 1. Ora, no caso dos castigos corporais em análise, o (i) está verificado a partir do momento em que o encarregado de educação tem à sua responsabilidade uma pessoa, pessoa esta que será um menor, verificando-se desta forma, também, o (ii).

Quanto ao (iii), os castigos corporais integram a redação do art. 152.º-A/1, al. a), designadamente, na seguinte secção: “(...) infligir, de modo reiterado ou não, maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais (...)”. No entanto, a delimitação da abrangência do termo “castigos corporais” não é clara, sendo que é quanto a este pressuposto que toda a questão relativa à punição penal dos castigos educativos se levante.

*Primus*, afigura-se como cristalina a punição daqueles castigos violentos (como é o caso de “(...) espancamentos, golpes, queimaduras, fracturas, administração abusiva de fármacos ou tóxicos, relações sexuais forçadas (...)”\*. Relativamente a estes, a doutrina é unânime: “(...) o castigo corporal desproporcionado, imoderado, aquele que ultrapassa o *ius corrigendi* socialmente aceite, assume relevância criminal”\*.

*Secundus*, torna-se sensível a aproximação de um castigo mais moderado, como é o caso de palmadas leves. Seguindo o entendimento do Comité dos Direitos da Criança, por “castigo corporal” entende-se “(...) qualquer ação tomada para punir uma criança que, se dirigida contra um adulto, constituiria agressão ilegítima; qualquer uso de violência com

\*SOTTOMAYOR, Clara (2020). Código Civil Anotado - Livro IV. Almedina p. 854. \*MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (2017). Constituição Portuguesa Anotada - Volume I. (2.a edição). UCP Editora, pp. 122 e 214 e ss. \*OLIVEIRA, Guilherme de; RAMOS, Rui (2021). Manual de Direito da Família. (2.a edição). Almedina, p. 603. \*OLIVEIRA, Guilherme de (2012). Direitos Fundamentais à Constituição de Família e ao Desenvolvimento da Personalidade. In Lex Familiae, ano 9, n.º 17 e 18, pp. 5 e ss. | No mesmo sentido, DIAS, Cristina Araújo (2008). A Criança como Sujeito de Direito e o Poder de Correção. In JULGAR, n.º 4, p. 15. \*FARIA, Paula Ribeiro de (2003). O Castigo Físico dos Menores no Direito Penal. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra Editora, p. 614. \*ALVES, Diego (2018). Violência física contra crianças: uma análise jurídica e crítica acerca do limite entre o poder-dever de educar e a prática do delito de maus tratos (artigo 152-A do Código Penal). In Galileu, 1.º semestre, p. 139. \*CARVALHO, Taipa (2012). Comentário Conimbricense do Código Penal - Volume II. Coimbra Editora, p. 332. \*PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre (2014). Código Penal Anotado e Comentado. (2.a edição). Quid Juris, p. 442. \*ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2010). Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. (2.a edição). Universidade Católica Editora, p. 468. \*Sobre o crime de maus tratos por omissão, veja-se, por exemplo, Ac. TRL de 23/02/2022. \*Ac. TRL de 23/02/2022. \*Ac. TRC de 10/11/2021. | No mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2015). Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. (3.a edição). Universidade Católica Editora, p. 230.



intenção de causar algum grau de dor ou desconforto, ainda que ligeiro, e ainda, punições não físicas cruéis, humilhantes e degradantes”\*. Vemos, desde logo, que uma bofetada dada por X a Y, por exemplo, na rua, constituiria, sem sombra de dúvidas, uma agressão ilegítima. Em adição, o próprio Comité faz questão de sublinhar o carácter ilegítimo de uma violência ligeira, como é o caso das conhecidas palmadas e bofetadas (em “(...) termos práticos, consideram como castigo corporal, qualquer ação que vise bater em crianças seja com a mão, seja com apoio noutros meios como cintos, chicotes, sapatos, colheres de pau, mas também, pontapear, abanar ou atirar, arranhar, beliscar, morder, puxar cabelos ou orelhas, colocar as crianças em posições desconfortáveis, queimá-las, forçar a ingestão (de pimenta, por exemplo, ou lavar a boca com sabão)”\*).

*Tertius*, alguma doutrina\* e jurisprudência\*, e com o devido mérito, aponta para a teoria da adequação social criada por WELZEL\*, ou seja, que “(...) todos os tipos incriminadores têm de ser interpretados como contendo uma cláusula restritiva (implícita) de inadequação social, a qual conduziria a excluir do tipo de ilícito todas as ações que, embora formal e contextualmente o preenchessem, todavia não caem notoriamente fora da ordenação ético-social da comunidade”\*. Atendendo ao carácter e finalidade do Direito Penal, esta teoria fará funcionar as engrenagens penais, porque atua num momento anterior à ponderação da ilicitude do comportamento (“(...) se uma conduta é socialmente adequada nunca se chegará a perguntar da consciência do ilícito por parte do seu autor, uma vez que o próprio preenchimento do tipo legal de crime não subsiste perante a ausência completa e generalizada de consciência social do crime”\*).

Embora reconheçamos o valor da teoria da adequação social, não podemos considerar, tal como FILIPE MONTEIRO\*, FIGUEIREDO DIAS\* e ROXIN\*, que esta valha como causa de afastamento do tipo. Afirmamos isto por quatro razões principais: no nosso ordenamento jurídico vigora o princípio do superior interesse da criança\*, onde o uso de violência na educação não parece encontrar cabimento\*; toda a atuação com intuito educativo, de acordo com as conceções sociais dominantes contemporâneas, deve ser filtrada através de condutas formalmente atípicas\*; a aplicação da teoria da adequação social como pressuposto *ab initio* da aplicação do Direito Penal cria uma relativa insegurança\*; a aceitação da valoração social para aplicação do Direito Penal tem como consequência, irremediável, a escravidão deste para com a sociedade, isto é, não fará sentido, a mais das vezes, permitir que as mentalidades e valorações ético-morais da sociedade (“(...) em nome dessa moral, muita injustiça já se fez (...)”\*) ditem a aplicação do Direito Penal, até porque, e disso não

faltam exemplos (por exemplo, alguns autores, como PETER HUBER\*, avisam que a alteração ao BGB, na matéria do poder de correção, pretende introduzir uma mudança de mentalidade), o Direito, especialmente em ramos que contendam com a família, deve incutir, pontualmente, determinados comportamentos\*.

Aliás, mesmo rejeitando tudo o que foi dito, é tendencialmente seguro afirmar que existe uma “(...) consciência comunitária de que todas as formas de violência sobre as crianças são socialmente intoleráveis”.

Da nossa parte, então, achamos que estes castigos não têm qualquer adequação social. Mesmo assumindo que este método terá o efeito corretivo pretendido, não podemos deixar de considerar os efeitos negativos visceralmente ligados aos castigos corporais. A ideia de reprimir atos condenáveis com agressões físicas propicia uma conceção trivial aos menores daquilo que é a violência. Sendo os pais ou encarregados de educação o principal exemplo das crianças a seu cargo, permitir este tipo de violência significa perpetuar a normalização da violência\* como método corretivo aplicável à grande maioria das situações do quotidiano (a “(...) lei aponta um caminho de ampliação das condutas que podem configurar o crime de maus-tratos e actualmente urge pôr o acento tónico no poder correctivo da persuasão, do exemplo e da palavra e na desnecessidade de causar dor física para corrigir, de forma a poder dar uma resposta satisfatória a este problema social tão disseminado [(essa disseminação resulta da transmissão geracional desses comportamentos – criança maltratada tende a, como adulto, infligir maus-tratos – e da facilidade com que se vulgariza – a palmada que pontua um comportamento desadequado até como forma de o parar passa a ser a forma mais habitual de relacionamento com a criança”\*)]. Nós preferimos um mundo onde os pais se abstenham deste meio de educação-correção, ao invés de um mundo onde os jovens levem para a vida a ideia de que a violência é uma solução válida para um problema.

Não podemos deixar de aprofundar, ainda, o argumento da segurança jurídica, mormente no que tange a avaliação dos tribunais daquilo que é ou não um castigo corporal aceitável. Ao permitirmos certos castigos corporais “moderados” em detrimento de outros considerados mais hediondos, estaremos a delegar aos tribunais a tarefa de proceder a um juízo subjetivo de modo a avaliar se um certo castigo deverá ou não ser tolerado. O que acontece no status quo é que os tribunais diferem na apreciação dos castigos, podendo criar situações de injustiça e segurança jurídica: Acórdão do TRE de 11/03/2014 argumenta que o poder-dever de educar é “(...) de todo incompatível com a violência física, com castigos corporais (...), pois estes nunca serão adequados ou justificados pelo dever

\*Passagem de MADEIRA, Laura (2014). Castigos Corporais na Educação das Crianças. In JULGAR online, p. 7. \*MADEIRA, Laura (2014). Castigos Corporais na Educação das Crianças. In JULGAR online, p. 7. \*FARIA, Paula Ribeiro de (2003). O Castigo Físico dos Menores no Direito Penal. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora, pp. 608 e ss. \*Ac. TRL de 07/04/2021. \*Sobre isto, FARIA, Paula Ribeiro de (2005). A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal. (Tese de Doutoramento). UCP Editora, pp. 58 e ss. \*DIAS, Figueiredo (2007). Direito Penal Parte Geral - Tomo I. (2.a edição). Coimbra Editora, p. 291. \*FARIA, Paula Ribeiro de (2013). A Adequação Social da Conduta no Direito Penal (ou a relevância do simbolismo social do crime). In Homenagem ao Professor Peter Hunerfeld, Coimbra Editora, p. 299. \*MONTEIRO, Filipe (2002). O Direito de Castigo ou o Direito dos Pais baterem nos Filhos. Livraria Minho, p. 62. \*DIAS, Figueiredo (2007). Direito Penal Parte Geral - Tomo I. (2.a edição). Coimbra Editora, p. 509. \*ROXIN, Claus (2006). Strafrecht - Allgemeiner Teil - Volume I. (4.a edição). C. H. Beck, §10, n.º 40. \*Sobre este, GOMES, Joana (2017). O Superior Interesse da Criança e as Novas Formas de Guarda. UCP Editora. \*MADEIRA, Laura (2014). Castigos Corporais na Educação das Crianças. In JULGAR online, p. 15. \*DIAS, Figueiredo (2007). Direito Penal Parte Geral - Tomo I. (2.a edição). Coimbra Editora, p. 509. \*MONTEIRO, Filipe (2002). O Direito de Castigo ou o Direito dos Pais baterem nos Filhos. Livraria Minho, p. 62. \*PEREIRA, Rodrigo da Cunha (2004). Princípios Fundamentais Norteadores do Direito da Família. (Tese de Doutoramento). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 52. \*HUBER, Peter (2002). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Verlag C. H. Beck München, 4. Auflage, band 8, p. 810. \*XAVIER, Rita Lobo (2008). Ensinar Direito da Família. Universidade Católica Editora, pp. 67 e ss. \*NEVES, Moreira das (2003). Os maus tratos infantis na jurisdição criminal. Verbo Jurídico, p. 3. 74 No ordenamento alemão, após a recusa de alteração do §1631 II BGB, apenas em 2000 é que, na esteira da proposta da Comissão pelos Direitos da Criança, o BGB passou a afirmar claramente o seguinte: “As crianças devem ser educadas sem o recurso à força. Medidas de correção ofensivas da dignidade da pessoa, em particular castigos físicos e psicológicos, são ilegítimas”. | No sistema austríaco, em 1989, o legislador proíbe expressamente, no art. 146.o, al. a), a utilização da força no filho. | Quanto ao complexo jurídico finlandês, “A alteração ao ordenamento civil, surgiu em 1983 com o Art. 1.3 do Child Custody and Right of Access Act, a sua estatuição é muito interessante «A criança deve ser criada num espírito de compreensão, segurança e amor. Não deve ser subjugada, castigada corporalmente ou humilhada». Mas, já em 1969, tinha sido eliminado do Código Penal finlandês a admissibilidade de castigos corporais legais quando perpetrados pelos pais”, MADEIRA, Laura (2014). Castigos Corporais na Educação das Crianças. In JULGAR online, p. 9. | Também na Noruega, o legislador suprimiu expressamente o poder de castigar moderadamente os filhos, art 30.o do Parent and Child Act. | “O nosso vizinho ibérico também procedeu à alteração da sua lei, no tocante a castigos corporais, também em 2007, removendo do art. 154.o e 268.o do Código Civil espanhol, o direito dos pais utilizarem meios de correção razoáveis e moderados, e passando a constar deles o respeito pela integridade física e psicológica do menor”, MADEIRA, Laura (2014). Castigos Corporais na Educação das Crianças. In JULGAR online, p. 10. \*Sobre isto, LEITE, Cátia (2020). Maus-Tratos Infantis e Delinquência Juvenil: A Experiência de Múltiplos Tipos de Maus-Tratos. (Dissertação de Mestrado). Universidade do Porto. \*Ac. TRL de 23/04/2019, proc. 1533/17.STPNSNT.L1-5, relator CID GERALDO.

de educar”, ao passo que o Acórdão do TRL de 17/05/2022 refere que “(...) a abstenção do educador constituiria, ela sim, um negligenciar educativo (...)” e “(...) qual é o bom pai de família que, por uma ou duas vezes, não dá palmadas no rabo dum filho quando aquele lhe desobedece sistematicamente?”.

O conceito abstrato de “castigo corporal moderado”, e atingindo as teorias bagatelares, abre uma porta a decisões incongruentes e possivelmente injustas, baseadas no entendimento de cada juiz de “castigo corporal aceitável”, fomentando a insegurança jurídica na decisão destes casos. Da nossa parte, advogamos uma realidade onde nenhum castigo corporal é permitido. Acreditamos que é preferível que os encarregados de educação abdicuem de um de muitos métodos correção, privilegiando castigos não violentos, *verbi gratia* os privativos de um bem\*. Afinal, esta seria uma solução que mitigaria a normalização da violência.

## Pseudo Causa de Justificação

O art. 31.º/2, al. b) (antigo art. 44.º/4 do CP de 1886), enquanto causa de exclusão de ilicitude, apenas pode ser invocado quando o agente pratica um facto no exercício legítimo de um direito atribuído por lei e, desta forma, obter a justificação concreta de uma conduta abstratamente incriminável\* (note-se, ademais, que o artigo 31.º/2, al. b), não se refere apenas ao direito de necessidade, mas sim a qualquer direito\*). Portanto, às causas de justificação plasmadas especificamente e individualmente na lei devem ser adicionados aqueles casos em que a (...) lei atribui ao particular um direito (...) de agir ou o isenta de pena por força da ausência ou presunção de ausência de exigibilidade de outro comportamento”, desde que este o exerça de forma adequada, necessária, proporcional e razoável\*.

Tendo em conta o exposto supra, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa decide no seguinte sentido: “Embora a conduta da mãe que, agindo com a intenção de corrigir a atitude desrespeitosa do filho, dá uma bofetada na cara deste, que tem 15 anos de idade, porque não só não obedeceu à ordem para se retirar para o quarto, como se dirigiu em atitude fisicamente agressiva à sua mãe, preencha, em abstracto, os elementos do tipo da ofensa à integridade física, a ilicitude dessa conduta está excluída, nos termos do art.o 31º/1/2- b) do CP”\*. Este entendimento do TRL não é singular, isto é, parece existir uma tendência na doutrina\* e na jurisprudência\* em justificar as ofensas à integridade física causadas ao menor, no âmbito educativo, com base na causa de exclusão de ilicitude do art. 31.º/2, al. b) (“(...) não é ilícito o facto praticado (...) no exercício de um direito (...”).

Portanto, e independentemente dos restantes critérios avançados pela doutrina\* e jurisprudência para aplicar

casuisticamente a presente causa de justificação (por exemplo, a legitimidade do agente ou a proporcionalidade), pensamos que a referida linha jurisprudencial tendencial se baseia em compostos normativos que, atualmente, já foram abandonados pelo legislador. Deste modo, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23/04/2019: “O «poder de corrigir moderadamente o filho nas suas faltas», antes previsto no art. 1884º nº 1 do Código Civil, na sua versão original, deixou de ter consagração legal autónoma em Portugal”. Note-se que ofensas no “exercício de um direito” seria, *exempli gratia*, aquelas praticadas no exercício do poder de correção. No entanto, já o dissemos, este direito foi eliminado do nosso ordenamento e, face à Lei 61/2008, a criança foi colocada como uma verdadeira sujeita\* de direitos face aos próprios pais\*. Como tal, a invocação do art. 31.º/2, al. b), em prol de uma pretensa exclusão da ilicitude, já não pode ser efetuada: educação “(...) não significa punição, mas implica ensinar e corrigir sem violência (física ou psíquica)”\*.

## Bibliografia Livros, revistas, monografias, teses, dissertações e ensaios

- AA. VV. (2010). Abuso de Crianças e Jovens: Da Suspeita ao Diagnóstico. LIDEL.
- ALBERTO, Isabel (2010). Maltrato e Trauma na Infância. (2.a edição). Almedina.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2010). Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. (2.a edição). Universidade Católica Editora.
- ALVES, Diego (2018). Violência física contra crianças: uma análise jurídica e crítica acerca do limite entre o poder-dever de educar e a prática do delito de maus tratos (artigo 152-A do Código Penal). In Galileu, 1.o semestre.
- CAETANO, Marcelo (1944). Tratado Elementar de Direito Administrativo - Vol. I. Coimbra.
- CARVALHO, Taipa de (2012). Comentário Conimbricense do Código Penal - Volume II. Coimbra Editora.
- COELHO, Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de (2016). Curso de Direito da Família - Volume I. (5.a edição). Imprensa da Universidade de Coimbra.
- CORREIA, Eduardo (1968). Direito Criminal - Vol. II. Reimpressão. Almedina.
- CORREIA, Leandra (2017). Direito de Correção dos Pais ou Poder-Dever de Educação: Corrigir como Educar e não como Punir. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Coimbra.
- DIAS, Cristina Araújo (2008). A Criança como Sujeito de Direito e o Poder de Correção. In JULGAR, n.o 4.
- DIAS, Figueiredo (2007). Direito Penal Parte Geral - Tomo I. (2.a edição). Coimbra Editora.
- DUARTE, Maria de Fátima (1994). O Poder Paternal: Contributo para o Estudo do seu Actual Regime. AAFDL Editora.
- FARIA, Paula Ribeiro de (1998). A Lesão da Integridade Física e o Direito de Educar - Uma Questão “Também” Jurídica. In Juris et de Jure.
- FARIA, Paula Ribeiro de (2003). O Castigo Físico dos Menores no Direito Penal. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora.
- FARIA, Paula Ribeiro de (2013). A Adequação Social da Conduta no Direito Penal (ou a relevância do simbolismo social do crime. In Homenagem ao Professor Peter Hunerfeld, Coimbra Editora.

\*DIAS, Cristina Araújo (2008). A Criança como Sujeito de Direito e o Poder de Correção. In JULGAR, n.º 4, p. 99. \*SIMAS, Santos; LEAL-HENRIQUES, Manuel (2020). Noções de Direito Penal. (7.a edição). Rei dos Livros, p. 116. \*PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre (2014). Código Penal Anotado e Comentado. (2.a edição). Quid Juris, p. 160. \*CORREIA, Eduardo (1968). Direito Criminal - Vol. II. Reimpressão. Almedina, p. 137. \*ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2015). Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. (3.a edição). Universidade Católica Editora, p. 230. \*Ac. TRL de 02/07/2020, proc. 14563/19.3TBSNT.L1-9, relator ABRUNHOSA DE CARVALHO \*Neste sentido, por exemplo, TAIPA DE CARVALHO (“(...) o poder/dever de educação-correção dos pais (ou das pessoas que, nos termos do art. 152º-A, os substituíam) pode justificar-se certos castigos corporais ou privações da liberdade; mas tais castigos (corporais ou privativos da liberdade) têm de ser (...) necessários, adequados, proporcionais e razoáveis (...)”, CARVALHO, TAIPA (2012). Comentário Conimbricense ao Código Penal - Tomo I. (2.a edição). Coimbra Editora, p. 521. | Também, FIGUEIREDO DIAS e PINTO DE ALBUQUERQUE, citados no Ac. TRL de 02/07/2020. \*Também, Ac. TRL de 07/04/2021 (“(...) o poder de correção dos pais sobre os filhos poderá constituir uma causa de exclusão da ilicitude (...) ou pode até ser penalmente atípico, se exercido dentro dos limites da chamada teoria da adequação social”); Ac. TRL de 17/05/2022 (“O poder de correção dos pais sobre os filhos poderá constituir uma causa de exclusão da ilicitude do crime de violência doméstica [ou de ofensa à integridade física, ou coação ou ameaça, ou qualquer outro tipo de crime que proteja bens jurídicos de que o filho seja titular], se exercido com finalidade exclusivamente educativa (...)”); Ac. TRL de 12/01/2023 (“(...) a punição infligida ao seu filho, cumpre os pressupostos para considerarmos excluída a ilicitude desses factos (...) nos termos do artigo 31.o, n.o 1 e 2 b) (...)”). \*CORREIA, Leandra (2017). Direito de Correção dos Pais ou Poder-Dever de Educação: Corrigir como Educar e não como Punir. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Coimbra, pp. 39-40. \*DIAS, Cristina Araújo (2008). A Criança como Sujeito de Direito e o Poder de Correção. In JULGAR, n.o 4, p. 101. \*Ac. TRL de 05/06/2019. \*DIAS, Cristina Araújo (2008). A Criança como Sujeito de Direito e o Poder de Correção. In JULGAR, n.o 4, p. 101..

FARIA, Paula Ribeiro de (2017). Formas Especiais do Crime. (1.a edição). UCP Editora.

FRAGA, Elina (2014). Parecer sobre a Projecto de Lei N.º 607/XXI/3.a (PS). Parecer da Ordem dos Advogados.

GOMES, Ana Sofia (2012). Responsabilidades Parentais. (3.a edição). Quid Juris.

GOMES, Joana (2017). O Superior interesse da Criança e as Novas Formas de Guarda. UCP Editora.

GONÇALVES, Bárbara (2016). O Exercício das Responsabilidades Parentais. Dissertação de Mestrado). Universidade de Coimbra.

GONZÁLEZ, José Alberto (2014). Código Civil Anotado - Vol. V. Quid Juris.

HERNÁNDEZ, Rivero (2007). El interés del menor. (2.a edição). Dykinson.

HUBER, Peter (2002). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Verlag C. H. Beck München, 4. Auflage, band 8.

LEANDRO, Armando (1986). Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações - algumas reflexões de prática judiciária. In Temas de Direito da Família, Almedina.

MACHADO, Batista (2019). Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. (26.o reimpressão). Almedina.

MADEIRA, Laura (2014). Castigos Corporais na Educação das Crianças. In JULGAR online.

MARTINS, Rosa (2008). Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental. Coimbra Editora.

MIRANDA, Jorge (1969). Poder Paternal e Assistência Social. Lisboa.

MIRANDA, Jorge (1990). Sobre o Poder Paternal. In Revista de Direito e Estudos Sociais.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (2017). Constituição Portuguesa Anotada Volume I. (2.a edição). UCP Editora.

MONTEIRO, Cátia Alves (2018). Introdução às Bases do Direito das Crianças. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Lisboa.

MONTEIRO, Filipe (2002). O Direito de Castigo ou o Direito dos Pais baterem nos Filhos. Livraria Minho.

MONTEIRO, Reis (2010). Direitos da Criança: Era uma Vez. Almedina.

NETO, Jandira (2014). O Instituto do Poder Paternal, em Casos de Rutura Conjugal: Para uma Discussão da Viabilidade Prática do Exercício Conjunto das Responsabilidades Parentais, na Perspetiva do Interesse do Menor. (Dissertação de Mestrado). Universidade Autónoma de Lisboa.

NEVES, Moreira das (2003). Os maus tratos infantis na jurisdição criminal. Verbo Jurídico.

OLIVEIRA, Guilherme de (2012). Direitos Fundamentais à Constituição de Família e ao Desenvolvimento da Personalidade. In Lex Familiae, ano 9, n.º 17 e 18.

OLIVEIRA, Guilherme de; RAMOS, Rui (2021). Manual de Direito da Família. (2.a edição). Almedina.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (2004). Princípios Fundamentais Norteadores do Direito da Família. (Tese de Doutoramento). Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre (2014). Código Penal Anotado e Comentado. (2.a edição). Quid Juris.

PINTO, Mota (1933). Teoria Geral do Direito Civil. (3a edição). Coimbra Editora.

PINTO, Mota (2012). Teoria Geral do Direito Civil. (4.a edição). Coimbra Editora.

PROENÇA, Gonçalves (2008). Direito da Família. (4.a edição). Universidade Lusíada Editora.

RODRIGUES, Nuno Simões (2013). Herodes Antipas e Herodiade a Caminho do Exílio: Fragmentos da Errância Judaica no Século I. In PHOÏNIX, Rio de Janeiro, 19-2.

ROXIN, Claus (2005). La calificación jurídico-penal de la corrección paterna. In Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 16.

ROXIN, Claus (2006). Strafrecht - Allgemeiner Teil - Volume I. (4.a edição). C.H. Beck, §10, n.º 40.

SANTOS, Débora (2016). Do Recurso à Mediação Familiar na Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em Caso de Divórcio. (Dissertação de Mestrado). Universidade do Minho.

SILVA, Gomes da (1969). Curso de Direito da Família. Lisboa.

SILVA, Manuel da (2016). A Família das Crianças na Separação dos Pais - A Guarda Partilhada. Petrony.

SIMAS, Santos; LEAL-HENRIQUES, Manuel (2020). Noções de Direito Penal. (7.a edição). Rei dos Livros.

SOTTOMAYOR, Clara (1998). Breves Reflexões sobre a Evolução do Estatuto da Criança e a Tutela do Nascituro. In Juris et de Jure.

SOTTOMAYOR, Clara (2020). Código Civil Anotado - Livro IV. Almedina.

XAVIER, Rita Lobo (2008). Ensinar Direito da Família. Universidade Católica Editora.

## II. Jurisprudência

Ac. TRC de 31/01/2006, proc. 4027/05, relator HELDER ROQUE. / Ac. do TRE de 11/03/2014, proc. 317/09.9GFSTB.E2, relator ALBERTO JOÃO BORGES. / Ac. TRL de 23/04/2019, proc. 1533/17.5T9SNT.L1-5, relator CID GERALDO. / Ac. TRL de 05/06/2019, proc. 600/18.2T9VFX.L1-3, relator MARIA PERQUILHAS. / Ac. TRL de 02/07/2020, proc. 14563/19.3T8SNT.L1-9, relator ABRUNHOSA DE CARVALHO. / Ac. TRL de 07/04/2021, proc. 160/16.9GEACB.L1-3, relator CRISTINA ALMEIDA E SOUSA. / Ac. TRC de 10/11/2021, proc. 110/17.5GASAT.C2, relator MARIA JOSÉ NOGUEIRA. / Ac. TRL de 23/02/2022, proc. 1549/19.7T9SNT.L1-3, relator CRISTINA DE ALMEIDA E SOUSA. / Ac. TRL de 17/05/2022, proc. 1093/20.0T9VFX.L1-5, relator ANABELA CARDOSO. / Ac. TRL de 12/01/2023, proc. 509/20.0GBMTJ.L1-9, relator CARLOS DA CUNHA COUTINHO.

# Castigos Físicos a Crianças

## Educação ou Violação de Direitos?

Por uma educação mais respeitosa e menos danosa

Por *Francisca Sá* e *Edéria Lopes*

### Glossário

CF - Castigos Físicos

CRP - Constituição da República Portuguesa

CC - Código Civil

CP - Código Penal

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TEDH - Tribunal Europeu de Direitos Humanos

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

IAC - Instituto de Apoio à Criança

OMCT - Organização Mundial contra a Tortura

APPROACH - Associação para Proteção de Todas as Crianças

CEDS - Comité Europeu dos Direitos Sociais

### Introdução

A análise elaborada neste trabalho tem por base a interessante e controversa questão “Castigos físicos a crianças – Educação ou Violação de Direitos?”. Questão essa que só tem lugar, desde logo, porque a criança é, hoje, encarada como um verdadeiro sujeito de direitos.

Ademais, a evolução da sociedade espelha-se de forma inequívoca em matérias desta natureza. A sociedade evolui e aquilo que se considera aceitável e correto em determinada altura, deixa de o ser noutra ou vice-versa, cabendo ao Direito acompanhar essa evolução e, por vezes, ser impulsionador da mesma.

Se o poder paternal começou por ser um poder de domínio, hoje não é mais do que um poder-dever funcionalizado e, é nesse sentido, que a discussão em torno da legitimidade ou não dos CF a menores, adquire relevo no seio da comunidade civil e jurídica.

Desta feita, o estudo, de seguida apresentado, consiste num percurso essencialmente jurídico e social, da utilização dos castigos corporais na educação das crianças ao longo do tempo, tendo como objetivo último, perceber em que ponto nos encontramos e qual o caminho que ainda falta trilhar.

### Abordagem Jurídica

### Ordenamento Supranacional

### Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança entrou em vigor em 1990, tornando-se o instrumento de direitos humanos mais aceite na história universal, sendo ratificado por 196 países. No âmbito desta convenção, foi criada a Comissão dos Direitos da Criança, a qual desempenha um papel fundamental na sensibilização contra o uso de castigos corporais.

Desde que iniciou funções, a Comissão tem vindo, ao longo de vários anos, a assinalar a urgência dos Estados aderentes adotarem “medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência”\*, sob pena de violação do artigo 19 da Convenção supramencionada.

### Carta Social Europeia

Em 2002, entrou em vigor no ordenamento interno português, a Carta Social Europeia. Com a finalidade de monitorizar a aplicação deste diploma, surge o CEDS, o responsável pela apreciação de duas queixas deduzidas contra Portugal, pela Organização Mundial contra a Tortura. Ambas as queixas imputavam a Portugal a violação do artigo 17 da Carta Social Europeia, pela não eficaz e explícita proibição de castigos corporais das crianças.

No seguimento da queixa coletiva no 20/2003 (1ª queixa), Portugal alegou que a agressão física como forma de educação e disciplina de uma criança não é verdadeiramente permitida pelo direito português, sustentando a sua posição nos artigos 143.º da CRP e 152.º do CP, munindo-se de três Acórdãos dos Tribunais Superiores Nacionais. Uma vez analisada esta

\*Comissão dos Direitos da Criança, Comentário Geral, no 13 (2011), artigo 17, The right of the child to freedom from all forms of violence, doc. CRC/C/GC/13.

argumentação, o Comité entendeu pela não violação do artigo 17 da Carta.

Todavia, em 2006, na sequência de um Acórdão proferido pelo STJ, foi apresentada a 2ª queixa coletiva, nº 34/2006 pela mesma organização (OMCT). O Estado Português manteve a mesma contestação, que o Comité considerou no momento, manifestamente insatisfatória, exigindo que as disposições legais fossem suficientemente claras, não deixando margem aos tribunais para a não aplicação das mesmas.

Pela violação do mesmo artigo, mais recentemente, no ano de 2014, a APPROACH deduziu semelhante queixa contra França, a qual resultou também na sua condenação.

## Jurisprudência TEDH

O TEDH, órgão competente para garantir o cumprimento dos compromissos resultantes da CEDH, tem vindo a condenar a utilização de castigos corporais, invocando sobretudo o artigo 3º da Convenção supracitada, que proíbe os tratamentos desumanos ou degradantes. Nesse sentido, analisemos, de seguida, alguns casos.

Em 1978, no caso *Tyrer v. United Kingdom*, o TEDH entendeu ter-se verificado a violação do artigo 3º da CEDH, no seguimento de uma sentença judicial, que decretava a imposição de CF sobre um menor de idade.

No caso *Campbell and Cosans v. United Kingdom* (1982), o TEDH foi invocado para se pronunciar acerca da possibilidade de as escolas poderem aplicar castigos corporais. Nesta sequência, o Tribunal considerou que não estava em causa a desaplicação do artigo 3.º da CEDH, dado se tratar de uma mera suscetibilidade. Contudo, entendeu que estava a ser violada a segunda parte do artigo 2º do 1º Protocolo adicional à CEDH\*, já que os queixosos objetavam a aplicação destes castigos sobre os seus filhos.

Mais tarde, em 1998, no caso *A. v. United Kingdom*, o Reino Unido acabou por ser novamente condenado, uma vez que o TEDH entendeu que a sua lei não conferia às crianças a proteção necessária contra os castigos corporais no seio familiar, estando em causa, mais uma vez, a violação do artigo 3º da CEDH.

Recentemente, o TEDH tornou a debruçar-se sobre esta matéria, nos casos *Tlapak and others v. Germany e Wetjenand*

*others v. Germany*\*. A questão em litígio remetia para a violação do direito ao respeito pela vida familiar, previsto no artigo 8º CEDH, decorrente da remoção parcial de poder paternal por parte do Estado Alemão.

## Ordenamento Jurídico Português

No que diz respeito à previsão legal portuguesa relativa a esta temática, cumpre, em primeiro lugar, fazer referência àquela que é a lei fundamental do país, a CRP. De forma mais ampla, o artigo 18.º CRP estatui que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”, consagrando o artigo 25.º/1 do mesmo diploma que a integridade física e moral das pessoas é inviolável. É nos artigos 36.º/5 e 67.º/2/c) CRP que se faz especial referência à educação das crianças, atribuindo, respetivamente, aos pais o poder-dever de educar os filhos e ao Estado a devida cooperação nessa tarefa com os pais\*.

Não obstante, é no CC e no CP que iremos centrar a nossa atenção.

A primeira nota a fazer à evolução legislativa do CC, no seio desta matéria, prende-se com o facto de que *não encontramos hoje*, na secção referente às responsabilidades parentais, *uma previsão de um poder de correção dos pais*, mas sim um dever de educar\*. Os poderes-deveres dos progenitores são, agora, exercidos no interesse dos filhos, nos termos do artigo 1878.º CC.

Porém, apontamos uma segunda nota mais crítica a esta evolução, é que aquando da Reforma de 1977 do CC, o legislador não estabeleceu uma proibição expressa dos castigos moderados\* empregues na educação das crianças.

É neste sentido, que o CP ganha relevo na punição dos CF. Só em 2007, por via da Lei 59/2007, que levou a cabo a 23a alteração ao CP é que se incluiu explicitamente os castigos corporais a crianças como elemento do tipo legal. Autonomizou-se o *crime de maus-tratos a menores*, no artigo 152.º-A CP a par do crime de violência doméstica, no artigo 152.º CP.

Preliminarmente à análise destes artigos, é de assinalar que esta alteração ao CP, não parece alheia à condenação de Portugal, já abordada, pelo CEDS, pela violação do artigo 17.º da Carta Social Europeia. Condenação que, teve

\*O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.” \*TEDH, Case of Tlapak and Others v. Germany (Queixas nos. 11308/16 e 11344/16), Julgamento, Estrasburgo, 22 de março de 2018, final a 22 de junho de 2018. \*Quanto à tarefa do Estado, relevam ainda a Lei de Bases do Sistema Educativo e o Estatuto do Aluno e Ética Escolar. \*Artigo 1884.o/1 do CC de 1966, sob epígrafe “poder de correção” dispunha “Compete a ambos os pais o poder de corrigir moderadamente, o filho nas suas faltas”. De notar ainda o no 2 “Se o filho for desobediente, requerer ao tribunal de menores as providências convenientes, nos termos fixados em lei especial.” tiver mau comportamento ou se mostrar indisciplinado, pode qualquer dos pais “A expressão “castigos moderados” tem a sua origem na doutrina e jurisprudência resultante da interpretação do artigo 143.o do Código de Seabra.

essencialmente origem, no Acórdão do STJ de 05.04.2006\*. Além do mais, para os mais céticos quanto à autonomização destes tipos legais, uma vez que já constavam do nosso CP outras previsões como os artigos 143.º, 144.º e 145.º, reitere-se que, como de seguida fundamentado, o bem jurídico protegido por estes dois novos artigos vai além da proteção da integridade física.

De acordo com o Dr. Taipa de Carvalho, os bens jurídicos em causa nos dois tipos legais de crime são os mesmos, a dignidade pessoal e a saúde, incluindo as suas componentes físicas, psíquicas e mentais. Ademais, entende que as condutas descritas por ambos os artigos coincidem igualmente. Desta forma, distingue o artigo 152.º e 152.º-A CP somente quanto às *relações existentes entre o agente e a vítima*. O artigo 152.º CP parece dirigir-se a um contexto familiar/doméstico e o artigo 152.º-A a um âmbito institucional.

O professor aponta três requisitos para o sujeito passivo do crime do artigo 152.º-A CP. Exige, em primeiro lugar, que a vítima esteja ao cuidado, à guarda ou sob a responsabilidade da direção ou educação do agente ou a trabalhar ao seu serviço. O segundo requisito impõe que a pessoa maltratada seja menor ou particularmente indefesa em razão de idade avançada, de deficiência, de doença ou de gravidez. Já o terceiro requisito pressupõe que não exista entre o agente e a vítima uma relação de coabitação, pois nesse caso estará em causa um crime de violência doméstica, à luz da alínea d) do nº 1 do artigo 152.º CP.

Esta distinção tem pertinência, uma vez que apesar de o nosso estudo versar mais vincadamente sobre a relação entre pai/filho, não nos podemos descuidar da questão das crianças institucionalizadas e até mesmo da relação professor/aluno em qualquer escola. Ouvimos, com frequência, falar do medo outrora imposto no seio da comunidade escolar, através de expressões como “Levei muitas reguadas”. Neste âmbito, destacam-se ainda três diplomas legislativos portugueses, o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e a Lei Tutelar Educativa.

Contudo, como é sabido, no nosso CP encontram-se previstas algumas causas de justificação, que representam uma espécie de contratipos, isto é, o legislador descreve situações excecionais que excluem o desvalor jurídico penal à conduta que é subsumível ao tipo incriminador. Tradicionalmente, alegam-se três causas de justificação.

A primeira causa de justificação diz respeito ao *exercício de um direito*, nos termos do artigo 31.º/2/b) CP. Doutrina e jurisprudência aplicavam esta causa justificadora no sentido em que entendiam haver autorização legal civil baseada no poder paternal e dever de correção (Antigo artigo 1884.º CC). A segunda causa de justificação refere-se ao *cumprimento de um dever*, como dispõe agora a alínea c) do nº 2 do artigo 31.º CP, utilizando aqui como fundamento o dever de dirigir a educação do menor, consagrado no artigo 1878.º CC. Por fim, é ainda apontada como causa de justificação o *consentimento do titular do interesse jurídico lesado*, firmada no artigo 31.º/2/d) CP. A Doutora Laura Fernandes Madeira discorda da aplicação de qualquer uma das causas referidas.

Por fim, faremos alusão à teoria da adequação social e ao princípio bagatelar.

Nas palavras de Welzel, o responsável pela *teoria da adequação\**, a mesma tem como fim último “excluir do conceito de ilícito todas as condutas que se movem funcionalmente dentro da ordenação social historicamente desenvolvida”. Esta teoria importa no que toca aos CF, porque subsiste na nossa sociedade a ideia de que tais comportamentos são aceitáveis e até necessários para a educação dos menores, pelo que a ideia subjacente é que sendo a conduta socialmente normal e tolerada, não atingirá o nível de ofensividade suficiente capaz de fundar a ilicitude penal. No entanto, ainda que seja verdade que grande parte da sociedade aceite os CF a crianças, existe também uma “consciência comunitária de que todas as formas de violência são socialmente intoleráveis”.

A questão que se coloca é, então, a de saber se perante esta recusa da teoria da adequação social, se deve penalizar qualquer ofensa corporal simples. Para dar uma resposta a esta questão impõe-se a distinção entre adequação social e bagatelas\*. De acordo com a Doutora Laura Fernandes Madeira, “existirá, para situações de manifesta desnecessidade de proteção do bem jurídico, a *válvula de escape do princípio bagatelar*” e refere como exemplos, o “calduço” que o pai dá ao filho por este dizer uma tolice e a mãe que aperta ligeiramente o braço da filha quando pressente que ela iria revelar algo inapropriado a terceiro.

O que se impõe é que haja um esforço conjunto de doutrina e jurisprudência para que o julgador deixe de ter “espaço de manobra” para excluir a responsabilidade dos pais aquando da aplicação de CF, ainda que tais condutas não alcancem a intensidade de um maltrato. Se o próprio Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade em caso algum

\*O Acórdão relatado pelo Conselheiro João Bernardo decidiu que “Castigos moderados aplicados a menor por quem de direito, com fim exclusivamente educacional e adequados à situação, não são ilícitos.” \*Welzel criou esta teoria como reação ao positivismo, mas veio a rejeitá-la, posteriormente, deixando de a considerar como causa de justificação. \*Tal distinção entre adequação social e bagatelas não é subscrita por todos os autores, como é o caso de Roxin.

admite a aplicação de castigos corporais aos reclusos, o Direito falha na proteção da criança que é um ser particularmente frágil, vulnerável e que se encontra em desenvolvimento. Não pode haver fundamento legal ou interpretativo que tolere uma ofensa à integridade física a uma criança, quando o mesmo não se verifica em relação a um qualquer adulto, nem tão-pouco quanto a um recluso.

## Abordagem social

No início do ano passado, o IAC desenvolveu, no nosso país, o estudo “Será que uma palmada resolve”, que abordou os procedimentos adotados na ação educativa familiar. No total, foram questionadas 1943 pessoas, das quais, 73% eram pais e 44% trabalhavam com crianças.

Analisando os resultados, verificamos que cerca de 30% das pessoas inquiridas “consideram poder usar-se castigos corporais em crianças”. Sendo apontados como motivos justificativos *o incumprimento dos limites e das regras familiares* (81,7%), seguindo pelas *situações em que são malcriadas* (81,6%) e *desobedientes* (78,2%). Ainda assim, é possível constatar que 95,5% têm uma maior dificuldade em admitir a punição física como estratégia disciplinar.

Por último, concluímos ainda que “os participantes mais velhos têm crenças que remetem para uma *visão tradicional da educação* – aceitação e uso de castigos corporais”, ao passo que, as “pessoas com níveis de estudos mais elevados têm uma *menor aceitação do uso dos castigos corporais* como forma de disciplinar”.

Como é fácil perceber, na nossa sociedade, a abolição do recurso a CF é ainda um tema controverso, tanto no meio social, como na jurisprudência, o que resulta de dois fatores. O primeiro fator consiste numa herança educacional passada de geração em geração, fazendo com que esta prática se torne cultural. O segundo, por sua vez, traduz-se na incapacidade dos tutores de resolver determinadas situações em momentos de descontrolo e stress. Os profissionais nesta matéria enfatizam que, apesar dos castigos corporais já não serem aplicados em público com tanta regularidade, continuam a ser um comportamento que subsiste no “subterrâneo”.

## Formas de erradicar o uso dos castigos corporais

Nas últimas décadas, a União Europeia tem vindo a impor aos Estados Membros a abolição dos CF, tendo como

instrumento jurídico de referência a Convenção sobre os Direitos das Crianças.

No ano passado, a Comissão Europeia apresentou uma nova estratégia\* de defesa dos direitos da criança, que consiste em iniciativas políticas de primeiro plano de combate à violência contra crianças e mulheres.

A nível interno, os especialistas apontam que, para além da criminalização desta prática, é necessário mudar a tradição educacional, posto que o facto de a lei a proibir não significa que a sociedade a abandone\*. Para esse propósito, mostra-se necessária a intervenção estadual, no sentido de sensibilizar a comunidade quanto às consequências associadas à utilização de CF.

Neste contexto, a Doutora Laura Fernandes Madeira aponta a necessidade da proibição de castigos corporais se fazer acompanhar de reformas a três níveis: legal, político e social.

No domínio da reforma legal é necessário haver uma eliminação clara e inequívoca de qualquer espaço de atuação, que permita a aplicação de causas justificativas, a exclusão da tipicidade e a adequação social do comportamento. No nosso ordenamento, mostra-se necessária uma previsão que proíba expressamente o uso de ofensas criminais (ainda que leves) no âmbito das responsabilidades parentais, seja pelo dever de educar, corrigir ou dirigir.

Para além da reforma legal, requer-se, igualmente, uma reforma política com destino à promoção de um “mecanismo de intervenção social, acompanhamento e aconselhamento de famílias sinalizadas, e proteção de crianças vítimas de violência”, de modo que a lei intervenha na esfera familiar, apenas nas situações em que o supremo interesse do menor assim o suscite. Por último, resta-nos indicar a sensibilização da sociedade civil como conduta essencial para promover o abandono dos CF.

Desta feita, adiantamos algumas estratégias, que nos parecem poder contribuir para a consciencialização contra os castigos corporais. Começamos por apontar a intervenção dos Centros de Saúde, na medida em que achamos que podem ser facultadas breves ações de formação\*, que permitam aos progenitores aprender a lidar com momentos de maior tenção e a não sucumbir perante a tentação de “levantar a mão”. A intervenção do profissionais de saúde, sobretudo dos pediatras, mostra-se, igualmente, fulcral neste ponto.

Este trabalho deverá passar também pelas escolas com um

\*[https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/rights-child/eu-strategy-rights-child-and-european-child-guarantee\\_pt](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/rights-child/eu-strategy-rights-child-and-european-child-guarantee_pt) \*Neste sentido, o Instituto de Apoio à Criança desenvolveu um módulo de parentalidade consciente disponível não só para os pais, mas também para outros cuidadores \*Tivemos como inspiração para esta ideia as ações de preparação de parto e parentalidade, que são concedidas durante a gravidez, pelos Centros de Saúde.

maior enfoque na exposição de estratégias positivas para a resolução de conflitos. Manifesta-se ainda a necessidade de que os profissionais de educação procedam de forma consciente e de acordo com a lei, mesmo que não compartilhem da opinião de que os CF são uma prática a evitar.

Por último, referir a importância de trazermos para esta ação de sensibilização a participação de algumas instituições, que exercem uma grande influência no funcionamento da sociedade, nomeadamente, as universidades, instituições de carácter religioso e as forças de segurança pública.

Atualmente, 65 países proíbem totalmente o uso de castigos corporais, sendo Portugal um deles, desde 2007, com a nota de que foi pioneira nesta proibição a Suécia, em 1979\*. Outros 27 países comprometeram-se a alterar as suas leis nesse sentido\*.

Entre nós, já foi atingida a meta da criminalização, resta-nos alcançar um entendimento cultural comum intolerante à utilização de CF.

## Castigos Corporais como Método Educativo

Face ao sustentado ao longo de toda a exposição, não subsistem dúvidas de que, o uso de castigos corporais é uma prática criminalizada no nosso ordenamento jurídico. Não obstante, procederemos a uma breve ponderação sobre os efeitos dos CF empregues enquanto método educativo.

O uso dos CF como ato corretivo sempre foi legitimado nos mais diversos grupos sociais, motivo pelo qual, até ao século passado, não se debatia a sua erradicação. Apesar disso, a investigação desenvolvida nas últimas décadas tem vindo a indicar que o recurso aos castigos corporais contribui parcamente para a disciplina e correção comportamental das crianças.

Num estudo levado a cabo por Elizabeth Gershoff, investigadora da Universidade do Texas, concluiu-se que a “palmada pedagógica” não tem efeitos educacionais efetivos, já que as crianças apenas se sentem impelidas a comportar-se apropriadamente quando se encontram na presença dos pais. Para além disso, determinou-se que vivenciar esse tipo de experiência na infância acaba por levar a “mais agressão, a um incremento das atitudes antissociais e a problemas cognitivos e de saúde mental”. Com base neste estudo, a

professora chegou ainda à conclusão de que grande parte dos pais bate nos filhos, porque eles próprios tiveram essa experiência enquanto crianças.

À semelhança deste estudo, existem muitos outros, que evidenciam o insucesso dos CF enquanto método educativo e os seus efeitos negativos na criança, e, indiretamente, na própria sociedade. Neste âmbito, em Abril de 2013, a *Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children* publicou uma investigação\*, onde vêm expostos todos os danos provenientes do uso de castigos corporais, entre os quais verificamos: danos físicos diretos, aumento de agressões entre crianças, fraca interiorização moral e aumento de comportamentos antissociais, comportamentos criminosos na vida adulta, danos psicológicos, e deficiências de aprendizagem.

Começando por abordar os danos físicos diretos, constatamos que todo o tipo de castigo corporal, mesmo o “moderado”, implica um risco inerente de escalação, já que em regra, quando um adulto bate numa criança, encontra-se num estado de cólera, sendo propícia uma maior perda de controlo sobre si mesmo. Os CF com intuito educacional, para além de ferirem milhares de crianças, deixando, por vezes, mazelas físicas, matam muitas outras, todos os anos.

Ainda neste sentido, somos conduzidos à premissa de que “violência gera violência”, na medida em que, existem provas de que as crianças vítimas de medidas disciplinares físicas são mais propensas a serem agressivas com as pessoas à sua volta, dado que adotam um raciocínio do género “se o causar dor é um método apropriado para o meu pai obter de mim o que quer, também eu posso obter o que quiser dos outros se lhes causar dor”. Trata-se da repetição de um modelo. Para além disso, os castigos corporais têm sido associados a comportamentos antissociais, porque impedem um desenvolvimento completo da empatia da criança. É preciso atentar que, muitas vezes, estes comportamentos se estendem à vida adulta.

A longo prazo, os efeitos dos CF mostram-se fracassados, uma vez que, as crianças não adquirem a razão por detrás da censura de determinada conduta, fazendo com que, no futuro, a criança apenas se preocupe em não ser apanhada.

A nível psicológico, observamos que, as crianças que sofrem castigos físicos habitualmente apresentam problemas de “comportamento, ansiedade, depressão, baixa autoestima e instabilidade emocional”, que podem guiar ao suicídio ou às

\*Foi demonstrado, por um estudo que tinha como objetivo analisar os efeitos da aplicação da lei no comportamento da comunidade educativa, que o número de casos de emprego da força na educação das crianças diminuiu consideravelmente no país depois da aprovação da mesma. \*Dados oficiais retirados da Organização End Violence Against Children/ End Corporal Punishment. \*Summary of research on the effects of corporal punishment.



dependências de álcool ou drogas. Estes danos psicológicos refletem-se, muitas vezes, na aprendizagem, tendo sido identificado que é menos provável que estas crianças consigam terminar a universidade.

Por fim, os castigos corporais prejudicam seriamente a relação dos filhos com os pais, porque levam a um distanciamento entre ambos, e inserem medo numa relação que é suposto ser de confiança, segurança e conforto.

Com base nestas informações, apelamos fortemente à parentalidade positiva\*, cujo objetivo é evitar submeter a criança a humilhações físicas ou verbais, incentivando-a a pensar e a escutar, de modo que consiga desenvolver uma inteligência emocional, que lhe permita perceber quando age inadequadamente.

Lembrem-se, o poder-dever de educar não confere aos pais o direito de agredir os seus filhos, a ideia adjacente a educar é permitir o desenvolvimento completo e harmonioso da criança, e não puni-la. Há que abandonar a velha ideia de que a criança é um “ser” carecido de razão, e começar a tê-la como um ser completo e perfeito, merecedor de proteção.

Afinal de contas, uma criança nada mais é do que um adulto em desenvolvimento, nós não repudiamos os erros das pessoas adultas com agressões, porque é que o fazemos com as crianças?

## Conclusão

Não subsistem dúvidas de que, em Portugal, à semelhança de muitos outros países, o emprego de CF é uma prática proibida, pelo que a resposta à questão “Castigos físicos a crianças – Educação ou Violação de Direitos?” é clara. A submissão de crianças a este tipo de comportamentos constitui uma violação de direitos fundamentais, tal como dispõe um conjunto de Convenções Internacionais.

Contudo, se é certo que não se questiona, atualmente, a ilegalidade desta prática, no âmbito jurídico, é igualmente certo que, no meio social, existe ainda uma resistência face ao desuso da mesma.

Deste modo, concluímos que o próximo passo é alcançarmos um entendimento geral intolerante à aplicação destes castigos, para que haja uma efetiva diminuição dos casos na prática, deixando os tribunais de ter espaço para contornar esta proibição.

Para tal, mostram-se necessárias múltiplas reformas, que devem ser impulsionadas nível estadual. Em *ultima ratio*, compete aos tribunais continuar a exercer o seu papel condicionador. Embora o costume seja uma fonte de Direito, existem circunstâncias, onde é necessário que seja o Direito, o legislador, a impor a mudança e a moldar a sociedade, intervindo com um intuito educativo.

Finalmente, terminada a exposição, se restarem, porventura, objeções quanto à erradicação de castigos corporais, deixamos para reflexão a seguinte observação: “Bater em adultos, é agressão. Bater em animais, é crueldade. Bater em crianças, é para o seu bem”.

## Bibliografia

- Albuquerque, Paulo Pinto. Comentário do Código Penal À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. 5o. Vol. I. Lisboa: UCP Editora, 2022.
- Almeida, Clementina. “Efeitos a longo prazo da “palmada educativa” no desenvolvimento das crianças.” PÚBLICO, Julho 2021.
- Andrade, Jorge Figueiredo Dias e Costa Manuel. Comentário Conimbricense do Código Penal- Parte Especial. 2o. Vol. II. Coimbra: GESTLEGAL, 2022.
- Carvalho, Américo Taipa de. Direito Penal- Parte Geral, Questões Fundamentais -Teoria Geral do Crime. 2o. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- Carvalho, Joana Marisa Magalhães. “Da criminalização dos castigos corporais aplicados pelos progenitores no exercício das responsabilidades parentais: do poder de correção ao dever de educação.” Porto, 2018.
- Europe, Council of. Abolishing corporal punishment of children. Estrasburgo, 2008.
- Faria, Maria Paula Leite Ribeiro de. “O castigo físico dos menores no direito penal.” Em Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, 607-645. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- Fernandes, Luís A. Carvalho. Teoria Geral do Direito Civil II. 5o. Vol. II. Lisboa: UPC Editora, 2014.
- Ferreira, Elisabete. “Da palmada educativa à criminalização dos castigos corporais.” Diário de Notícias, Novembro 2021.
- Gershoff, Elizabeth. Corporal Punishment of Children. Vol. 73, em Law and Contemporary Problems, 31-56. Duke University School of Law, 2010.
- Luís Filipe Salabert, Raquel Tavares, Carla Rodrigues, Graça Amaral, Joana Cerdeira, Maria João Beja, Marta Bronzin, Mauro Paulino, Pedro Verdelho. “Direito da Família e das Crianças – Temas atuais em Debate.” Revista do CEJ, 2020: 145 - 178.
- usa, Agência. “Três em cada dez pessoas aceitam castigos corporais em crianças.” OBSERVADOR, Dezembro 2022.
- Madeira, Laura Fernandes. “Castigos Corporais na Educação das Crianças.” JULGAR, 2014.
- Malta, Wilson Filipe da Silva. “Castigo vs Abuso na Criança A propósito de três casos.” Porto, 2012.
- Monteiro, Filipe Silva. O direito de Castigo ou o direito dos pais baterem nos filhos. Coleção Minho Universitária, Livraria Minho, 2002.
- Vilas Boas, Mariana Mesquita. Violência contra menores – análise crítica dos artigos 152º e 152ºA do Código Penal. Porto, 2013.

\*Método educativo baseado no respeito mútuo entre pais e filhos, em que a educação das crianças é feita de forma altamente construtiva, não havendo lugar a qualquer tipo de violência.

# Da Palmada Educativa à Violação de Direitos das Crianças

## Uma análise jurídica sobre o antigo artigo 1884º do Código Civil e sobre o artigo 152º-A do Código Penal

Por **Juliana Abreu e Mariana Nunes**

### Notas Prévias:

A utilização de castigos corporais como forma de punição físico-disciplinar a menores, atualmente, alvo de grande debate e discussão no seio da doutrina e jurisprudência um pouco por toda a Europa.

Segundo o Comité dos Direitos da Criança (2006), no Comentário Geral nº8, entende-se por castigo corporal *“Qualquer castigo “corporal” ou “físico” em que a força física é usada e com a intenção de causar algum grau de dor ou desconforto, ainda que de forma ligeira. A maior parte dos castigos corporais envolve bater (“palmadas”, “bofetadas”, “sovas”) numa criança, com a mão ou com um objeto – um chicote, pau, cinto, sapato, colher de pau, etc. Mas também pode envolver, por exemplo, pontapear, abanar ou projetar uma criança, arranhar, beliscar, morder, puxar cabelos, puxar as orelhas, forçar as crianças a ficar em posições incómodas, queimar, escaldar ou forçar a ingestão (por exemplo, lavar a boca das crianças com sabão ou forçando-as a engolir especiarias picantes).”*

De acordo com a UNICEF, atualmente e ao redor do mundo, ainda são alvo de castigos corporais mais de 250 milhões de menores, sejam eles recém-nascidos, bebês, crianças ou jovens. Como se isso não bastasse, os números de punições corporais que apenas ferem, são exponencialmente maiores. Até ao século XX, estas práticas estavam vastamente legitimadas, não se ponderando sequer a possibilidade da sua criminalização, muito menos da sua exclusão social. No entanto, após vários estudos científicos demonstrarem as sequelas pessoais e sociais de uma educação pautada por traços de agressividade e violência, e com a constatação dos inúmeros casos de maus-tratos graves contra crianças e jovens que iam chegando aos hospitais e tribunais, Organizações, Comités e até Estados começaram a emitir orientações, diretivas e até a promulgar leis, de modo a tentar combater esta prática excessivamente repetida no nosso

país. Foi neste contexto que, em 2007, Portugal, após duas queixas da Organização Mundial contra a Tortura no Conselho da Europa, decidiu alterar o crime de violência doméstica, de modo a incluir também os maus-tratos e castigos corporais contra menores.

Não obstante, esta alteração não foi acompanhada de uma consciencialização por parte da sociedade portuguesa, uma vez que atualmente, passados 16 anos, ainda chegam, com frequência, aos nossos tribunais, casos dilacerantes de punições corporais.

### O Poder-Dever Ou Poder-Funcional De Educação Das Crianças

Sob o mote *“Palmada Educativa”*, permitiu-se (e, note-se, que não falamos sequer em *“fazer a vista grossa”*, uma vez que o Código Civil o permitia expressamente no seu antigo artigo 1884.º - dever de correção) durante anos que as crianças fossem vítimas de abusos e violência por parte dos progenitores ou tutores legais, que, com o suposto intuito de educar (*rectius*, corrigir, ao tempo) as maltratavam, deixando-lhes marcas, ainda que não visíveis para toda a sua vida – prática esta que ainda vem sendo, infelizmente, demasiado consistente e repetitiva na sociedade atual.

A título de exemplo, e de modo a pintarmos um quadro gráfico sobre aquilo de que realmente estamos a tratar com o presente trabalho, atente-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (Proc. N.º 678/96) que vem apreciar em sede de recurso o seguinte caso: *“Em 9 de Junho de 1995, cerca das 15 horas e 30 minutos, o arguido (cantoneiro de profissão) encontrava-se em casa e preparava-se para descansar quando se apercebeu que as filhas gémeas de 6 anos de idade brincavam com fósforos. O arguido enfureceu-se, levou-as para o quintal da casa que habitavam, retirou-lhes os vestidos que traziam e deixou-as apenas com as cuecas que traziam vestidas. Aí, com um pau de vassoura desferiu diversas*

pancadas sobre os respetivos corpos, em especial sobre as nádegas. De seguida, munuiu-se com um fio de electricidade, encostou-as ao poste de um estendal de roupa, de costas uma para a outra, passou o fio pelas respetivas cinturas e amarrou-as de modo a que as menores não pudessem sair do local e aí as deixou, retirando-se para o interior da casa. As menores vieram a ser libertadas devido à intervenção da P.S.P., que foi chamada quando uma vizinha se apercebeu da situação dos menores. Como consequência direta e necessária da atuação do arguido, resultaram, para ambas as menores, equimoses ao nível da região glútea, que a cobriam em toda a sua extensão, e ainda para uma das menores, equimoses no membro superior e para a outra menor, equimoses em ambos os membros superiores e membro inferior direito. Foi negado provimento ao recurso interposto da decisão do Tribunal de 1ª instância, o Tribunal singular do 1º Juízo do Tribunal Judicial da Comarca de Olhão da Restauração, que tinha julgado e condenado o arguido como autor material, sob a forma consumada, de dois crimes de maus tratos a menores previstos e punidos pelo art. 153º do Código Penal (versão primitiva), na pena de 1 ano de prisão e 50 dias de multa à razão diária de 600\$00, por cada um desses crimes, e em cúmulo jurídico, na pena de 18 meses de prisão e 80 dias de multa à taxa diária de 600\$00, o que perfaz o montante de 48.000\$00, além das custas do processo.”.

A questão da legitimidade ou da ilegitimidade da aplicação de castigos a menores, sejam eles físicos ou psicológicos, que tem subjacente a discussão das transformações e evolução do poder-dever de educar e do poder de corrigir dos pais ou tutores das crianças, tem tido um aceso destaque, sobretudo aquando da Reforma de 1977 do Código Civil e com a 23.º alteração ao Código Penal (em 2007), na doutrina e jurisprudência, não só portuguesas, mas um pouco por todo o Mundo.

Aliás, com a entrada em vigor da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990, a criança passou a estar no centro da discussão, encarada como um verdadeiro sujeito de direitos, deixando-se de lado o conceito (não inocente) de poder paternal (durante muitos anos, poder apenas do pai per se), que acarretava consigo “a carga ideológica do poder de domínio ilimitado e arbitrário do pai traduzido numa completa sujeição do filho aos seus desígnios”\*, revelador de um modelo familiar autoritário (numa sociedade, diga-se, democrática)\*.

Fala-se, hoje, de poderes-deveres ou poderes-funcionais (podendo até caracterizar as responsabilidades dos pais como responsabilidades *filio-cêntricas\**), na medida em que são exercidos no estrito interesse da criança, competindo aos pais “velar pela segurança e saúdes destas, prover o seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”, conforme consta do artigo 1878.o do Código Civil. Como tal, encarar-se a criança como um sujeito de direitos e as responsabilidades dos pais como *filio-cêntricas*, estaremos necessariamente a admitir que “a função protetora dos pais deve ser inversamente proporcional ao desenvolvimento físico, intelectual, moral e emocional dos filhos”, assente numa autonomia e autodeterminação progressiva, de acordo com a sua idade, maturidade e discernimento (preceito este consagrado no n.º 2 do artigo 1878.º do Código Civil). Todavia, e como bem salientam ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA\*, este desaparecimento (ou diminuição) da dependência natural dos filhos para com os progenitores não implica que a presença parental diminua em conformidade, sob a égide de um regime de plena e total liberdade e anarquia (entendendo-se aqui, anarquia, como um regime sem regras e arbitrário). Devem os pais ou tutores dos menores zelar agora pela promoção dessa autonomia e independência, conduzindo e orientando o seu crescimento, tendente ao desenvolvimento integral e harmonioso da sua personalidade, preparando-o para a vida numa sociedade civilizada, que tem regras necessárias de conduta individual e social.

Este entendimento vem, antes de mais, vertido na Constituição da República Portuguesa de 1976, no seu artigo 36.º, n.º 5 e n.º 6, segundo os quais “Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.” e “Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.”. Assim, e como bem refere CLARA SOTTOMAYOR, “Na era da criança, (...) são os direitos destas que devem ser acentuados e valorizados como direitos, liberdades e garantias de natureza análoga (...) e não os direitos dos pais, que assumem a natureza de responsabilidades perante as crianças”\*.

## A Revisão Do Código Civil De 1977 E O Anterior Poder De Correção Dos Pais

Em 1977 procedeu-se a uma Revisão ao Código Civil, eliminando-se do seu corpo normativo o artigo 1884.o (poder de correção)\*, que legitimava a aplicação aos filhos

\*Vide, MARTINS, Rosa, Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental, Coimbra Editora, 2008, p.225. \*\*Historicamente, por força do sistema patriarcal, o desempenho do cuidado não coincidia com a detenção dos poderes de representação, educação e de decisão em relação aos/as filhos/as”, SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio”, 5.o edição, Almedina, 2011, p. 23. \*Vide, MARTINS, Rosa, “Responsabilidades parentais no sec. XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in Lex Familia, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 5, n.º 10, Coimbra Editora, 2008, Coimbra, p. 30. \*LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, “Código Civil Anotado”, p. 352 \*SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio”, 5.o edição, Almedina, 2011, p.22. \*O antigo artigo 1884.o do Código Civil de 1966 dispunha: “Compete a ambos os pais o poder de corrigir moderadamente o filho nas suas falhas” (n.º 1), “se o filho for desobediente, tiver mau comportamento ou e mostrar indisciplinado, pode qualquer dos pais requerer ao tribunal de menores as providências convenientes, nos termos fixados em lei especial” (n.º 2).

desobedientes, malcomportados e insubordinados a aplicação de leves ou moderados castigos corporais, como forma de os corrigir. Nesta senda, escreveu GUILHERME DE OLIVEIRA que “A reforma do Código Civil de 1977 mostrou pudor de manter a redação anterior do artigo 1884.º”.

Para sermos precisos no nosso discurso, impende sobre nós o dever de explicitar o conceito de *castigos corporais*. Assim, o Comité de Direitos da Criança define-o, no Comentário Geral 8, como sendo “qualquer ação tomada para punir uma criança que, se dirigida contra um adulto, constituiria agressão ilegítima; qualquer uso de violência com intenção de causar algum grau de dor ou desconforto, ainda que ligeiro, e ainda, punições não físicas cruéis, humilhantes e degradantes; em termos práticos, qualquer ação que vise bater em crianças seja com a mão, seja com apoio noutros meios como cintos, chicotes, sapatos, colheres de pau, mas também, pontapear, abanar ou atirar, arranhar, beliscar, puxar cabelos ou orelhas, colocar as crianças em posições desconfortáveis, queimá-las, forçar a ingestão (de pimenta, ou lavar a boca com sabão)”. Na nossa jurisprudência, também encontramos alguns exemplos concretos de ofensas e castigos corporais a menores, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/07/2007, onde o pai agredia o filho, “puxando-lhes os cabelos, batendo-lhes com os nós dos dedos na nuca, desferindo-lhes pancadas na parte lateral dos músculos dos braços e na parte lateral externa das coxas, deixando-o sem qualquer reação”; e ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28/01/2009, em que a arguida obrigada os filhos “a engolir a comida à força, batendo ou dando palmadas na boca, mantendo a boca aberta, mesmo que caia no chão, mesmo que a criança tenha vômitos ou chore convulsivamente e expulse comida pelo nariz; os agride com estalos por deitar a comida para o chão”, e também, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 15/01/2007, onde se pode ler que a mulher do arguido, quando tinha os menores a seu cargo, e estes urinavam na cama durante a noite, o que acontecia com frequência, como forma de os castigar, levava-os para o a casa de banho e dava-lhes banho de água fria.

Fechado este importante parêntesis, note-se que esta eliminação do Código Civil (e diga-se, a sua não consagração no texto fundamental da República Portuguesa) não tem impedido certas vozes na doutrina e jurisprudência de interpretarem este preceito no sentido da sua não proibição expressa – ao contrário daquilo que o legislador fez nalguns países, como a Suécia, a Alemanha, a Noruega, a Finlândia e a Áustria. Pense-se, por exemplo, no Abs. 2 do § 1631 do BGB, nos termos do qual (em Língua Portuguesa), “As crianças

devem ser educadas sem o recurso à força. Medidas de correção ofensivas da dignidade da pessoa, em particular castigos físicos e psicológicos, são ilegítimas”.\*

Não obstante não existir uma proibição expressa, suporemos que esse foi o intuito do legislador civil em 1977, tendo em conta o contexto europeu e internacional da questão. Após duas queixas deduzidas contra Portugal pela Organização Mundial Contra a Tortura, junto do Comité de Direitos Sociais do Conselho da Europa (cuja função será a de sindicância da correta interpretação e aplicação da Carta Social Europeia) em 2003 e em 2006, Portugal alegou “que a sua legislação - nomeadamente o Código Penal lido em conjugação com o Código Civil - assegurava uma proibição legal de todo o tipo de castigos corporais contra crianças”.\*

Partindo do pressuposto que se estreitam intensamente as hipóteses em que tais castigos corporais serão aceites, a questão que se impõe agora colocar, tendo em conta que o Direito Penal se rege pelos princípios da necessidade e subsidiariedade penal, nas palavras da Dra. MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, é a seguinte: “*Deve o direito penal acompanhar o juízo de ilicitude sobre estas formas de comportamento pela lesão da integridade física que consubstanciam?*”\*

## Crime De Maus-Tratos: O Artigo 152.º-A Do Código Penal e Causas de Justificação Jurídico-Penais:

Antes de mais, importa salientar que o legislador penal consagrou expressa e claramente uma norma aditada (o referido artigo 152.º-A), intitulada “Maus-tratos”, autonomizando este ilícito penal, nomeadamente do crime de ofensas à integridade física, previsto e punido pelo artigo 143.º do Código Penal. A razão de ser desta escolha legislativa tem por base a reflexão de que os bens jurídicos tutelados pelos dois preceitos normativos são distintos: a verdade é que o bem jurídico protegido pela norma aditada vai muito para além da integridade física (protegida pela previsão do artigo 143.º), abrangendo situações que não têm necessariamente que contender com a existência física e a vida da criança, mas antes que violam, por exemplo, o seu livre desenvolvimento da personalidade e da sexualidade ou a sua honra e bom nome. Aliás, nesta senda, importa ainda trazer à colação o facto de que também não é necessário que estes comportamentos abusivos para com a criança se prefigurem um comportamento propriamente dito, isto é, uma ação, podendo certamente configurar uma omissão dos deveres de educar, orientar e

7HUBER salientou que esta disposição, não obstante passar a valer como norma no ordenamento jurídico e como tal suscetível de responsabilização em caso de desrespeito, não se destinava tanto a garantir a aplicação direta de sanções aos pais em caso da sua violação, mas sobretudo de operar uma mudança de mentalidades na sociedade e nos progenitores e tutores. PETER HUBER, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, 4.a Aufl., München, 2002, anotação ao § 1631, I, pág. 810. \*Sublinhe-se, contudo, que os próprios defensores de Portugal neste caso, Pedro Duro e Catarina de Albuquerque, notam que “existem em Portugal sérias e graves alterações nos pressupostos, no âmbito do Direito Aplicado, sobre os quais assentou a defesa”. Vide o artigo “Queixa contra Portugal da Organização Mundial contra a tortura” da Agência Lusa, em RTPNotícias, que pode ser encontrado em [https://www.rtp.pt/noticias/pais/queixa-contra-portugal-da-organizacao-mundial-contra-a-tortura\\_n28930](https://www.rtp.pt/noticias/pais/queixa-contra-portugal-da-organizacao-mundial-contra-a-tortura_n28930). \*RIBEIRO DE FARIA, Maria Paula Leite, “O castigo físico dos menores no direito penal”, Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, p. 614.

proteger o menor. ANA NUNES DE ALMEIDA, ISABEL MARGARIDA ANDRÉ, HELENA NUNES DE ALMEIDA concluíram, num estudo apresentado no artigo científico “*Sombras e Marcas: os maus-tratos às crianças na família*”, pela existência de 9 tipos/modalidades de maus-tratos a crianças: o abuso emocional com agressão física, a agressão física com sequelas, a intoxicação, o abuso sexual, o trabalho abusivo, a ausência de cuidados básicos, a ausência de guarda, o abandono definitivo, o maltrato *in útero*.

O ordenamento jurídico-penal estabelece algumas causas de justificação de uma conduta ilícita (isto é, quando um ataque ilícito a um bem jurídico é admitido devido a interesses superiores), de uma forma não exaustiva, existindo, por isso, malha para equacionarmos outras formas que não as legalmente previstas.

Como nos indica o artigo 31.º do Código Penal, são apontadas tradicionalmente três causas de exclusão da ilicitude jurídico-penal (retirando, desde já, a legítima defesa, por não fazer sentido abordá-la nesta senda): o exercício de um direito, o cumprimento de um dever, ou o consentimento do ofendido. Cabe-nos, agora, indagar se alguma das referidas causas de exclusão da ilicitude poderão operar para o crime de maus-tratos previsto e punido pelo artigo 152.º-A do Código Penal.

Relativamente ao exercício de um direito, com a mudança de paradigma sentida a partir dos anos 90 traduzida na eliminação do carácter autoritário e do chamado “poder paternal” sobre a criança, na substituição do dever de correção pelo de dever de educar no nosso ordenamento jurídico-civilística, procedendo-se a uma alteração, consequente, do conteúdo das responsabilidades parentais, não nos é possível afirmar que o exercício do direito de educar (tendo o conteúdo que estudámos e no qual não cabe a violência sobre a criança) consista numa causa de exclusão da ilicitude dos castigos corporais e outras formas de maus-tratos, ainda que tenham sido encetados “no interesse da criança” e “em prol da sua educação”. Ao abrir exceções para uma “uma ou outra leve ofensa corporal simples”\*, estar-se-ia a abrir um precedente perigoso para uma jornada educativa baseada na violência e na incentivação do medo, ao invés da compreensão e explicação. Por outro lado, sendo o direito de educar, simultaneamente um dever dos pais (ou tutores), de acordo com o artigo 1979.º do Código Civil, remete-se a argumentação para a não procedência de uma causa de exclusão da ilicitude no que concerne ao cumprimento de um dever para o supra explanado.

O consentimento do ofendido também será impensável de

operar como causa de exclusão da ilicitude da conduta de um progenitor que maltrata um filho. Avaliemos pontualmente o disposto no artigo 38.º do Código Penal. O n.º 1 refere que “*Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.*” Não obstante a integridade física ser um bem jurídico livremente disponível, segundo o artigo 149.º do Código Penal, vimos anteriormente que os bens jurídicos protegidos pelo artigo 152.º-A do Código Penal não se cingem à integridade física, abrangendo, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de autodeterminação sexual, a honra e bom nome, bens esses não livremente disponíveis pelo ofendido (não há previsão expressa de tal possibilidade no ordenamento jurídico-penal português). No que toca ao n.º 2 (“*O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.*”), o consentimento informado decorre do respeito, promoção e proteção da autonomia da pessoa – está, assim, ligado à autodeterminação, à liberdade individual, à formação de uma vontade esclarecida e à escolha pessoal. Ora, uma criança não consegue (nem se deve esperar que o consiga) dar ao progenitor o seu consentimento livre, esclarecido e informado para receber uma palmada, um safanão, ou um simples castigo de proibição de ver televisão, visto não ter capacidade de entender o alcance e de querer o resultado (a sua educação) daquela ação (a ofensa corporal ou o castigo). Também importa salientar que o consentimento para ser considerado uma causa de exclusão de ilicitude não poderia ser obtido imediatamente antes do castigo ou da palmada, antes teria de ter decorrido um determinado período de tempo para que a criança entendesse, compreendesse e quisesse submeter-se (tal como sucede com o consentimento do doente para com um médico para um procedimento hospitalar não urgente). Como tal, o consentimento como causa de exclusão da ilicitude não poderá igualmente relevar neste âmbito.

Por último, cabe-nos analisar a teoria da adequação social, formulada por WELZEL, à luz da qual, sem prejuízo do princípio da legalidade, a interpretação social da norma poderá, no plano da tipicidade, sobrepor-se à sua interpretação jurídica, não correspondendo à intenção que subjazeu ao legislador aquando da sua criação. Nos termos do referido e Ilustre Autor, “os comportamentos que se mostrem de acordo com a ordenação ético-social vigente historicamente desenvolvida de uma determinada comunidade não podem constituir crime”. Não podemos concordar com a aplicação da teoria da adequação social ao ilícito previsto no artigo 152.º-A do Código Penal (e arriscamo-nos a afirmar, a qualquer

\*Opinião de Jorge Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 506 e ss.

ilícito penal), na medida em que, atendendo às divergências sociais e dicotomias regionais sentidas no nosso País, não podemos deixar os direitos das crianças desprotegidos, e sem uma tutela jurídica uniforme, conforme os comportamentos tidos como social, ética e moralmente aceitáveis em cada região de Portugal entente, deixando ao arbítrio do Povo a proteção (ou desproteção) de Direitos Fundamentais, contrariando o princípio básico do Estado de direito democrático unitário, previsto no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa.

Incluindo-se o Direito Penal no foro das áreas mais sensíveis da ordem jurídica, comprometendo (ou, pelo menos, tendo essa aptidão) direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, nomeadamente, a liberdade, há que atentar que a teoria da adequação social não cumpre o imperativo categórico kantiano, na formulação “age de tal forma que a máxima da tua ação se possa erguer como lei universal”. Não podendo universalizar uma agressão, que apenas será tida como ético-socialmente aceite numa determinada região de Portugal, não deve o Direito entendê-la como uma causa de exclusão da tipicidade da conduta do agressor para a globalidade do nosso território.

## O Artigo 152.º E O Artigo 152.º-A do Código Penal Comparados

A criminalização dos maus-tratos a menores, foi, pela primeira vez, incluída no Código Penal de 1982. No entanto, o preenchimento deste tipo legal dependia da verificação “*de malvadez ou egoísmo, como motivação para a infligção dos maus-tratos.*” Posteriormente, e com a revisão de 1995, este requisito foi retirado.

Após a ratificação por parte do Estado Português da Convenção sobre os Direitos da Criança (1889), ficou consagrada a obrigação de o Estado “*adotar todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, ofensas ou abusos, negligência ou tratamento displicente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do tutor legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.*”<sup>\*</sup> No entanto, só em 2007, é que houve uma concreta criminalização dos castigos corporais. E só no ano seguinte, em 2008, é que o legislador mudou a denominação do chamado “poder paternal” para “responsabilidades parentais”, acentuando os deveres e a própria responsabilidade dos pais para com os seus filhos, reforçando que estes deveriam agir sempre de acordo com um fim último: o de proteger os interesses do

menor em questão.

Focando agora a nossa atenção no artigo 143\* do Código Penal, conforme a leitura do seu n.º 1, podemos retirar que qualquer perpetrador de castigos corporais, que ofenda a integridade física e saúde do menor, é punido com pena de multa ou pena de prisão até 3 anos.

De acordo com a leitura do artigo 152.º do Código Penal, com a epígrafe “Violência Doméstica”, mais concretamente das alíneas constantes do seu n.º 1, podemos concluir que o legislador entendeu atribuir as penas descritas no mesmo a quem tenha uma relação mais familiar, ou conviva num ambiente mais “doméstico” com a própria vítima.

No que toca ao artigo 152.º-A, o Tribunal da Relação de Lisboa\*, que colhe o entendimento de TAIPA DE CARVALHO, dispõe que este preceito normativo “(...) *tem por objeto os maus tratos praticados nas escolas, hospitais, nas creches ou infantários, em lares de idosos ou instituições ou famílias de acolhimento de crianças, bem como os maus tratos cometidos na própria casa de habitação (por exemplo contra a empregada doméstica ou “baby-sitter”) ou na empresa, não deixando de fora, ainda e por exemplo, as pessoas que assumam, espontânea e gratuitamente, o encargo de tomar conta de “pessoas particularmente indefesas”, nomeadamente crianças, idosos, doentes ou pessoas com deficiência.*” Apuramos, então, que este último artigo tem por âmbito maus-tratos praticados num contexto mais institucional, como refere RICARDO MATOS\*.

Por sua vez, e contrariamente ao defendido por TAIPA DE CARVALHO\* e outros autores (de que os maus-tratos se cingem a um âmbito institucional, enquanto o crime de violência doméstica se trata de relações no meio familiar), TERESA BELEZA\* assume uma posição distinta relativamente aos âmbitos de aplicação destes dois artigos. Na sua visão, e em conformidade com os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 02/07/2008 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/05/2011, o legislador optou por “separar os maus-tratos sobre cônjuge ou figura análoga (n.º 1, a), b) e c) art. 152.o do Código Penal) ou ainda pessoa de especial vulnerabilidade (d)), dos maus-tratos sobre crianças e outros dependentes”, restringindo, assim, o artigo 152.º-A do Código Penal aos maus-tratos sobre menores. Portanto, é possível retirar da análise das três primeiras alíneas do n.º 1 artigo 152.º do Código Penal que o legislador entendeu limitar o crime de violência doméstica apenas a adultos, que possuíam entre si relações de conjugalidade ou até coparentalidade. Já na alínea d) do no1 do mesmo artigo, onde se lê “*A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade,*

\*Cfr. Art.19.o Convenção dos Direitos da Criança, UNICEF. \*Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23/02/2022, Processo no 1549/19.7T9SNT.L1-3. \*MATOS, Ricardo Bragança de, “Dos maus-tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?”, Revista do Ministério Público, Ano 27, no 107 \*CARVALHO, Américo Taipa de, “Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais e Teoria Geral do Crime”, 2a ed., Coimbra Editora, 2008 \*BELEZA, Teresa Pizarro, “Violência Doméstica, Coletânea de Textos da Parte Especial do Direito Penal”, AAFDL, Lisboa, 2008

deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;”, concluímos que as vítimas poderão tratar-se, ou não, de menores. No entanto, o legislador acrescenta uma particularidade no final do preceito: a exigência da coabitação, para o preenchimento deste tipo legal. Consequentemente, e a nosso ver, a proteção dada a estas “pessoas particularmente indefesas”, nomeadamente a menores, é manifestamente insuficiente, uma vez que se cingem apenas a situações de coabitação, deixando de parte, sem tutela do Direito, todas aquelas que não preencherem este pressuposto.

Note-se, porém, que relativamente ao artigo 152.º-A, já não é exigido o critério da coabitação, deixando transparecer uma proteção mais ampla, no que diz respeito aos menores. Por último, não obstante o âmbito de proteção visado pelo artigo 152.º-A do Código Penal ser mais alargado, tal não invalida a possibilidade de os mesmos sujeitos caberem na previsão da alínea d) do n.º 1 do artigo 152.º do Código Penal, bem como não anula a diferenciação que anteriormente falamos, relativamente ao contexto (doméstico e institucional) e às relações entre o próprio agente e a vítima.

### Possíveis Soluções Processuais Para A Não Criminalização Automática da Família

Conscientes de que a intervenção do Direito Penal no seio familiar, através da detenção e encarceramento de um dos tutores pode ser manifestamente penoso, perturbador e traumático para a família, e sobretudo para a criança, há que distinguir os casos de abusos e maus-tratos graves daquelas situações que caem no guarda-chuva do princípio bagatelar. Diz-nos o Tribunal da Relação de Lisboa que “O princípio da insignificância ou da bagatela não existe como conceito explícito na ordem jurídica portuguesa (nem nas normas constitucionais, nem sequer nas penais).”\*, mas que por uma razão de necessidade ou carência de tutela penal, apenas as violações de bens jurídicos que assim o manifestem, devem ser objeto de proteção pela ordem jurídica, constituindo o encarceramento do agente a medida de *ultima ratio*.

Como tal, quando seja possível, deve o Tribunal equacionar a possibilidade de adotar outras medidas de tutela, que não criminalizem automaticamente a família, traduzindo a (necessária) flexibilização do Direito Penal, através da ligação entre a norma proibitiva que estabelece o tipo legal de crime e a punição em si.

O artigo 277.º, n.º 1 do Código de Processo Penal indica-nos que para que o processo seja arquivado, no final da fase de

inquérito, é necessário que o Ministério Público tenha “recolhido prova bastante de se não ter verificado crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de ser legalmente inadmissível o procedimento”. Não se trata, portanto, de nenhuma das situações que estamos a analisar, muito pelo contrário, o progenitor ou tutor legal viola efetivamente o direito de integridade física, a honra, o bom nome, o direito de livre desenvolvimento da personalidade da criança, havendo prova bastante desse facto ilícito e culposo, incorrendo no crime de maus-tratos, previsto e punido pelo artigo 152.º-A do Código Penal, pelo que haveria lugar a um despacho de acusação por parte do Ministério Público. Todavia, por força do princípio da oportunidade e economia processuais, e do princípio da prevalência da família, segundo o qual “na promoção dos direitos e na proteção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integrem em família, quer na sua família biológica, quer promovendo a sua adoção ou outra forma de integração familiar estável”\*, em lugar do despacho de acusação, pode ser proferida uma decisão alternativa através dos mecanismos de diversão processual, desde logo da suspensão do processo, mediante a imposição de injunções e regras de conduta, ao abrigo do artigo 281.º do Código de Processo Penal, caso se verifiquem cumulativamente os requisitos decorrentes das alíneas do seu n.º 1. Estas injunções e regras de conduta não têm natureza jurídica da sanção penal nem natureza de pena, cumprem antes o propósito de “alertar o arguido para a validade da ordem jurídica e despertar nele o sentimento de fidelidade ao direito”\*\*, sem qualquer necessidade de comprovação de culpa e dependendo sempre da concordância do arguido. Assim, significa, por um lado, que o arguido continua acoberto da presunção de inocência\*, e, por outro, que as injunções e regras de conduta têm de se orientar de forma exclusiva para fins de prevenção especial positiva, isto é, para a ressocialização do agente. Todavia, o processo prosseguirá, com a dedução de acusação, em cumprimento do princípio da legalidade da promoção processual, se o arguido não cumprir as injunções e regras de conduta ou se, durante o prazo da suspensão do processo, cometer um crime da mesma natureza, nos termos do artigo 282.º, n.º 4 do Código de Processo Penal.

Ademais desta possível solução processual, é de salientar (e louvar) o árduo trabalho preventivo e reativo das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens, instituídas pela Lei n.º 147/99 de 1 de setembro, em perigo e em situações de risco, oferecendo as condições necessárias à sua recuperação, proteção e segurança. Refere, aliás, a citada Lei que a intervenção do Estado se encontra legitimada e fundamentada quando “os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda

\*Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, proc. N.º 188/19.7PLSNT.L1-5, de 27/10/2020 \*Cfr. Artigo 4.º, al. h) da Lei n.º 147/99, de 1 de setembro (Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo). \*ANABELA RODRIGUES, “O inquérito no novo Código de Processo Penal”, p. 75. \*ANTUNES, Maria João de, “Direito Processual Penal”, 2.ª Edição, Coleção Manuais Universitários, p. 95.

de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo.” (artigo 3.º da Lei), sendo que mais do que a possibilidade de reportar estas situações, qualquer pessoa ficará obrigada a tal quando a criança ou o jovem se encontre em perigo de vida, perigo para a sua integridade física ou psíquica ou perigo para a sua liberdade.

## Conclusão E Comentário Pessoal

Atualmente, em Portugal, existe todo um enquadramento jurídico que pune os castigos corporais, salvaguardando e protegendo os direitos dos menores. Destacando-se a Convenção sobre os Direitos das Crianças, nomeadamente nos seus artigos 19.º e 37.º; a Constituição da República Portuguesa, nos seus artigos 67.º, n.º2, alínea c), em conjugação com o artigo 36.º, n.º5 e o próprio artigo 25.º; o Código Penal Português, nos artigos 143.º, 152.º e 152.º-A e o Código Civil Português, nos seus artigos 1878.º e 1885.º. Apesar de Portugal fazer parte dos 65 países onde todo e qualquer castigo corporal se configura materialmente como crime, a ideia de que “é aceitável bater nos filhos” (em que três em cada dez portugueses acreditam\*) subsiste.

Deve a nossa ordem jurídica tornar claro este ilícito, desde logo pela proibição expressa do recurso à violência como meio legítimo de educar e da não consagração do dever de correção, de forma a não dar azo a interpretações doutrinárias analógicas e extensivas, alegando a teoria da adequação social do comportamento como causa de exclusão da tipicidade, e outra causas infelizes de exclusão de ilicitude, sendo absolutamente imperativa a produção de uma norma civil interpretativa do conteúdo do poder-dever de educar e das responsabilidades parentais.

Aliás, sendo as crianças e os jovens um grupo especialmente vulnerável, geralmente sem capacidade de resposta atempada e apropriada, sem o completo desenvolvimento cognitivo, corporal e psicológico (que se espera de um adulto), é lógico e legítimo afirmarmos que merecem um tratamento ainda mais tutelar e protetor do que aquele que lhes é conferido, além daquele que é dado aos adultos capazes e imputáveis. Não faz sentido continuarmos a defender uma educação baseada na violência e no abuso, perpetuando o argumento ad terrorem de que “se não educarmos as nossas crianças e jovens com uma palmada de vez em quando, nunca aprenderão e transformar-se-ão nuns libertinos, mal-educados e insubordinados, sem respeito

pelos demais”, muito pelo contrário, mantemos na nossa sociedade a ideia de que a violência é uma forma aceitável de fazer valer o nosso ponto de vista, de que o medo equivale a respeito. Notamos, por fim, que, independentemente da causa do maltrato e do abuso (por exemplo, cansaço, irritação, traumatologia, impaciência, etc.), a consequência, para a criança, será a não aprendizagem, apenas o mero acatamento da regra por medo e temor da reação irracional do progenitor ou tutor, não compreendo a raiz do problema nem como o solucionar de forma civilizada e crítica (relembramos que incumbe aos pais, nos termos do artigo 1878.º do Código Civil, o dever de dirigir a sua educação, preparando a criança para um futuro integrado na sociedade). É, por isso, absolutamente necessário operar-se a uma mudança de paradigma urgente na nossa sociedade (que já sucedeu noutros Países, como a Suécia e a Alemanha), para o bem das nossas crianças e jovens, e, ainda que mediata e indiretamente, para o bem da nossa sociedade globalmente considerada.

## Bibliografia, Webgrafia e Jurisprudência consultadas e citadas

- MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Coimbra Editora, 2008
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio”, 5.º edição, Almedina, 2011
- MARTINS, Rosa, “Responsabilidades parentais no sec. XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in *Lex Familia*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 5, n.º 10, Coimbra Editora, 2008, Coimbra
- LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, “Código Civil Anotado”
- PETER HUBER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 8, Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, 4.a Aufl., München, 2002, anotação ao § 1631, I
- RIBEIRO DE FARIA, Maria Paula Leite, “O castigo físico dos menores no direito penal”, Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria
- MADEIRA, Laura Fernandes, “Castigos Corporais na Educação das Crianças”, Revista Julgar online, 2014.
- ALMEIDA, Ana Nunes de, ANDRÉ, Isabel Margarida, ALMEIDA, Helena Nunes de, “Sombras e Marcas: os maus-tratos às crianças na família”, Instituto de ciências Sociais da Universidade de Lisboa, *Análise Social*, vol. XXXIV (150), 1999.
- Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.º Edição, Coimbra Editora, 2007.
- ANABELA RODRIGUES, “O inquérito no novo Código de Processo Penal”.
- ANTUNES, Maria João de, “Direito Processual Penal”, 2.º Edição, Coleção Manuais Universitários.
- BELEZA, Teresa Pizarro, “Violência Doméstica, Coletânea de Textos da Parte Especial do Direito Penal”, AAFDL, Lisboa, 2008
- CARVALHO, Américo Taipa de, “Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais e Teoria Geral do Crime”, 2a ed., Coimbra Editora, 2008
- MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, “Dos maus-tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?”, *Revista do Ministério Público*, Ano 27, no 107, SMMP, Lisboa, Jul.-Set. 2006
- VILAS BOAS, Mariana Mesquita, “Violência contra menores – uma análise crítica dos artigos 152.º e 152.º-A do Código Penal”, *Dissertação em Direito Criminal*, Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, 2013.

\*20 Estudo realizado pela Agência Lusa, em Dezembro de 2010, “Três em cada dez pessoas aceitam castigos corporais em crianças”, publicado no Jornal Público online.



ALVES, Diego Gomes, “Violência física contra crianças: uma análise jurídica e crítica acerca do limite entre o e o poder-dever de educar e a prática do delito de maus-tratos (artigo 152-A do Código Penal)”, Revista de Direito e Economia, 2018.

SALABERT, Luís, “Os castigos corporais a crianças e o direito actual”, Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política, Universidade Lusófona do Porto, 2017.

FERREIRA, Elisabete, “Da palmada educativa à criminalização dos castigos corporais”, Diário de Notícias, Novembro de 2021, disponível em: <https://www.dn.pt/opiniaio/da-palmada-educativa-a-criminalizacao-dos-castigos-corporais-14309755.html>

FREITAS, Inês Duarte de, “O espaço da família é o último reduto onde é tolerado bater numa criança”, Jornal Público, disponível em: <https://www.publico.pt/2022/05/31 /impar/noticia/espaco-familia-ultimo-reduto-onde-tolerado-bater-crianca-2008238>

“Queixa contra Portugal da Organização Mundial contra a tortura” da Agência Lusa, em RTP Notícias, disponível em: [https://www.rtp.pt/noticias/pais/queixa-contra-portugal-da-organizacao-mundial-contra-a-tortura\\_n28930](https://www.rtp.pt/noticias/pais/queixa-contra-portugal-da-organizacao-mundial-contra-a-tortura_n28930).

“Três em cada dez pessoas aceitam castigos corporais em crianças.”, Agência Lusa, em Público, Dezembro 2022, disponível em: <https://www.publico.pt/2022/12/14/soci edade/noticia/tres-dez-pessoas-aceitam-castigos-corporais-criancas-2031361>

“A Convenção sobre os Direitos das Crianças”, Unicef, disponível em: <https://www.unicef.pt/actualidade/publica coes/0-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca/> utm\_medium=cpc&utm\_source=google&utm\_campaign=googlecpc-21-searchadsgenericos&gclid=CjwKCAjw9pGjBhBEiwAa5jl3Pwlv-nq-Hkz1Pr4KpX8y8Hc5af8z2zaujHXoy2aw3xeBROXD03-xoCOnYQAvD\_BwE

“Proibição de todos os castigos corporais às crianças: respostas a perguntas frequentes”, Iniciativa Global para acabar com todos os castigos corporais às crianças, 2017, disponível em:

<file:///C:/Users/Marian%C3%A3o/Downloads/FAQ-PT-updated-2019.pdf>  
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23/03/2022, Proc. N.º 1549/19.7T9SNT.L1-3, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d1ba655d5ec630b980258806004e1710OpenDocument>

Acórdão do tribunal da Relação do Porto, de 02/07/2008, Proc. N.º 0842772, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/80d957eb434172768025747b0038f265OpenDocument&Highlight=0,02%2F07%2F2008>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24/05/2011, Proc. N.º 1566/08.2TACSC.L1-5, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e2d9ba5be5be27526802578b9003a0382OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27/10/2020, Proc. N.º 188/19.7PLSNT.L1-5, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/aca4d3ec445e96748025861f003815c0?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/10/2016, Proc. N.º 413/15.3PFAMD.L1-3, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e95883d19f5f0d5580258057002decdb?OpenDocument>