

O “EU” ENCANTO FUNDANTE E LÍMITE DO DEREITO

M^a Luisa Neto
Universidade de Oporto

Refere Dijon¹: *“Parece-nos que o corpo humano constitui esta “matéria” privilegiada capaz de dar peso às palavras utilizadas pelo jurista para designar o sujeito e os seus direitos subjectivos”*.

Este corpo que normalmente aparece como um modo da extensão –que foi para Aristóteles uma realidade limitada por uma superfície, para Descartes em última análise um espaço cheio, para Leibniz um conjunto ou soma de mónadas, para Kant uma realidade separável em fenoménica e dinâmica, e que Sartre definia como “o que o meu corpo é para mim contrariamente em relação à objectividade e alterabilidade que tem qualquer corpo enquanto tal–, tem três dimensões ontológicas.² O corpo para mim –eu existo o meu corpo; o corpo é para outro ou o outro é para o meu corpo; mas enquanto eu sou para o outro, o outro revela-se-me como o sujeito para o qual sou objecto. Então eu existo para mim como conhecido pelo outro, em particular na sua própria facticidade. Eu existo para mim como conhecido por outro sob forma de corpo. É essa a terceira dimensão ontológica do ser para outro e da existência dessa alteridade.

¹ Vejam-se Xavier Dijon, *Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur, Société d'Études Morales, Sociales et Juridiques, 1982, pp. 11, 13 e 17.

² Ferrater Mora, *Dicionário de Filosofia*, Publicações D. Quixote, 1982, entrada “Corpo”.

Os planos em que o ser humano pode tratar esta questão do ser, do “eu”, podem ser o psicológico –realidade à qual se referem todos os factos psíquicos–, o gnoseológico –Kant ilustra bem o papel do eu na teoria do conhecimento do tempo e espaço–, ou o metafísico –o eu é substância ou alma substancial, ou sem substancialidade e mero epifenómeno ou pura função ou complexo de impressões ou sensações.

Tal significa portanto que o ser, o eu humano não é somente identificável pela referência a um hábito externo, a uma realidade física e corpórea. Há-de ainda referir-se-lhe uma ideia de alma, qualquer que ela seja.

*Personae est definitio: "naturae rationalis individua substantia"*³.

Brotós, ou o homem enquanto mortal (diz-se também, a partir de uma outra raiz que significa morrer, *thne-tós*); *ánthr-opos*, o homem em sua humanidade de ser social. Na cena trágica, tudo do homem se enuncia com pouca diferença, nestes termos.

Até pelo menos, à recente aceitação das teses evolucionistas e às concepções existencialistas, entendeu-se que ao homem corresponde uma essência. Quer dizer que ao homem corresponde uma natureza imutável, uma origem divina e destino transcendente⁴, e que a dignidade surge como pressuposto sócio ético do direito.

Conhece o direito apenas a pessoa jurídica, porque pessoa natural é o homem, noção separável do conceito de pessoa no mundo do direito, isto é, do dever ser, diverso do ser.

Etimologicamente o conceito de pessoa vem de *persona* do Direito Romano, que segundo os autores, significava a máscara usada como megafone, para ampliar a voz vindo a significar pois, o papel da partitura distribuído a um actor na vida jurídica, e a expressão *personam habere* querer dizer representar um papel. Como quer que seja, em Roma, nem todo o homem era

³ Boezio, prómio citado em Mario A. Cattaneo, *Persona e Stato di Diritto*, G. Giapichelli Editore, Torino, 1994, p. 25 sobre a pessoa e dignidade humana e p. 31 sobre a pessoa no início da filosofia moderna.

⁴ Vejam-se os casos do dinamarquês Soren Kierkegaard –luterano, que não pôde pôr em dúvida a origem divina do homem–, para quem não obstante origem e natureza, o homem sofre modificações existenciais; do prussiano Friedrich Nietzsche, influenciados pela teoria evolucionista de Charles Darwin, bem como de St Germain e o reformismo séc. XVII/XVIII.

sujeito de direitos. Fazia-se mister que ostentasse o *status libertatis* e o *status civitatis*.

Caio Mário da Silva Pereira⁵ elucida no entanto que “de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele”. Barbero⁶ confirma: “Com efeito, enquanto personalidade jurídica é conceito absoluto (existe ou não existe), capacidade jurídica é conceito relativo (pode ter-se mais ou menos capacidade jurídica)”.

Assim, em Roma, para que se tivesse a capacidade jurídica plena impunha-se ainda que o sujeito fosse *pater familias*. Daí os três estados: *status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*.

Ao nível do pensamento filosófico-jurídico europeu, assiste-se, a partir da meditação escolástica e já no caso da baixa Idade Média, ao despontar, ou, talvez melhor, ao recrudescer, de uma querela importantíssima –a da emergência dos direitos subjectivos, como estruturas da vontade humana ou a ela ligadas, face ao direito objectivo– que, com os contributos do Renascimento e do Humanismo do séc. XVI, viria a constituir a rampa de lançamento de um direito geral de personalidade, entendido como um *jus in se ipsum*, que não mais deixaria de estar presente na reflexão jurídica da tutela da personalidade humana.

À afirmação de Marcel “eu sou o meu corpo”, Merleau-Ponty acrescenta e contrapõe “eu tenho um corpo, i.e. eu tenho um corpo enquanto consciência”.

Freud e Lacan reafirmam que o corpo é susceptível de encarnar, no sentido forte do termo, a ordem da linguagem, o que mostram com evidência através da psicopatologia. Resulta de tudo isto que o corpo psíquico é essencialmente relacional e afectado, nele se compenetrando o corpo orgânico e o sistema simbólico, concluindo-se que o homem é a articulação de duas ordens –a do corpo e a da linguagem.

Daí que partir da relação entre sujeito e objecto para teorizar o eu é uma opção errada. O recurso à metáfora teatral de *persona*, para designar a função

⁵ *Instituições de Direito Civil*, vol I, 1971, n.º 48, p. 155.

⁶ *Sistema Istituzionale del Diritto Privato italiano*, vol I, 3ª edição, n.º 69 III, p. 139.

semiótica do pronome pessoal foi a primeira explicitação daquela consciência. Pessoa não significa natureza nem essência, mas formalmente só personalidade, como reconhece Locke⁷: “*self is that conscious thing (whatever substance made up of, whether spiritual or material, simple or compounded, it matters not) which is sensible, or conscious of pleasure and pain, capable of happiness or misery, and so is concerned far itself, as far as that consciousness extends*”.

Também para Heidegger a via de acesso ao *eu* deixa de ser o cogito cartesiano, quer na forma cartesiana do *cogito sum*, quer no *ich denke* de Kant, quer no *begriff* de Hegel.

O discurso jurídico rege-se por uma circularidade observável a dois níveis. Por um lado, a teoria do direito que enuncia as regras fundamentais de toda a ordem jurídica, a ciência do direito, que Kelsen qualificou de pura, e por outro lado, o funcionamento de toda a ordem jurídica positiva.

Semelhante autonomia do direito e da moral é uma inovação relativamente recente do pensamento jurídico ocidental, como vimos. Os primeiros teóricos do direito, Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, Francisco de Vitória incluem o direito num pensamento totalizante. A mesma convergência do direito e da moral aparece também em Kant. Algumas teorias do direito recentes renovaram o laço unindo o direito natural (que tem o mesmo estatuto epistemológico que a moral) ao direito positivo. Assim, nenhum risco de conflito se verificaria entre o discurso ético e o discurso jurídico, estando o segundo subordinado ao primeiro.

“Tudo o que existe é feito de átomos, vazio, movimento. Também a alma humana. Constituída por átomos mais leves e subtis ela habita a casa do corpo. A morte é simplesmente a desagregação desse conjunto atômico, nada mais”.⁸

Pensar no corpo humano como possível objecto do direito pode pressupor a identificação da personalidade com a capacidade jurídica geral e como tal a personalidade estará desejosa de conter direitos de modo a dar conteúdo à

⁷ Locke, *An essay concerning human understanding*, 1690, Book II, ch. 27, §17.

⁸ *Ética*, Secretaria Municipal de Cultura, Companhia das Letras, Organização de Adauto Novaes, São Paulo, 1992, p. 72 e Michel Foucault, *O uso dos prazeres*, em *História da sexualidade*, Rio de Janeiro, Graal, 1984, p. 57.

personalidade, não interessando sequer se tais direitos são inatos ou atribuídos pelo ordenamento.

A teoria que parece prevalecer é a de que os direitos de personalidade se encontram num nexó estreitíssimo com a pessoa, nexó quase orgânico, se identifica entre os bens mais elevados susceptíveis de apropriação jurídica.

De facto, o bem integridade física consiste na incolumidade física além da existência, a qual atinge mais propriamente o bem vida. Ora assim se torna imprescindível a determinação do que seja verdadeiramente o nosso corpo.

O direito deve considerar a pessoa física de uma forma concreta, como de carne e de sangue: a protecção primordial da pessoa humana, abrange "(...) somente o corpo mas também outros valores de ordem moral que estabelecem o preço da vida e da dignidade do homem".⁹

Teixeira da Mota¹⁰ dá significativamente conta do seguinte caso: "suponha que está a fazer bricolage e corta a mão. Um seu inimigo manda-a para dentro da caldeira de aquecimento. É isto um crime contra a propriedade ou contra as pessoas, dado que não se pode considerar que o terceiro praticou mutilação?"¹¹ E ainda um outro caso: Janel Daoud, detido na penitenciária de Avignon decidiu cortar a falange superior do seu dedo auricular direito para a enviar como chamada de atenção para o seu caso, ao Ministro da Justiça. Viu-a no entanto ser confiscada pela polícia, que entendeu ser "objecto" susceptíveis de confisco pelas autoridades penitenciárias.

No mesmo sentido, interpelam-nos notícias como as que dão conta de que cadáveres humanos foram usados em testes de balística realizados nos anos 70 na clínica da Universidade de Hamburgo ou *crashtests* para aperfeiçoar os sistemas de segurança dos automóveis.

À protecção da liberdade serve de base o corpo humano.

⁹ Gérard Cornu, *Droit civil – Introduction: Les personnes - Les biens*, Montchrestien, Paris, 1968, p. 165.

¹⁰ Francisco Teixeira da Mota, *Escrever Direito*, Contexto, 1994, artigos publicados no Jornal Público de 12/1/92 a 26/12/93, p. 264, "O nosso corpo", e Jean-Pierre Baud, *L'affaire de la main volée - Une histoire juridique du corps*, Éditions du Seuil, 1993.

¹¹ Mas a questão aqui é que o próprio cometeu tal crime. A previsão penal impôr-se-á neste caso ao próprio ou apenas a terceiros?

A consideração do corpo humano como mera *res* permitiria mais facilmente a inclusão da renúncia a direitos sobre o mesmo dentro dos quadros tradicionais do abandono ou renúncia, sendo o primeiro uma subespécie ou modalidade de renúncia. A renúncia pode ser definida como um negócio unilateral de disposição, através do qual uma pessoa extingue um direito de que é titular, como vimos.

“Quando o direito a que se renuncia ou de que se abdica é o de propriedade sobre uma coisa corpórea e a renúncia se efectiva, não pela via de uma declaração de vontade, mas através de um comportamento consistente em o titular do direito se desligar ou desinteressar da coisa completamente e para sempre, estamos perante um acto de abandono (*derelictio*). O abandono pressupõe, portanto, um ou vários actos, positivos ou de abstenção, conforme os casos, praticados com a intenção de o seu autor extinguir determinado direito de propriedade de que é titular (*animus derelinquendi*). Em termos mais sucintos e rigorosos, pode ser definido como a perda voluntária da posse de uma coisa, com a intenção de renunciar ao direito de propriedade”.¹²

Já o “abandono é inquestionavelmente um negócio jurídico, pois consiste num acto voluntário a que a lei reconhece os efeitos pretendidos pelo seu autor. Na base deste negócio, porém não existe uma declaração de vontade, mas antes um comportamento a que deve atribuir-se uma diferente qualificação. (...) Sempre que um comportamento humano ou o resultado objectivo desse comportamento exprimam directamente ou tão só por forma indiciária, uma vontade negocial, estaremos perante uma declaração”.

Mas esta ideia do corpo humano como coisa só pode colher aceitação numa outra acepção, como o curioso realce dado por René Dekkers¹³, no sentido de que no estado actual da nossa civilização, tudo o que existe, menos o ser humano, é uma coisa. Então o corpo humano também é uma coisa, conclui: *porque não se confunde com o ser humano: é a sua carapaça*. E será esta carapaça que é útil, ou seja, apta a satisfazer as necessidades do

¹² Rabindranath Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora Limitada, 1995, p. 365 e 366.

¹³ René Dekkers, *Association Henri Capitant, Le corps humain et le droit*, Aspectos filosóficos, p. 1

homem ou melhor dos homens. É portanto ainda um bem, na acepção de que já aqui falámos.

Interessantíssima a propósito a obra de Lori B. Andrews, *My body, my property*¹⁴, e clarividentes as emocionantes palavras de Virgílio Ferreira, em *Invocação ao meu corpo*:

“(...) os limites da minha afirmação subjectiva existem nos próprios limites da objectividade que *já está aí*. Porque justamente, só se é sujeito em relação a um *objecto* (...). *Como até mesmo os limites da objectividade podem ser subjectivos na sua vária extensão como limites*”¹⁵.

“E é porque sabemos na claridade da evidência que somos o nosso corpo, é por isso que sabemos que o homem é mortal. O absoluto do nosso corpo é o absoluto do nosso "eu" - nós o podemos verificar nas experiências mais simples. Decerto um corpo é ambíguo, porque se o *somos*, é como se também *estivéssemos nele*. Sou o pé que anda, a mão que prende, o olhar que vê. (...) *estou sendo* também esses pés que andam, no instante em que os vejo andar. (...) Pois como poderiam pesar-te os braços se é com eles que sentes o que é pesado? Como pode pesar-te aquilo com que tomas o peso? O teu corpo é imponderável como tu. Como tu também ele é uno. assim o dizer que a cabeça *me dói* equivale a dizer que *eu* tenho dores "na" cabeça, como os franceses o dizem. Ter dores "na" cabeça é *ter eu dores aí*... (..) *Somos mãos, pés, boca, somos olhos, ouvidos, sexo; e porque os somos, não os temos.* (...)”¹⁶.

O corpo humano perspectivava-se pois para o direito como *instrumento de pagamento, em matéria de obrigações; instrumento de vingança e de verdade em direito penal*.

Hoje –que o corpo humano já não tem nenhum papel na execução forçadas das obrigações–, quando falamos dos serviços que o corpo humano está apto a render aos outros, falamos de um novo capítulo que os progressos da

¹⁴ Editado por Elizabeth Mensch, Michael David e Alan Freeman, Aldershot, Dartmouth, 1992, vol. II, *The International Library of essays in law and legal theory*, Areas, 14, pp. 27 a 37.

¹⁵ Bertrand Editora, 3^a edição, Venda Nova, 1994, p. 117.

¹⁶ Idem, pp. 255 a 257.

medicina e da biologia abriram, e de que quase não ousamos entrever o fim.¹⁷

Qual é então o traço distintivo entre o corpo humano –coisa, no dizer de Dekkers– e o ser humano? O mesmo autor refere ser a “forma de energia que desenvolve o corpo humano e a que chamamos pensamento, ou, mais especialmente, o pensamento moral, a concepção do útil, a preocupação do bem, a *ars boni*”.

A concepção do corpo humano como uma entidade especificamente individual, inalienável e incomunicável, caiu hoje, categoricamente desmentida pelas técnicas de transplantes¹⁸. De facto, para além das transfusões sanguíneas, a ciência reconhece hoje capaz de pôr num corpo humano ossos, tecidos, olhos, rins e outros órgãos e transplantar para outro corpo humano: “A cirurgia realiza hoje esta proeza de fazer bater um coração num peito que não lhe era nada, este coração sendo o motor de uma outra existência humana que não a do seu futuro detentor”¹⁹.

Desde logo a problemática do corpo humano coloca problemas quanto à determinação do começo e fim da personalidade jurídica.²⁰ O sucesso de um

¹⁷ Os juriconsultos romanos definiram de forma lapidar, como só eles sabiam fazer, a noção de escravidão/servidão predial; *fundus fundo servit*”

Creio que podemos transpor este critério para o domínio que nos ocupa: *corpus corpori servit*.

Cfr ainda *Association Henri Capitant*, ob.cit., *Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit français*, Jean-François Vouin, p. 105: “cada ser humano, antes de mais é considerado como sujeito de direito, depois que um decreto de 27.4.1848 veio em França abolir a escravatura”. A abolição da escravatura nas colónias devia passar por um sistema de indemnização dos proprietários já que o corpo do escravo era uma mercadoria, sustentaram alguns. Mas o que se visa proteger é o indivíduo contra as ameaças ao seu corpo e mesmo contra a sua própria vontade.

¹⁸ *Association Henri Capitant*, *Le corps humain et le droit*, ob. e loc. cit., 1ª Parte - Relatório geral: de Marcel Rigaux sobre *Corpo humano, personalidade jurídica e família*.

¹⁹ Marcel Rigaux continua, ob. cit., p. 10: “un tel bouleversement scientifique de la notion du corps humain doit avoir forcément sa résonance dans le domaine du droit et y résoudre des problèmes nouveaux et délicats.”

²⁰ *Association Henri Capitant*, *Le corps humain et le droit*, Meulders-Klein, p. 20, sobre o carácter essencialmente voluntarista da atribuição da personalidade jurídica.

transplante cardíaco exige um órgão em estado de perfeita vitalidade, o que implica a determinação precisa da morte da pessoa humana.²¹

A morte não é mais fenómeno instantâneo paralisando simultaneamente todas as funções vitais, como um fenómeno imposto pela natureza e de que o corpo médico deveria por todos os meios diferir a ocorrência.²² Escutemos a oração de Gustave Thibon: *só desejo uma coisa, morrer vivo*.

Imagine-se uma mulher grávida que fica em coma depois de um acidente e é mantida viva para ter a criança que é entretanto mantida *in utero* nesta mulher cuja vida cerebral tinha desaparecido. A pessoa deve ser considerada como estando morta? Se a morte é o fim da vida cerebral, quais são os sinais inequívocos dessa certeza de morte?

Outras questões que mostram a relevância do corpo humano são as da eutanásia e da ortotanásia. A eutanásia é o acto voluntário e positivo abreviando a vida de outro, a ortotanásia uma simples interrupção de cuidados numa pessoa em estado de vida puramente vegetativo.

Ainda mais uma questão, é a da heteroinseminação da mulher com ou sem o consentimento do marido. Ou a do aborto, com o que implica de tomada de posição sobre a determinação do momento de início da vida humana.

Uma outra ainda é a da transexualidade, passagem psicológica e social de um sexo a outro numa pessoa que tem a convicção psíquica de pertencer a um sexo oposto ao seu.

Ou a da experimentação fetal, que o Congresso dos EUA impediu recentemente em laboratórios de estabelecimentos federais até que uma comissão por eles instituída entregasse relatório²³.

O corpo humano e a vida são sem súvida condições necessárias à existência de uma pessoa, mas não condição suficiente.

²¹ A introdução de uma definição legal de morte levanta dois problemas: o do consentimento presumido e o da paragem de ministração de cuidados e de tratamento de doentes ainda vivos mas condenados a breve trecho.

²² Jean Savatier, *Et in hora mortis nostra: le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre*, D. 1968, I, 89.

²³ A Comissão apresentou em sessão de 26.4.1975, *Panel Calls for end to fetal study ban*, Intercom 1975, vol 3, nº 5, pps 1 e 3. Atentemos ainda no que refere a Constituição da República Popular da China, de 4.12.82, no seu artigo 20º: "O Estado promove o progresso das ciências naturais e sociais, difunde os conhecimen-

Especialmente quanto aos actos jurídicos sobre o cadáver –positivamente, modo de disposição e negativamente, oposição à mutilação ou transplante–, parece poder afirmar-se que se o corpo humano é intangível enquanto vive também o é no estado de cadáver. Repare-se que falamos em *estado* e não na transformação em "*coisa*" de diferente natureza. A sacralidade do cadáver observada pelos antigos continua pois a dominar os nossos costumes.²⁴

Diferente ainda dos actos sobre o próprio cadáver ou o cadáver de outrem é a questão dos actos jurídicos pelo corpo humano –*is de cuius corpore agitur*, procurando salvaguardar o seu corpo–, ou dos actos jurídicos para o corpo humano –seguro de vida.²⁵

O corpo humano pode ter um papel epifenomenal ou essencial. E o problema está em que no que respeita às sanções e reparações a violação ao corpo humano²⁶, a *restitutio in integrum* é impossível, mas é necessário ver as consequências para as vítimas ou vítima segundo os casos.

tos científicos e técnicos e louva e premeia a investigação científica, bem como as descobertas e inovações tecnológicas."

O problema fundamental corresponde aos doentes que estão internados nos hospitais em coma ou estado terminal, e sem família, dado que os investigadores poderiam aproveitar-se, mais ou menos involuntariamente destas situações para prosseguir os seus fins.

De acordo com o artigo 1º do Droit Pénal R.20, Janeiro 1961, nº 300, são submetidas ao controle diagnóstico:

–os cadáveres das pessoas mortas sem assistência sanitária;

–os cadáveres das pessoas mortas nos hospitais civis e militares, nas clínicas universitárias, nas casas de saúde privadas, desde que o director principal ou médico encarregado o solicite;

–os cadáveres de pessoas mortas em casa por doença infecciosa ou tida com tal;

–se o consentimento parecia ter passado para a exigência apenas de não oposição, o que reduzia o poder da família naquele ordenamento, verificou-se tendência inversa com o projecto-lei de iniciativa governamental de 11.10.1972.

²⁴ Quanto aos actos jurídicos sobre o cadáver de outrem, os próximos ou protectores naturais não têm um direito de propriedade sobre o cadáver. Os seus direitos não são, como diz justamente M. Chabasm, mais que direitos para o cadáver, ou seja, direitos que **visam defender a vontade póstuma presumida do defunto**.

²⁵ *Association Henri Capitant, Le corps humain et le droit*, ob. cit., *Le corps humain et les actes juridiques en droit libanais*, Favez Hage-Chahine, p. 257, sobre o caso do boxeur que oferece o corpo.

²⁶ Idem, ob.cit., p. 269, Relatório geral sobre a IIIª Parte: *Sanções e reparações da violação ao corpo humano*, por Georges Durry.

Nestes casos, o mecanismo clássico fundamental é o da responsabilidade individual.²⁷ No que diz respeito ao direito penal que é, antes de mais um direito sancionador a responsabilidade continua fundamentalmente subjectiva, não se aplicando o princípio da *faute*.²⁸ Em causa está muitas vezes a noção de direito inglês transposta por exemplo para o Canadá de actos não emendáveis.²⁹

Existe um princípio de indisponibilidade da pessoa humana, mas o lugar do corpo quanto à pessoa é incerto, e mesmo o desenvolvimento dos direitos de personalidade (honra, consideração, imagem, nome, voz), deixa na sombra o corpo enquanto tal. Ora isto implica questionar não só as relações comerciais remuneradas mas também o comércio jurídico, ou seja a troca também gratuita, qualquer circulação; desde que uma coisa está fora do comércio, ela não pode ser cedida, mesmo gratuitamente, porque escapa ao domínio/imperio a vontade.

Mas no fundo não é o corpo que está protegido e fora do comércio, mas a pessoa, abstracção jurídica definida pelos atributos, eles mesmos abstractos que se estima constituírem a trama da dignidade humana.³⁰

²⁷ Idem, ob. cit., p. 287, *Sanção e reparação em direito belga*, Roger O. Dalq, sobre o lugar que ocupam na jurisprudência belga as presunções de responsabilidade – artigo 1384º, § 1º do CC–, diversa da jurisprudência francesa por continuar a exigir a prova do vício de uma coisa –cfr ob. e loc. cit., p. 344, *Sanção e reparação das violações em direito francês*, por Geneviève Viney.

Neste ordenamento francês, R. Savatier –*La surabondance de réparation autour de la victime d'un accident et l'enchêtrement de leurs dettes*, D. 1962, CH. 173– falou já na superabundância dos devedores de reparações.

²⁸ A incidência da *faute* da vítima provoca a exoneração parcial ou mesmo total do pretendido autor responsável, como no caso de boleia em carro sabendo que o condutor estava bêbado ou sem capacete.

²⁹ Blackstone, *Commentaires on the Laws of England*, Livre IV, cap. I, nº 1 sobre crimes públicos, “torts”.

³⁰ Marie-Angèle Hermitte, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 33, 88, pp. 323 a 346, p. 327 apresenta o exemplo célebre e característico do contrato assinado entre o director de um circo e o pai de uma criança de 13 anos para realizar exercícios perigosos no trapézio.

O contrato, de prestação de serviços, lícito em si, foi anulado por causa ilícita, por incitar o público a “especular sobre a vida ou a saúde humana” –Trib. Civil de Bruxelles, 11 mars 1885, Pas. 1886, 3, 69.

Em princípio, o corpo humano na sua globalidade é bem protegido, porque se confunde com a pessoa, objecto de todos os favores do direito: a pessoa joga o papel de um *écran* protector do corpo. Xavier Dijon³¹ entende que o contrato de eutanásia é uma negação dos fundamentos do direito que não pode permitir um acordo de vontades tendo por objecto dar a morte, e portanto negar a alteridade que preside ao estabelecimento da relação entre as partes. A ordem jurídica poder-se-á desinteressar da sanção destas práticas, sem no entanto as poder legitimar.

Portanto, apesar da protecção garantida à pessoa, vemos desenvolver as práticas que arriscam diminuir-lhes a eficácia, encontrando de um lado, o corpo solitário, pura matéria, e do outro, o corpo aureolado de uma carga afectiva, suporte último dos ritos, mágoas e esquecimento.³²

Entramos assim, refere Hermitte,³³ na questão fundamental de saber qual o lugar que ocupa o corpo no nosso sistema de representações: “se exceptuarmos o caso do sangue, nunca procurámos compreender as relações entre as partes do corpo e o corpo na sua globalidade, tomando os fantasmas pelas superstições que a lei poderia ajudar a ultrapassar, nunca pusemos a questão em termos inversos: será necessário que o direito garanta uma protecção jurídica do inconsciente, dos fantasmas, do irracional e porque será necessário?”³⁴

O direito deve sim, para Hermitte, surgir como regulador dos ritmos culturais. Hoje para o sujeito pessoa é intolerável a morte antes da hora fixada,

O mesmo motivo, curiosamente, foi de outras vezes utilizado para anular os contratos de seguro de vida.

³¹ Na sua obra referência *Le sujet de droit en son corps*, sobre a qual François Rigaux escreve no prefácio –“*M. Dijon escreve une oeuvre pour deux mains et non pour une seule: l'une est celle du droit, l'autre de l'acte de foi éthique, que l'auteur qualifie en certains passages de "juridique"* –, pp. 513 ss.

³² G. Delaisi de Parseval, “A propos du don d'organes”, *Rev. de médecine psychosomatique*, nº 2, 1980.

³³ Hermitte, ob.cit., p. 340.

³⁴ Idem, ob. cit., p. 341. Sobre esta ordem jurídica do inconsciente cfr ainda o artigo de G. Huber e M. Bydlowski, psicanalistas da unidade de reprodução humana dirigida por Papiernick, *Les nouvelles procréations entre biologie et psychanalyse*, in *Psychanalyse à l'université*, juillet 1987, p. 437, e ainda G. Hottois, *Éthique et techno-science; entre humanisme et évolutionnisme*, in *Science et Éthique*, Centre d'Action Laïque, éd. Université de Bruxelles.

insuportável o não poder ter filhos, ou a morte se não reduzida à realidade estatística. Tudo o que escapa à vontade do sujeito é insuportável.³⁵

O que hoje se verifica é que a atitude em relação ao corpo humano vem confirmar uma das linhas de força da história do direito ou seja, a evolução do privado para o público. Tal evolução conduz a que se elimine do corpo humano todo e qualquer valor patrimonial, embora a ideia de que o corpo humano é uma entidade especificamente individual, inalienável e intangível se encontre hoje estilhaçada sob a pressão de realidades de vária ordem.

Ponto precisamente enfatizado por Gauhtier, Rawls e Nozick é o de que o utilitarismo permite que certo indivíduo possa ser sacrificado em benefício de outros porque não dá relevância moral à separabilidade e independência das pessoas.

Acusa-se o utilitarismo de ser anti-individualista ao tomar como unidade moral a sociedade ou a humanidade em conjunto e não os indivíduos, por mais que estes últimos sejam, nesta concepção, as unidades psicológicas básicas, por serem fonte exclusiva de prazer e interesses, o que coloca o problema da identidade frente a princípios de distribuição.³⁶

Ora o direito, permanecendo imutável nos seus princípios, deve moldar-se à maneira de ser e aos progressos da sociedade a que se aplica, evitando uma desumanização do homem³⁷, que se afirma como sujeito de direitos de personalidade.³⁸

³⁵ Hermitte, ob.cit., p. 345, sobre o sujeito e o tempo. Sobre o mesmo tema cfr ainda R. Coulon, *Indicatif présente et socio-sémiotique du discours constitutionnel*, p. 347.

³⁶ Derek Parfit, *Later Selves and Moral Principles*, Montefiore, A., comp., *Philosophy and Personal relations*, London, 1973, p. 137, apresenta uma defesa original do utilitarismo já que entende que a identidade não é uma questão de tudo ou nada mas de grau.

Nino contrapõe que a identidade pessoal não inclui mais factos mas um facto distinto da continuidade física e psíquica.

³⁷ Maciá, em obra de 1954, com o subtítulo *Derechos sobre su proprio cuerpo vivo y muerto; derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Capítulo I, pps 5 e 8 e 14.

³⁸ Segundo Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, veit und Comp.), 1er Band (1840), §57, p. 357: "os bens, considerados co-

Maciá interroga-se sobre se temos ou não direitos sobre o nosso próprio corpo, e se tais direitos, a existirem, são dominiais ou podem equiparar-se ao domínio. Acaba por concluir que o exercício de tais direitos dominiais deve sujeitar-se às normas da moral, não se facultando ao sujeito a destruição da coisa, se não houver razão para tal.

Os dois grandes romanistas alemães da segunda metade do século XIX, Jhering e Windscheid, separam-se igualmente de Savigny e entendem não ser possível negar a existência de uma categoria jurídica nova chamada direito geral de personalidade –*direitos sobre o próprio corpo*.

Segundo Jhering, este direito comporta uma excepção à ideia segundo a qual todos os direitos privados têm um objecto exterior ao sujeito, seja uma pessoa –direitos da família e das obrigações, seja uma coisa– direitos reais e direitos de sucessão. Ao invés, o direito de personalidade seria “um direito sem correlativo”, um direito absoluto, um direito sem relação jurídica, um intransitivo, enquanto todos os outros direitos são transitivos.³⁹

Já Windscheid aproxima os direitos sobre a própria pessoa –*Rechte an der eigenen Person*– dos direitos reais. Uns como outros tendem a armar o sujeito de interdições que têm como destinatários todos os outros sujeitos a fim de proteger a vontade da pessoa interessada, o que “conduz a um direito à vida, à integridade física e a um domínio sem limites do próprio corpo (liberdade).”⁴⁰

Durante o último quartel do século XIX a doutrina dos direitos de personalidade recebeu um novo impulso dos especialistas dos direitos intelectuais, principalmente Garesis e Kohler.⁴¹ À expressão então recebida de direito de personalidade, os dois autores substituem por direito do indivíduo –*Individualrecht*.

mo extensão do poder do indivíduo são um atributo da personalidade –*Persönlichkeit*”.

³⁹ Rudolf von Jhering, *Passive Wirkungen der Rechte. Ein Betrag zur Theorie der Rechte*, 10 Jhering's Jhb (1871), pp. 387 a 586, 393.

⁴⁰ Bernard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1er Band, 6ste Aufl., Frankfurt a. M., Literarische Anstalt, Hütten und Korney, 1887, §40, pp. 104/105.

⁴¹ Josef Kohler define este direito como o direito ao conjunto dos bens pessoais em *Das recht an der gesamtheit der persönlichen Güter* e *Das Autorecht*, 18, Jhering's jhb (1880), pp. 129 a 478, em esp. p. 257.

Em finais do século XIX a doutrina civilista alemã aparece totalmente ligada à teoria dos direitos de personalidade. Gierke⁴² é, pela sua importância, o autor que mais contribuiu para a consolidação da nova tendência, distinguindo com um possível mesmo objecto:

1. Direitos sobre a própria pessoa –*Rechte an der eigenen Person ou Persönlichkeitsrechte*.
2. Direitos reais.
3. Direitos sobre uma outra pessoa, que se subdividem em direitos de crença, direitos familiares, direitos em associações ou grupos, direitos de sucessão.

Esta “anexação” dos bens da personalidade pelo direito civil vem a ser criticada pelos publicistas alemães do fim do século XIX. Segundo Thon⁴³ estes bens (*Persönlichkeitsgüter*) recebem a sua protecção das leis do Estado e são portanto de natureza pública.

Também segundo Jellinek⁴⁴, quando uma pessoa é levada à qualidade de sujeito de direito pelo Estado, a sua personalidade recebe uma qualificação de direito público: a vida, a saúde, a liberdade, a honra, não são objectos que o homem possui mas qualidades constitutivas do seu ser concreto – *Eigenschaften die sein konkretes Wesen ausmachen*. Logo, o objecto de uma ameaça ilícita não é um direito mas o próprio sujeito de direito –*das Rechts-subjekt*– ele próprio.

⁴² Otto von Gierke, “Deutsches Privatrecht”, em *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, ed K. von Binding e F. Oetker, 2, Abt. 3, Teil I B, *Allgemeines Teil und Personrecht*, Leipzig, Duncker und Humboldt, 1895, pp. 260 e ss.

⁴³ August Thon, *Rechtsnorm und Subjektives Recht, Untersuchungen zur Allgemeinem Rechtslehre*, Weimer, Böhlman, 1878, p. 147.

Não é uma coincidência se certos publicistas falam mais de bens de personalidade (*Persönlichkeitsgüter*) que de direitos: segundo uma perspectiva já seguida por Savigny, é supérfluo reconhecer ao sujeito um direito à vida, à integridade física, à honra, sendo esses bens protegidos graças a um efeito reflexo, segundo a expressão de Jellinek, de normas objectivas, penais ou administrativas.

⁴⁴ François Rigaux, *La vie privée: une liberté parmi les autres?*, Travaux de la Faculté de Droit de Namur, n° 17, Maison Larcieur Editeurs, Bruxelles, 1992, p. 125 e Georg Jellinek, *System der subjektiven Öffentlichen Rechte*, 2e Aufl., Tübingen, Mohr, 1905, pp. 56/57, e 81/82.

É no início do século XX que a doutrina alemã se questiona sobre qual seja o objecto destes direitos, o como ultrapassar da objecção de Savigny contra um direito tendo por objecto a pessoa mesma do sujeito, e o saber se há um direito único, uma categoria ou vários –*Sammelbegriff*.⁴⁵

Sintetizamos com Rigaux⁴⁶: “O corpo humano em princípio é indisponível. Distingue-se no entanto da honra - reflexo da inserção do indivíduo num código social, a honra não poderia pertencer ao sujeito, a significação social é necessariamente subtraída a qualquer apropriação individual. Ao contrário o sujeito tem o domínio sobre o seu próprio corpo - de recusar tratamento médico ou cirúrgico contra a sua vontade, liberdade de pôr fim à vida. O consentimento do indivíduo não pode pois purgar o acto do seu carácter ilícito.”⁴⁷

Mas as proibições de dispor impõem-se normalmente em favor de determinados sujeitos que assim são os beneficiados pela proibição. Ora o que aqui visamos descobrir é se do suposto benefício legal não poderá resultar uma situação que acabe por manietar o suposto sujeito que se visava beneficiar, o que nos leva a considerar o conceito relativo e subjectivo de benefício e ao radical de digna liberdade caracterizadora do ser homem.

Estão proibidos actos de disposição do próprio corpo quando ocasionem uma diminuição permanente da integridade física ou quando sejam de outra forma contrário à lei ou aos bons costumes.

Três princípios estão em causa: a liberdade individual que dá a cada um a disponibilidade do seu corpo, a extrapatrimonialidade do corpo que proíbe os negócios onerosos, e a intangibilidade do corpo humano, apesar de este último não ser princípio absoluto.⁴⁸

⁴⁵ *Vide Recht der Persönlichkeit em System des heutigen römischen Rechts*, Bdl, Berlin, 1840, pp. 335 e ss.

⁴⁶ Rigaux, ob.cit., p. 150.

⁴⁷ Rigaux, ob.cit., pp.161/162. Cfr Henri Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 1re edition, 1932, ed. Skira, Genève, 1945, pp. 59 a 64.

⁴⁸ Veja-se lapidaramente o conteúdo dos artigos 12º a 13º da Constituição da África do Sul, aprovada em 8.5.96:

Artigo 12º

2. *Everyone has the right to bodily and psychological integrity, which includes the right:*

Se delinear-mos um espaço que valha como uma ética da intimidade –que, convém sublinhar, não é a única a admitir, mas que parece de rejeitar aquilo que Sennett designou tirania da intimidade–, os indivíduos criam normas dentro de determinado espaço em que asseguram o respeito mútuo, e em que cada um é posto como limite do mundo.

Essencial é o princípio da inviolabilidade da pessoa, restando apenas saber se tal princípio deve prevalecer igualmente em relação à própria pessoa, visto que o que se pretende é o evitar o uso das pessoas como meios, em crítica ao utilitarismo.

Kant não fala dos homens como meros meios mas de tratar como tal a humanidade que se dá na pessoa do próprio agente ou de outros. Charles Larmore fala originalmente numa norma do diálogo racional, que seria completada por uma segunda, requerendo o igual respeito pelas pessoas.⁴⁹

Este princípio de inviolabilidade da pessoa e do corpo da pessoa –que incidentalmente já tinha sido sugerido por Locke quando defendia que não há entre os homens uma subordinação tal que possa supor-se que uns tenham sido criados para utilidade de outros– tem sido empregado como um poderoso argumento contra o utilitarismo.⁵⁰

Na base da construção constitucional está também necessariamente o Homem seja qual for a concepção adoptada. O conceito de indivíduo sobre o

a) to **make decisions concerning reproduction;**

b) to **security in and control over their body;** and

c) *not to be subjected to medical or scientific experiments without their informed consent.*

Artigo 13º

No one may be subjected to slavery, servitude or forced labour.

⁴⁹ Charles Larmore, *Political liberalism, Political Theory*, vol 18, nº 3, Agosto de 1990, p. 347, *apud* João Cardoso Rosas, *Liberdade, virtude e interesse próprio*, coordenação de João Carlos Espada, Conselho Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, Cursos da Arrábida, *Deverá o estado liberal ser neutro?*, pps 69 e ss, em esp. pp. 85 e 86.

⁵⁰ *Ensayo sobre el gobierno civil*, tr. A. Lázaro Ros, Madrid, 1969, pp. 7 a 56. É um ponto enfatizado por Gauhtier, Rawls e Nozick, o de que o utilitarismo permite que certo indivíduo possa ser sacrificado em benefício de outros porque não dá relevância moral à separabilidade e independência das pessoas. Cfr ainda Derek Parfit, *Later Selves and Moral Principles, Philosophy and Personal relations*, comp. de A. Montefiore, London, 1973, p. 137.

qual pretendem levantar as suas construções o liberalismo e a democracia deve ser um meio termo entre a individualidade empírica e a perfeita personalidade moral. Será esse o conceito do indivíduo natural; o que pode adquirir uma personalidade moral, e só na medida em que o pode; ou seja, o dum complexo de faculdades que lhe hão-de permitir a vida moral; ou melhor, o da própria liberdade feita pessoa: o direito deve estar ao serviço do indivíduo, o direito deve tornar possível a moral, o direito deve converter em realidade a liberdade, deve produzi-la quanto ele a pode produzir, isto é, não a liberdade interior, mas a exterior que é a condição da primeira, e, portanto, a libertação de todas as motivações coactivas do meio social sobre o indivíduo, quer estas consistam no terrorismo da guerra de todos contra todos, quer nas próprias sugestões do ambiente social.

Mas precisamente porque aos olhos do individualismo só a verdadeira personalidade moral é um valor de ordem superior –não sendo o direito e o Estado mais do que meios ao seu serviço–, esta individualidade não poderá jamais realizar-se senão para além da esfera jurídica.

A dignidade inviolável da pessoa humana surge como reacção à experiência transpersonalista e organicista do Terceiro Reich, garantindo um espaço pessoal frente ao todo político.⁵¹

Lapidar é a análise da sociedade hodierna feita por Maciá⁵², que passa pela negação da desumanização do Homem frente ao Estado, reivindicando os direitos da personalidade e os direitos sobre o próprio corpo.

⁵¹ Cfr Nuno Rogeiro, *Lei fundamental da RFA*, Lex Aeternalis, p. 125, F. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 69 e K. Wesp, *Die Drittwirkung der Freiheitsrechte*, 68. Sobre outro ordenamento jurídico, cfr G. Rohrssen di Cammarato, *La posizione dell'uomo nella costituzione italiana*, in *Diritto e Società*, nº3, 87, pp. 325 a 343.

⁵² Obra de 1954, com o Subtítulo –*Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto; derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, e em que o autor analisa mais que casos normalmente versados na doutrina.