

## A ACTIVIDADE MÉDICA E O DIREITO

LUÍSA NETO

1. Admitamos que a definição exemplar da modernidade foi oferecida por BAUDELAIRE, ao entendê-la como tensão entre o efêmero e o eterno, ou como diria KLEE, como a busca do essencial no acidental. Aparentemente, assiste-se ao revigorar do subjectivismo nos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais continuam a ser a raiz antropológica essencial da legitimidade da constituição e do poder político e se hoje não há universalismos, dogmatismos éticos indiscutíveis ou verdades apodícticas, pode pelo menos estabelecer-se entre os homens uma acção comunicativa ou, se se preferir, intersubjectiva, que nos reconduz sempre a uma e mesma referência — à dos direitos pessoalíssimos <sup>(1)</sup>.

A resposta não se pode dissociar de uma crença no valor da autonomia como parte de uma teoria compreensiva do bem e do sentido da vida que RAWLS atribui a KANT e MILLS <sup>(2)</sup>.

A tecnicidade do direito positivo numa sociedade de risco tem de ser concebida como fruto de determinada evolução a partir da unidade originária — evolução essa que Max Weber caracteriza como um processo de racionalização que é, ao mesmo tempo, um processo que leva à formalização do direito. Tal evolução transforma assim o direito em segmento ou subsistema da cultura. Mas o que tal evolução não pode produzir é um

---

<sup>(1)</sup> Vejam-se JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, já em *Direito Constitucional*, 1991, pp. 18 e 19, e ainda *Los derechos humanos para las generaciones futuras*, Reunión de expertos UNESCO, Equipo Cousteau, org. Instituto Tricontinental para la democracia parlamentaria y los derechos humanos, Bruxelles, Bruylant, Tenerife, Universidad de la Laguna, 1994.

<sup>(2)</sup> Como defendido por JOSEPH RAZ, *Ethics in the public domain, Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1994, p. 79. Ou por DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos da personalidade*, BFDUC, Vol. LXVII, 1991, Coimbra, p. 129 ss., em especial pp. 152 e 158.

corte radical entre direito e cultura, submetendo aquele ao vórtice da pura racionalidade técnica (3).

2. Diz-se que o trabalho do jurista é realizado em três planos distintos, ainda que intimamente interconexos: o da descrição ou da captação do "dado", o da explicação e sistematização, e o da sua aplicação à realidade.

Na obra *Épistemologie des sciences de l'homme*, da Unesco, de 1970, ao tratar da inserção das ciências do homem no sistema das ciências, JEAN PIAGET procede a uma classificação das disciplinas sociais e das ciências humanas em que distingue quatro grupos; as ciências nomotéticas, as ciências históricas, as ciências jurídicas e as disciplinas filosóficas. No que toca em especial às ciências jurídicas afirma que elas "ocupam uma posição bastante diferenciada" pelo facto de o direito constituir um sistema de normas e de uma norma não proceder da simples verificação de relações existentes, mas de uma categoria diferenciada que é a do "dever ser". Interessantíssimas, a propósito, as obras de FERENC FEHER, *Biopolitics* e de NORBERTO BOBBIO, *El tiempo de los derechos* (4).

3. Neste âmbito, ENGISCH (5) adverte contra a sobrançeria do jurista que considere a intervenção médica uma simples ofensa corporal, apelando antes à necessidade de familiarizar o médico com a ciência jurídica. Há uma ponte que precisa de ser lançada entre o direito e a sua ciência, de um lado, e a compreensão do "público em busca do direito", do outro. É esse o nosso objectivo.

O acto médico — independentemente da polémica que ultimamente tem suscitado a definição (6) — entendido em termos subjectivos ou objectivos estará no centro da nossa análise.

JORGE MIRANDA (7) entende que não há profissões livres ou liberais — como a médica ou a do jurista — sem o sentimento jurídico de que são

(3) J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1985, pp. 333 e 359.

(4) Respectivamente, Aldershot, Averbury, 1994, e tradução de Rafael de Asis Poig, Madrid, Sistema, 1991, Coleccion de Ciencias Sociales.

(5) *Introdução ao pensamento jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, edição de 1964, em Setembro de 1965 em Lisboa, prefácio de J. Baptista Machado, p. 10.

(6) Recorde-se que esta mesma polémica — e essencialmente a consideração de medicina alternativas — motivou o recente veto presidencial ao diploma definidor.

(7) JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 2000, p. 505.

necessárias, úteis e idóneas; não há profissões livres sem confiança social e esta resulta tanto da verificação reiterada de idoneidade científica e técnica como da certeza da sujeição dos profissionais a um sentido ético da profissão.

Daí a importância, muito maior do que noutras actividades, das regras deontológicas — que se convertem em regras jurídicas — e de uma disciplina que deve abranger todos os que se dedicam à mesma profissão; daí, enfim, um enquadramento estatutário destinado a permitir a integração dos profissionais, com liberdade, quer perante os órgãos de decisão política do Estado quer perante quaisquer outros poderes e quaisquer eventuais empregadores privados (8).

A responsabilidade ou a irresponsabilidade dos médicos obriga a deixar esclarecida a finalidade teleológica de missão ou serviço da comunidade jurídica, política, civil, disciplinar.

"Per Appolinem et Aesculapium spondeo", ouvia-se no juramento de Esculápio (9). O *spondeo* significava assumir um compromisso religioso, como o que o pai assumia quando prometia a filha na cerimónia sagrada dos esposais (10). Quase toda a história da medicina nos mostra uma responsabilização religiosa e moral dos médicos, decorrente do carácter sagrado do seu *munus*; mas nunca uma responsabilidade jurídica no sentido que hoje lhe atribuímos.

4. O sujeito regressa hoje transfigurado na veste do objecto. Parafraseando CLAUSEWITZ, o objecto é a continuação do sujeito por outros meios, sendo por isso todo o conhecimento científico um auto-conhecimento.

---

(8) Cfr. em termos análogos, FERNÃO DE C. FERNANDES THOMAZ, *Da irresponsabilidade à responsabilização dos juízes*, ROA, comunicação apresentada no I Colóquio Luso Espanhol promovido pelo Conselho Superior da Magistratura de Portugal e pelo Consejo General del Poder Judicial de Espanha, sob o título "Governo ou autogoverno do poder judicial e democracia", Lisboa, Fevereiro de 1994.

(9) GUILHERME FALCÃO DE OLIVEIRA, *O fim da "arte silenciosa", o dever de informação do médicos*, RLJ, n.º 3852, pp. 70 a 72, ano 1995, e RLJ n.º 3853, pp. 101 a 104. Cfr. também, de J. M. FERNANDEZ HIERRO, a obra geral *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, 1997.

(10) JACQUES LE GOF, *As doenças têm história*, Mem Martins, Terramar, 1991, p. 221. Sobre a desmistificação da "bata branca" cfr. OLIVIER GUILLLOLD, *Le consentement à l'acte médical: une longue convalescence*, in *Aspects du droit médical*, Froibourg, Éditions Universitaires, 1988, pp. 83 a 91, em esp. p. 84.

Como lembra significativamente JEAN-LOUIS BAUDOIN "as considerações sobre o eugenismo, aborto, eutanásia deixam como quase trivial o contrato entre cabeleireiro e o seu cliente, contrato pelo qual o primeiro desembaraça o segundo de matéria viva que são os seus cabelos e barba, ou da manicure".

Neste âmbito o direito trata de actos voluntários lícitos juridicamente relevantes ao do exercício do poder de autodeterminação nas decisões comportamentais e as criações humanas <sup>(11)</sup>. Ora em consequência da velha regra de que *volenti non fit iniuria*, também o consentimento do titular do bem da personalidade, na sua forma tolerante, pode excluir a ilicitude de ofensas aos bens jurídicos de personalidade humana, justificação da ilicitude do facto.

O supremo valor de certos bens da personalidade importa precisamente a irrelevância daquele consentimento, muitas vezes em qualquer das suas modalidades. O consentimento autorizante só é válido se não for contrário aos princípios da ordem pública, deve inserir-se normalmente num negócio ou acto jurídico de estrutura bilateral e tem carácter constitutivo por envolver a celebração de um compromisso jurídico *sui generis*, sempre com a possibilidade de revogação, ainda que com indemnização.

Em causa está a correlação entre *freedom to believe/ to act*, ou a *Freiheit in se / um zu*, que se impõem ao sujeito como reserva de solidão perante as totalidades sistemáticas, como sugere BAPTISTA MACHADO.

**E aqui, como acentua KIENAPFEL, a insegurança sobre o tratamento do consentimento do próprio é inquietação que domina a dogmática jurídica. Positivamente, porque frustra o sistema social auto-referente; negativamente, porque impede a legitimação de alguns consentimentos, não ficcionando consentimento para situações que são impostas como frustrando expectativas <sup>(12)</sup>, já que se pode chegar a um nível tal que implique perturbações socialmente intoleráveis da convivência social constitucionalmente sancionada.**

É um percurso exigente porque a aventura científica é também uma

---

<sup>(11)</sup> RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, pp. 430/431. Este autor, a p. 432, entende a morte como facto jurídico extranegocial da personalidade humana, ou seja, sempre como facto jurídico involuntário.

<sup>(12)</sup> Questão abundantemente tratada por COSTA ANDRADE, em *O consentimento e o acordo em direito penal*, Coimbra Editora, 1991.

aventura jurídica (13), como explica a obra de BOURG, em volume subordinado ao tema *Biologie, personne et droit* (14).

##### 5. O mesmo se pode dizer quanto à intervenção médica.

De facto, a sua prática quotidiana encontra limites normativos, ou seja, e um pouco grosseiramente, encontra como limites determinadas regras de conduta ou directrizes de comportamento. Se isto é verdade quanto às normas éticas ou mesmo morais — que havemos de ter em conta quando nos debruçarmos sobre o Estatuto Deontológico que rege a classe médica — não o é menos no que tange às normas jurídicas.

Basta exemplificar, para os mais cépticos:

O Código Penal prevê como crimes as intervenções médico-cirúrgicas que não sejam consentidas pelo paciente ou arbitrárias; o direito civil rege a relação contratualizada — tacita ou expressamente — entre doente e paciente, assim como a responsabilidade civil decorrente de danos eventualmente provocados no âmbito da função, e mesmo a sua eventual cobertura por prémios de seguro; o direito administrativo e disciplinar superintende também, pelo menos quanto aos médicos que prestam serviço em instituições públicas.

Mas também, e fundamentalmente, **a actividade médica imbrinca no núcleo essencial do ordenamento jurídico, na medida em que é inquestionável a sua ligação aos direitos fundamentais — o direito à vida e à integridade física** — previstos na lei fundamental portuguesa e nos mais solenes instrumentos de direito internacional — como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de que recentemente se comemorou o cinquentenário.

**Em suma, a actividade médica lida com o corpo humano, substracto da pessoa — sujeito de Direito.** Precisamente por essa característica específica e nobilitante, não se justifica mais como outrora, que Virgílio chamasse à medicina *muta ars*, por oposição às artes da oratória, como a

(13) Veja-se MARIA EDUARDA GONÇALVES, *Ciência e Direito*, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 31, Março 1991, pp. 89 a 113.

(14) Obra de 1990, pp. 87 e 88. Cfr. ainda o cientismo antropológico materialista que propusera quase oficialmente — *Qu'est-ce que l'homme?* — MME DE STÆEL, em *De l'influence des passions sur le bonheur des individus et des nations* (1793-1796), em *Oeuvres Complètes*, 17 vol., Paris, 1820-1821, t. 3, p. 295, e que reitera J. ROSTAND, *Pensées d'un biologiste*, Paris, 1978, pp. 30, 102 e 112. Veja-se ainda BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991.

governança e o direito. Tratar bem não é apenas actuar segundo as regras técnicas da profissão mas **também considerar o doente como um centro de decisão respeitável.**

Há que fazer apelo ao cumprimento escrupuloso das *leges artis*, que implica a necessidade de conceder ao doente todo o manancial possível de informações de que necessite para tomar uma decisão em consciência.

Como sintetiza acertadamente JOÃO ÁLVARO DIAS <sup>(15)</sup> **a obrigação para com o paciente é de meios e não necessariamente de resultados. Pense-se no caso das cirurgias estéticas ou da estomatologia, em que a garantia de resultado não pode ser especificada, ou o caso das técnicas de inseminação artificial, em que pode ser garantida a tentativa mas não o resultado final da concepção.**

6. O bem integridade física consiste na incolumidade física além da existência, a qual atinge mais propriamente o bem vida.

Tal significa o direito a não ser agredido ou ofendido, quer no plano da legislação, quer no plano da investigação científica, do socorro e auxílio. Significa igualmente que os deveres públicos que estabelecem intervenções nos corpos das pessoas —, não importam execução forçada.

A Constituição portuguesa de 1976 — em termos aliás que vêm de trás <sup>(16)</sup> — garante o direito à integridade física, reiterado pelos artigos 149.º e ss. do Código Penal, relativos ao consentimento no âmbito das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, de modo a que se não verifique quem aquilo a que a lei optou por chamar *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* <sup>(17)</sup>.

Ainda enquadrantes são outros direitos pessoais, como os referidos no artigo 26.º, à imagem e reserva da intimidade da vida privada e familiar, esclarecendo o respectivo n.º 2 que a lei estabelecerá garantias efec-

<sup>(15)</sup> *Procriação assistida e responsabilidade médica*, BFDUC, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1996.

<sup>(16)</sup> Era o art. 26.º antes da LC 1/82, correspondendo aos artigos 11.º da Constituição de 1822, 145.º da Carta de 1826, 21.º da Constituição de 1838, 8.º/1 da Constituição de 1933, e ainda aos artigos 5.º DUDH, 7.º PIDCP e 3.º CEDH.

<sup>(17)</sup> JEAN MARIE AUBY, *Le corps humain et le droit de l'homme sur son corps*, *Direito da saúde e bioética*, 1991.

Cfr. ainda A. BARBOSA DE MELO, *Da vida à Morte: depoimento de um jurista*, in *Ação Médica*, 53 (1) Março 1989, e CHARLES H. BAZON, *Medicine and human rights*, in *Family Law Quarterly* (1983).

tivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias, e o n.º 3 que se encontra igualmente garantida a "dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica".

Ora como compatibilizar tais restrições com a possibilidade de o Homem se autodeterminar racionalmente, recusando por exemplo tratamento? A liberdade do homem é assim "liberdade da decisão"; **não porém no sentido de eleição de uma entre diversas possibilidades de acção mas no de decisão de ele e sobre ele: o homem determina a sua acção através da livre decisão sobre si mesmo.**"

Por outro lado, a uma atitude "paternalista" por parte do Estado pode assimilar-se e questionar-se o direito de autodeterminação — é exemplo académico de escola o caso das Testemunhas de Jeová. Italianos e luxemburgueses entendem por exemplo que ninguém pode ser obrigado a permitir que se faça transfusão de sangue.

7. Segundo os termos utilizados depois de 1891 pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, fala-se no **direito de todo o indivíduo a ter a posse e controle da sua própria pessoa.**

Na esfera constitucional o problema consiste em determinar a medida em que o indivíduo deva ser protegido contra a interferência das autoridades públicas e o sentido nuclear da privacidade consiste no direito de ser deixado sozinho, em paz — *the right to be let alone* (18).

Mesmo a hoje por demais nomeada "bioética" se centra na autonomia como condição de quem é autor das suas próprias regras (19), já que o **princípio de autonomia — também chamado princípio de liberdade — prescreve o respeito pela legítima autonomia das pessoas, pelas suas escolhas e decisões que sejam verdadeiramente autónomas ou livres.**

Ora apesar do carácter de absolutidade de tal *direito a ser deixado em paz* (20), estão proibidos actos de disposição do próprio corpo quando oca-

---

(18) *Olmstead v. US*, 277 US 438, p. 478, considerou-o **o direito mais compreensivo e o mais valorado pelos homens civilizados.**

(19) ROQUE CABRAL, *Autonomia*, *Enciclopédia Logos*, I, col. 532-533.

(20) PAULO MOTA PINTO, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, BFDUC, Vol. LXIX, Coimbra, 1993, pp. 479 a 586. Cfr. ainda HEGEL, *Princípios da filosofia do direito*, Lisboa, sd, trad. de Orlando Vitorino, § 36: "o imperativo do direito é portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas."

sionem uma **diminuição permanente da integridade física ou quando sejam de outra forma contrário à lei ou aos bons costumes.**

Segundo a doutrina absolutamente maioritária, a vida é indisponível e são portanto valoradas negativamente as tentativas de lhe pôr termo e a integridade física é disponível apenas dentro de limites estritos, já que quando esteja em jogo uma diminuição **permanente** da integridade física se nega eficácia à vontade expressa do titular.

Sintetizamos com RIGAUX: <sup>(21)</sup> "**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**".

E especifica Diogo Leite de Campos <sup>(22)</sup> quase cirurgicamente, de modo que nos parece inaceitável: "(...) Poderá alguém dar sangue para terceiros, na medida em que tal não prejudique a sua saúde, mas não poderá vendê-lo; doar um rim a um filho doente; ou deixar *post mortem* o seu corpo para experiências médicas, mas não arrendar o seu ventre para criar um filho de outrem. Cada um escolherá a sua formação cultural, técnica ou científica; mas não se dedicará a experiências perigosas para si e para o seu semelhante".

**8. O que implica então o direito de fazer coisas ao corpo ou com o próprio corpo? Doar os rins, fazer um aborto ou o que mais?**

**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 <sup>(23)</sup>.**

<sup>(21)</sup> FRANÇOIS RIGAUX, *La vie privée: une liberté parmi les autres?*, Maison Larquier Editeurs, Bruxelles, 1992, p. 150.

<sup>(22)</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Personalidade*, BFDUC, Vol. LXVII, Coimbra, 1991, p. 187.

<sup>(23)</sup> Veja-se lapidariamente o conteúdo dos artigos 12.º a 13.º da Constituição da África do Sul, aprovada em 8 de Maio de 1996:

**Artigo 12.º**

2. *Everyone has the right to bodily and psychological integrity, which includes the right:*  
 a) *to make decisions concerning reproduction;*

O direito considera 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" (24).

JEAN-PIERRE BAUD (25) 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?" 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**" **susceptível de confisco pelas autoridades penitenciárias.**

No mesmo sentido de alerta contra a coisificação do ser Homem, interpelam-nos notícias 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.

### **Como é possível aceitar tais realidades?**

Entende RENÉ DEKKERS (26), 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. Não pode ser esta a nossa perspectiva.***

"O nosso direito (27) protege o poder de autodeterminação do homem em duas vertentes já clássicas: por um lado, de um prisma de tutela da chamada liberdade negativa, proíbe que qualquer um possa ser constringido

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 13.º**

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

(24) GÉRARD CORNU, *Droit civil — Introduction: Les personnes — Les biens*, Montchrestien, Paris, 1968, p. 165.

(25) JEAN-PIERRE BAUD, *L'affaire de la main volée — Une histoire juridique du corps*, Éditions du Seuil, 1993.

(26) RENÉ DEKKERS, *Association Henri Capitant, Le corps humain et le droit, Journées Belges*, tome XXVI, 1975, Dalloz Aspectos filosóficos, p. 1

(27) CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 1996, pp. 259/260.

por outrem a praticar ou a deixar de praticar qualquer facto mesmo que seja para a satisfação de um direito alheio (*nemo potest cogi ad factum*), por outro, agora numa perspectiva não menos importante de defesa da liberdade positiva, permite a cada um praticar ou eixar de praticar qualquer facto que não seja proibido ou prejudicado por superiores direitos ou interesses jurídicos de outrem, pela boa fé, pelos bons costumes, pelos princípios da ordem pública e pelo próprio fim social ou económico do exercício da liberdade". A esta protecção da liberdade serve de base o corpo humano <sup>(28)</sup>.

O corpo humano pode ter um papel epifenomenal ou essencial. E o problema está em que no que respeita às sanções e reparações da violação ao corpo humano, a *restitutio in integrum* — ou seja, a reposição da situação anterior à referida violação — é impossível. Em causa está muitas vezes a noção do direito inglês, transposta por exemplo para o Canadá, de **actos não emendáveis** <sup>(29)</sup>.

9. No passado o corpo humano tinha, em quase todos os povos, um valor puramente patrimonial, sendo por exemplo tratado a propósito do corpo dos devedores e dos reféns, como meio de reparação mas também de prova <sup>(30)</sup>.

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

<sup>(28)</sup> CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 211, sobre o corpo e os seus elementos básicos: o somático, a psique e a ordem pública.

Cfr. ainda JUAN LATOUR BROTONS, *El cuerpo humano como objecto de derecho*, RGLJ, Madrid, 1955, n.º 198, pp. 164 ss.; RAMÓN BADENES GASSET, *Los derechos del hombre sobre el proprio corpo*, RGLJ, Madrid, 1957, n.º 203, pp. 721 e 724; FERNANDO MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Pádua, CEDAM, 1974, pp. 27 e ss.; GIOVANNI CRISCUOLI, *L'acquisito delle parti staccate del proprio corpo e gli art. 820 e 821 CC*, DP, 1985, 1 e 2, pp. 266 e ss.; NAPOLEÃO XAVIER DO AMARANTE, *Doação de órgão de pessoa viva ou morta para fins terapêuticos e científicos*, Lisboa, BFDL, Rel. Mestrado, 1989, pp. 50 e ss.; DUVAL-ARNOULD, *Le corps de l'enfant*, préface de J. Cornu, 1994, Bibliothèque de Droit Privé, tome 238, LGDJ, Paris.

<sup>(29)</sup> BLACKSTONE, *Commentaires on the Laws of England*, Livre IV, cap. I, n.º 1, sobre crimes públicos, "torts".

<sup>(30)</sup> Vejam-se os ordálios, curiosa e universal forma de composição do litígio. Para mais pormenores, cfr. RUY E MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, I volume.

Hoje a questão trasladou-se para a consideração da proibição dos meios de prova prevista no CPP.

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 medicina e da biologia abriram, e de que quase não ousamos entrever o fim** (31).

De facto, mais que um direito há uma liberdade física ou uma livre disposição por cada um, da sua pessoa, sendo que a definição da OMS quanto ao bem estar completo abrange o estado e saúde do homem.

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.

Mas 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, 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?"

---

(31) 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*. Veja-se 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.

No mesmo sentido depõe também a sentença do Trib. Corr. Seine, 14-3-1844, Gaz. Trib. de 15 Março: "como não pode ser objecto de patente, em razão do sujeito, o corpo humano não pode, antes ou depois da morte, ser tido como comercializável."

E já LOCKE, em *Ensayo sobre el gobierno civil*, tradução de A. Lázaro Ros, Madrid, 1969, pp. 7 a 56, defendia que **não há entre os homens uma subordinação tal que possa supor-se que uns tenham sido criados para utilidade de outros**.

(32) G. DELAISI DE PARSEVAL, *A propos du don d'organes*, *Rev. de Médecine Psychosomatique*, n.º 2, 1980.

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 estilizada sob a pressão de realidades de vária ordem** <sup>(33)</sup>.

A concepção do corpo humano como uma entidade especificamente individual, inalienável e incomunicável, caiu hoje, categoricamente desmentida pelas técnicas de transplantes <sup>(34)</sup>. 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"** <sup>(35)</sup>.

**10.** No campo das relações humanas cabe a cada um traçar um caminho em que se reconheça. Este manifesta-se em três momentos decisivos em especial — reprodução, existência e morte.

Desde logo a protecção de feto ou embrião por outrem implica, *a contrario*, que se não deve interferir no direito sobre o corpo de alguém que o não pode exercer. Intervêm aqui já os direitos à vida e integridade, que não são direitos sem sujeito porque o ser humano perfeito está no genoma e projecta-se no entendimento do feto e do embrião *in utero*.

Neste extremo preocupa-se ainda o Direito com a questão da procriação medicamente assistida e suas consequências por exemplo quanto ao regime da filiação, ou aos deveres entre esposos — com a polémica sobre o anonimato de doação de esperma ou a necessidade de consentimento

---

<sup>(33)</sup> JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida e Responsabilidade Médica*, ob. cit., p. 139.

<sup>(34)</sup> Association Henri Capitant, *Le corps humain et le droit, Journées Belges*, tome XXVI, 1975, Dalloz, I.<sup>a</sup> Parte — Relatório geral: de MARCEL RIGAUX sobre *Corpo humano, personalidade jurídica e família*.

<sup>(35)</sup> 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".

do marido para a heteroinseminação da mulher <sup>(36)</sup>. Há autores que chegam mesmo a questionar se não estamos perante novas formas de adultério — laboratorialmente conseguido.

Esta reprodução médica assistida impõe a autovinculação do sujeito titular do direito às intervenções do Estado em nome da ordem pública, moral e saúde pública.

A liberdade corporal e o direito de reprodução podem abranger a fertilidade programada ditada pela liberdade de consciência. Várias técnicas de reprodução medicamente assistida podem abstractamente ser utilizadas por virgens, homossexuais, com ou sem o consentimento do cônjuge, levantando questões de filiação e implicações do direito da família, bem como o destino dos embriões excedentes ou **a ténue linha de fronteira com a experimentação**, que se exige uma vez mais, o respeito pela dignidade concretizada da pessoa humana.

Pensemos ainda na experimentação fetal, que o Congresso dos EUA impediu recentemente em laboratórios de estabelecimentos federais até que uma comissão por eles instituída entregasse relatório <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Pode tal constituir uma ameaça à instituição de ordem pública que é o casamento, e ao direito da criança a saber origens. De facto, a FIV pode aniquilar o brocardo *mater semper certa est*.

E o problema da inseminação artificial pode realmente trazer novas questões no que toca a:

- regras jurídicas da paternidade e filiação;
- novas causas de divórcio;
- pôr em causa o núcleo da família;
- criar uma nova categoria de crianças naturais ou adúlteros;
- possibilidade de casamentos entre pais e filhos e irmãos e irmãs que se ignoram.

No direito suíço, cfr. Association Henri Capitant, *Le corps humain et le droit*, ob. cit., p. 160, *Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit suisse*, JEAN GUINAND, faz alusão — p. 166 — ao relatório que Grossen, apresentou à sociedade suíça dos juristas em 1960 — *La protection de la personnalité en droit privé*, publicado na Revue de Droit Suisse, 1960, pp. 1 e ss. — onde defende que a inseminação artificial heteróloga é inadmissível, mesmo em presença do triplo consentimento da mulher, do marido e do dador.

No âmbito do direito canadiano, cfr. *ob. e loc. cit.*, p. 203, *Le corps humain et les actes juridiques en droit canadien*, FRANÇOIS HÉLEINE, em esp. p. 230, a inseminação artificial foi condenada pelo tribunal civil de Bordéus, 25-8-1883, e Lyon, 28-5-1956, sem distinguir marido ou terceiro.

<sup>(37)</sup> A Comissão apresentou em sessão de 26.4.1975, *Panel Calls for end to fetal study ban*, Intercom 1975, vol. 3, n.º 5, pp. 1 e 3. Atentemos ainda no que refere a Constitui-

Quanto à interrupção voluntária de gravidez, distinta do aborto espontâneo, involuntário, parece objecto de consenso o facto de se tratar de crime contra a vida uterina, sendo díspares os entendimentos quanto ao momento a partir do qual tal vida deve ser valorada para o direito. Se a lei determina que a personalidade jurídica começa com o nascimento, a Igreja Católica por exemplo indica a proibição total do aborto desde o momento da concepção, que considera real momento qualificativo, enquanto outras correntes admitem posições intermédias e quantitativamente graduadas da protecção da vida intra-uterina.

Uma ou outra solução impedem no entanto que se fale de um caso de direito sem vítima. Para nós um direito admissível ou não sobre a disposição do corpo implicará sempre neste caso o sacrifício de um ente biológico. Por isso mesmo nos parece que aqui está em causa um direito sobre a disposição do corpo de terceiro e não do próprio, mesmo sem problematizar a intervenção no processo do pai do nascituro.

No modelo anglosaxónico, realçado pelo caso *Roe contra Wade* de 1973, nos EUA, de que em Janeiro do ano passado se comemoraram os 25 anos, ao lado do direito à vida, este direito à intimidade implica recorrer à dignidade como conceito aferidor.

Por outro lado, importa não confundir, na discussão em torno da despenalização da conduta ora em causa, o plano que diz respeito a política criminal e o que respeita à eficácia das previsões legais. A indestrinça conceptual apenas vicia o *iter* argumentativo.

É que esta problemática do corpo humano coloca problemas quanto à determinação do começo e fim da personalidade jurídica — ou seja, o período de tempo durante o qual a pessoa é sujeito de direitos ou deveres <sup>(38)</sup>.

Essencial é também neste âmbito o conceito de morte cerebral — nomeadamente de nado morto com anencefalia —, e de diagnóstico pré-natal. Rejeitando fins de hominicultura, a verdade é que tais procedimentos relevam precisamente por se tratar de definir o momento em que um ser humano que já o é deixa de o ser ou deixa de o ser perfeitamente.

---

ção da República Popular da China, de 4-12-82, no seu artigo 20.º: "O Estado promove o progresso das ciências naturais e sociais, difunde os conhecimentos científicos e técnicos e louva e premeia a investigação científica, bem como as descobertas e inovações tecnológicas".

<sup>(38)</sup> 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.

**11.** Hoje também 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 <sup>(39)</sup>. **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?

**A possível escolha do momento da morte implica igualmente relacionar o direito à vida, à integridade física e à dignidade. O exercício máximo da própria vontade manifesta-se na determinação voluntária sobre o momento da morte.**

Este princípio aplica-se aos transplantes e doações de órgãos *ad vitam e mortis causa*. Nestes últimos casos agrava-se apenas em termos de grau a valoração da capacidade para o consentimento e relevância do mesmo nomeadamente quanto a órgãos vitais, sendo que os principais problemas respeitam à determinação do momento da morte cerebral.

Aliás a consagração de um direito atribuído aos familiares, supostamente fundamentado em conhecimento do falecido sempre haveria de corresponder *a contrario* a mera heterodisposição. A mesma argumentação justifica o modelo do consentimento presumido no caso dos transplantes *mortis causa*.

A protecção do cadáver envolve a obrigação de indemnizar a sua lesão devendo correspondente direito, na ordem natural das coisas, ser adquirido pelo lesado independentemente dos termos de transacção. No momento posterior dá-se uma projecção da protecção jurídica não por ainda ser uma pessoa mas por já o ter sido.

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 <sup>(40)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> JEAN SAVATIER, *Et in hora mortis nostra: le problème des greffes d'organes pré-lévés sur un cadavre*, D. 1968, I, 89.

<sup>(40)</sup> A questão relativa ao suicídio assistido coloca fundamentalmente questões relativas à consciência — liberdade e consciência dos terceiros — assistentes —, ou seja, saber se tem os "suicidas" o direito de exigir ajuda.

Cfr. em *Association Henri Capitant, Le corps humain et le droit*, ob. cit., pp. 105 e ss.: *Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit français*, por JEAN-FRANÇOIS

Já o suicídio assistido é situação distinta porque implica a participação de outrem. Ainda assim, deve ser admitido este desvio ao direito à disposição sobre o próprio corpo, **porque no fundo está em causa não a decisão de como morrer mas de como viver enquanto se morre. E questiona-se se a admitir esta possibilidade não será a classe médica quem deverá tomar realmente a dianteira.**

A *boa morte* é central para afastar a expressão eutanásia involuntária, que por definição supõe uma contradição nos termos.

A distinção entre a acção e a omissão na intervenção médica não devem fazer supor uma alternância entre razão e liberdade. Estas promovem-se estruturantes mesmo sem necessidade de recorrer ao duplo efeito, ou ao estado de necessidade, impossível de aplicar dada a natureza dos bens em causa.

Também, 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 <sup>(41)</sup>, e manifesta-se na legislação sobre investigação científica.

**12. Mas não caímos na tentação de pensar apenas nas mais frequentes temáticas que se equacionam: a vida quotidiana do corpo humano é também suporte banal de convivência com a actividade médica e com as preocupações jurídicas.**

Cada acto médico goza de uma presunção de consentimento supostamente prestado pelo paciente e garantido pelo Código Penal. É que a

VOUIN. O autor acentua que face ao direito francesas as coisas continuam claras: a eutanásia constitui face à legislação protectora do direito à vida, um homicídio que o consentimento da vítima torna insuficiente de justificar.

O autor discorre ainda, a p. 118, sobre as consequências do decreto de 1-9-1939 pelo qual Hitler encarregava o doutor Brandt de conferir a certos médicos o poder de dar a morte às pessoas que nos limites do julgamento humano e, no seguimento de um exame médico aprofundado, teriam sido declaradas incuráveis.

<sup>(41)</sup> 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.**

ausência deste consentimento transformaria qualquer acto médico em efectiva e real violação da integridade física.

Mas já o consentimento — que pressupõe um poder físico, mental <sup>(42)</sup> e um uso livre <sup>(43)</sup> e sério daqueles <sup>(44)</sup> — pode fundamentar a lesão de bens jurídicos do consentente.

Quanto ao consentimento e responsabilidade na relação médico-doente e nas intervenções cirúrgicas, a autonomia técnica do profissional não pode no entanto prestar-se a fins de degradação da dignidade da pessoa humana.

No nosso Código Penal, em resultado das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, para além do artigo 150.º referente a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, lê-se hoje claramente no artigo 149.º que **para o efeito do consentimento a integridade física considera-se livremente disponível, e que para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes se devem tomar em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.**

Constituem-se assim limites **objectivos**, representados pelos princípios fundamentais da indisponibilidade da vida e da saúde.

A ordem pública e os bons costumes — que aqui poderemos sintetizar em termos de moral ou ética socialmente aceite — pode então ser limite mas também fundamento para a disponibilidade de que temos vindo a tratar, balanceando as atitudes para connosco próprios e as atitudes de outros.

É aqui impossível um critério de exterioridade. Se a ética vale como modelo mesmo se contrariada pelos factos, qualquer direito pode igualmente ter acima direitos positivos e naturais porque não há efectivamente direitos absolutos.

Quanto aos **limites subjectivos** — consentimento livremente prestado por alguém considerado capaz e informado — haverá que distinguir intervenções em proveito exclusivo da saúde da pessoa, intervenções em proveito da saúde da pessoa e de interesses exteriores, como saúde colec-

---

<sup>(42)</sup> *Nemo plus juris ad alium transferere potest quam ipse habet* — uma pessoa não pode transferir para outro mais direitos do que os que ele próprio tem.

<sup>(43)</sup> Confira-se a importância do regime e relevância do erro na noção de acto declarativo.

<sup>(44)</sup> O consentimento prestado por menor de 16 anos não é válido para que acto não seja considerado como ofensa sexual de acordo com o Sexual Offences Act de 1956, SS 14 15, e como foi reiterado no Caso R. Vs Woolaston (1872) 26 LT 403.

tiva (vacinas, etc.), intervenções em proveito exclusivo de interesses exteriores (transplantes).

Pense-se por exemplo nos tratamentos sanitários em benefício da saúde da pessoa e da saúde colectiva — doenças e perigos de doenças, infecciosas, contagiosas ou epidémicas que pela sua natureza não se referem apenas à saúde do indivíduo, mas que em potência são aptos a lesar a saúde de um número determinado de pessoas — **o que de certo modo põe a tónica numa obrigação de saúde, mais do que um direito à saúde**. Trata-se de doenças que podem pôr em perigo a saúde pública — tuberculose, sífilis, outras doenças infecciosas ou parasitárias, pondo em perigo a ordem pública ou a segurança pública — toxicomania, alteração psicomental grave, estado manifesto de psicose de agitação, psicose delirante ou alucinário ou psicose confusional.

Pergunta-se por exemplo se a vítima de um acidente ou um doente podem ser obrigados pelo segurador que deve indemnizar ou por um organismo de segurança social, a tratarem-se ou a sofrer uma intervenção cirúrgica com vista a diminuir a incapacidade, ou quais os poderes do Estado em matéria tão concreta com o *dopping*.

O direito à autodeterminação impõe um consentimento **suficiente, o que implica atenção ao padrão subjectivo, concreto e específico** do doente — e não a um mero critério normativo —, para cada acto médico mesmo nos casos em que o interesse público determina a obrigatoriedade — como no caso da vacinação.

*The doctor's duty arises from his patient's rights*, refere SIMON LEE, que defende, **duvidosamente para nós**, que o médico só tem obrigação de responder às perguntas que lhe forem formuladas, mas que deve ter em conta que o consentimento informado envolve mais do que o mero conhecimento de riscos, e que o consentimento há-de ser voluntário.

O consentimento deve ser visto **como um processo interactivo e dinâmico, como um** diálogo que há-de culminar na concordância ou anuência do doente à realização de um certo tratamento ou de uma certa intervenção.

E esta pergunta pode fazer-se mesmo se se considerarem "vagas de consentimento", ou seja, situações em que pareça que o consentimento é dado genericamente por toda uma sociedade e que se traduz na consciência jurídica dominante.

**13.** Saber se a disposição sobre o próprio corpo enquanto atitude voluntária do sujeito — a chamada autocolocação em perigo — pode

depois exigir que outrem se arrisque ou responsabilize por tais causas, é outra questão relevante. Trata-se de saber até que ponto é exigível a prestação de cuidados pelos médicos. Mal comparando, pense-se nos praticantes de desportos perigosos como a escalada em montanha que depois exigem a intervenção de pessoal de salvamento especializado que arrisca a sua própria vida. O mesmo exemplo poderia ser dado com os bombeiros nalguns casos.

A definição — outrora como doença — da homossexualidade, ou as mutilações, as colheitas e transplantes <sup>(45)</sup>, passando ainda pelos casos em que a liberdade do corpo humano se vê condicionada pelas exigências da segurança e da ordem pública da vida social, como é o caso dos alienados colocados em estabelecimentos pela família ou dos alcoólicos, ou por exigências da protecção da saúde com a prevenção de ameaças à saúde — os exames de saúde, as vacinas, a obrigação de receber cuidados por causa do contágio, principalmente doenças venéreas — são mais casos em que a medicina se limita no direito.

Pensem ainda na experimentação ou nos ensaios de novos fármacos — de que falaremos a propósito dos limites impostos pelo Código Deontológico.

**14.** Permita-se que se refiram rapidamente dois casos exemplificativos e pouco estudados de relação clara entre a medicina e o direito.

O primeiro é o 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.

É para o direito matéria essencial para a determinação do sexo e estado da pessoa, com consequências compreensíveis quanto ao regime do casamento e filiação.

As operações cirúrgicas neste âmbito — quer de reconstrução da vagina quer de implantação do órgão genital masculino — implicam um diagnóstico cuidado e restrito, em homenagem ao próprio respeito pelo pretendente transsexual.

Tomaremos este exemplo para análise, porque pouco tratado usualmente. **Questiona-se aqui se uma eventual intervenção cirúrgica ainda**

---

<sup>(45)</sup> Quanto à colheita *ex vivo* vigora o princípio de que ao consentimento se não pode substituir autoridade legítima, ordem da lei ou legítima defesa. Mesmo depois de morto vigora uma soberania póstuma, no sentido em que não pode haver colheita se se souber de recusa.

**pode ser abarcada pelo sentido etimológico de cura — assim como sucede com as operações estéticas** <sup>(46)</sup>.

Qual a relevância de tal discussão? É que apenas as intervenções que têm aquele objectivo estão legitimadas pelo consentimento que o Código Penal presume que é dado pelos pacientes.

Ora o interesse do doente pode ser psicológico como físico, a sua saúde moral como corporal. Sempre foi admitido que no exercício normal da sua arte, para o médico e o cirurgião não importa nenhuma responsabilidade penal, desde que as ofensas à integridade física dos seus doentes estejam compreendidas no tratamento que aplicam no objectivo de os aliviar ou de curar a doença, mesmo se o resultado procurado seja problemático.

Do ponto de vista penal, a impunidade devida ao exercício de um direito cessa assim que este exercício se torne abusivo já que o abuso de direito é uma fonte de responsabilidade. É na apreciação do fim terapêutico que as divergências podem ser mais vivas. de acordo com o n.º 1 do artigo 55.º do projecto de Código Deontológico da Ordem dos Médicos, publicado na revista da Ordem dos Médicos n.º 3/85, é proibida a mudança do sexo em **pessoas morfologicamente normais**. Ora este inciso desde logo nos faz questionar o conceito.

O artigo 316.º do CP francês por exemplo assimila a operação de conversão sexual ao crime de castração. Apesar da condenação repetida e inequívoca da jurisprudência francesa, NERSON tem-se perguntado se em certos casos de transsexualismo, o desequilíbrio psíquico não seria suficientemente grave para justificar uma operação, não reveladora do sexo real mas criadora de um sexo artificial <sup>(47)</sup>. A resposta a esta questão parece ser afirmativa no Canadá, onde no entanto os médicos insistem na fase preparatória do tratamento.

No direito inglês, rege hoje o *Human Fertilisation and Embriology Act 1990*, depois do caso **Corbett contra Corbett** decidido em 1971, quanto a um homem biológico que fez uma operação para mudar de sexo, tornou-se mulher — April Ashley — e casou mais tarde em Gibraltar com um

---

<sup>(46)</sup> ANTÓNIO CHAVES, *Direito à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilizações e operações cirúrgicas para "mudança de sexo". Direito ao cadáver e a partes do mesmo*, *Revista de Direito Civil, imobiliário agrário e empresarial*, vol. I, s/d.

<sup>(47)</sup> ROGER NERSON, *État civil, rectification de l'acte de naissance: changement de sexe*, 1974, 73. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 801, esp. p. 802.

homem. A nulidade deste casamento foi mais tarde pedida em Inglaterra (48).

O regulamento do Collège des Médecins et Chirurgiens de la Province du Québec também precisa por exemplo que o médico deve assegurar que o doente "recebeu as explicações úteis sobre a natureza, o fim e as consequências possíveis da investigação ou do tratamento". O referido caso *COBBERT*, é um exemplo de fórmula de consentimento que mostra a preocupação do cirurgião de mostrar que o doente estava bem informado — "*I (...) of (...) do consent to undergo the removal of the male genital organs and fashioning of an artificial vagina as explained to me by (...). I understand it will not alter my male sex and that it is being done to prevent deterioration in my mental health*" — *Corbett contra Corbett*, 1971, P. 83, p. 98.

15. Mas pense-se ainda num segundo caso, pouco também referido, e que documenta as relações entre o direito à autodeterminação pessoal e a medicina.

**No caso das greves de fome, por exemplo, em causa está um círculo de liberdade da pessoa, e saber se pode aquela facticamente dispor sobre a sua própria morte como manifestação do *agere licere*, na medida em que a privação da via própria ou a aceitação da própria morte é um acto não proibido por lei.** O problema está em determinar se essa manifestação de liberdade pode qualificar-se como direito subjectivo que implique a possibilidade de mobilizar o apoio do poder público para vencer a resistência que se oponha à vontade de morrer.

O bem estar físico pode ser validamente utilizado como meio de pressão mas ordenamento pode dar só uma permissão fraca, o que significa que

---

(48) Em França, uma decisão da Cour d' Appel de Paris rejeitava a acção de "reclamação de sexo", tendente a uma modificação do acto de estado civil intentada por um transsexual operado em Marrocos — *vide* Paris, 18-1-74, D. 1974, 76, em esp. as conclusões do advogado geral Granjon, Comentário de ROGER NERSON (1974) 73, *Rev. Trim. Dr. Civil*, p. 801. Resulta claramente das conclusões do advogado geral Granjon que uma tal operação deva ser considerada como uma mutilação reprimida pelo direito penal. Na Bélgica, pelo contrário, foi julgado que a operação cirúrgica no mesmo domínio não importaria responsabilidade médica senão em caso de falta do médico. — Trib. corr. Bruxelles, 27-9-1969, Pas. 1969, III, 115.

Se o tratamento teve causa terapêutica, a Cour de Cassation francesa considera que o princípio do respeito devido à vida privada justifica que o estado civil desta pessoa indique o sexo de que tem a aparência e que o princípio da indisponibilidade do estado das pessoas não seja obstáculo a essa modificação.

apenas autoriza essa utilização até certo limite de risco mesmo para o próprio, que corresponderia à altura em que o sujeito já não pode validamente tomar uma decisão ou revogar uma decisão anteriormente firmada.

Esta questão colocou-se com particular acuidade em Espanha durante o ano de 1990, por causa de diversos membros do GRAPO <sup>(49)</sup>

Em tese pode admitir-se o respeito absoluto da livre decisão do recluso que voluntariamente se submete a essa situação de carência, com independência da situação física em que se encontre, mesmo quando tenha perdido a consciência. Foi esta a posição do Reino Unido quanto a presos do IRA, que carece de apoio em Espanha, se bem que a Providencia do Tribunal de Vigilancia Penitenciaria n.º 2 de Madrid de 5 de Janeiro de 1990 e o auto do mesmo órgão de 25 de Janeiro do mesmo ano, tenham estabelecido o critério da não intervenção se esta supuser o emprego de força física.

**Outra possibilidade é a da intervenção médico-penitenciária desde o momento em que, como consequência da inanição prolongada, surge para o recluso um sério perigo para a saúde, sem esperar que perca a consciência, ou mesmo sem esperar que se apresente uma situação de dano persistente para a sua integridade,** como estabeleceram os autos de 3 de Janeiro de 1990, do Tribunal de Vigilancia Penitenciaria de Guadalajara e o de 2 de Fevereiro do mesmo ano, da Audiência provincial da mesma província.

Outra solução, extrema num outro sentido, é a da intervenção da administração penitenciária apenas no momento em que o recluso tenha perdido a consciência como consequência de avançada deterioração física e psíquica, com a qual já não pode decidir por si mesmo.

**Este critério da perda de consciência como momento legitimador — que se não aparta do que alguns defendem no âmbito da eutanásia — da intervenção forçosa é o recolhido na maioria da resoluções judiciais que tentaram resolver o problema dos GRAPO, assim como pela doutrina que analisou a questão <sup>(50)</sup>.**

<sup>(49)</sup> Sentenças TC 120/90 de 27 de Junho, 137/90 de 19 de Julho, 11/91 de 17 de Janeiro, e 67/91 de 22 de Março, do TC espanhol.

Cfr. MILANS DEL BOSCH, *Relevancia juridico-constitucional y penal de la huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, *Actualidad Penal*, n.º 8, año 1991, pp. 101 e 102.

Recordem-se recentemente as greves de fome que na Turquia resultaram em mortes.

<sup>(50)</sup> J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal omisiva de los funcionarios penitenciarios por lesiones de bienes jurídicos de los internos*, em *Centre D'Estudis i Formació*, 1988.

Ainda LUZÓN PEÑA, *Estado de necesidad e intervención médica (o funcional o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión, algunas tesis*,

Tais resoluções judiciais aceitaram a intervenção, aliás nos casos de falta de consentimento ou de vícios da vontade, quando o recluso entra em situação de inconsciência, existindo a partir de então uma espécie de vontade presumida a que não se pode dar valor suficiente que impeça a intervenção médica. O mesmo é aceite quando o recluso antes de chegar a esta situação, tivesse manifestado expressa e firmemente a sua vontade de se manter nessa situação até às últimas consequências, já que ao perder a consciência perde a possibilidade de mudar de opinião.

Igual critério se encontra nas normas reguladoras da actividade médica entre nós: o artigo 57.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos publicado na Revista da Ordem dos Médicos n.º 3/85, prevê que em caso de greve de fome o médico deve abster-se de tomar iniciativas coercivas de alimentação mesmo que perante perigo iminente da vida. Esta previsão pressupõe a verificação médica — confirmada por outro médico estranho à instituição prisional — de que o preso ou detido está em condições de compreender as consequências da sua opção.

16. Escolheram-se estes dois exemplos por serem pouco referidos pela literatura especializada e porque parecem poder provar aquilo que se pretendia. Que são múltiplos os condicionamentos que a actividade médica encontra no direito. E que estes condicionamentos se não limitam aos que suscitam as polémicas da moda — a procriação medicamente assistida, o aborto, os transplantes e doação de órgãos, a eutanásia, a tão falada bioética ou biodireito.

Numa fórmula lapidar de um autor francês, *é indispensável que o direito tome conta das coisas que saem dos laboratórios em busca de regulamentação*, pela consideração do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio de indisponibilidade da **pessoa** humana, deixa na sombra o corpo enquanto tal. O corpo, mesmo entendido enquanto *coisa*, para o Direito, não está "no comércio" — ou seja, não pode ser transaccionado. Ora isto implica questionar não só as relações comerciais remuneradas mas também o comércio jurídico, ou seja qualquer circulação ou troca mesmo gratuita; desde que uma coisa está fora do comércio, ela não pode ser cedida, mesmo gratuitamente — daí a relevância da proibição do comércio de órgãos —, porque escapa ao domínio ou império da vontade.

---

*Rev. de Estudos Penitenciarios*, n.º 238, año 1987, e GOMARIZ I PARRA, *ob. cit.*, p. 908. De igual modo C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal*, I, Bosch, 1981, p. 288.

É que, como acentuava em 12-5-86, o então ministro MÁRIO RAPOSO, no acto de posse da Comissão para o Enquadramento das Novas Tecnologias, não pode ser deixada apenas à sensibilidade ou às apetências dos ministros a procura dos **problemas que hoje se põem à consciência dos homens e à ciência do direito, e para os quais a sociedade e o Estado esperam respostas normativas**. Uma **aproximação criativa do direito** parece mais imperiosa nos nossos dias do que alguma vez foi <sup>(51)</sup>. Por outro lado, mais do que à tutela e garantia dos direitos que existem, importa estar atento à mutação dos valores.

É que o corpo humano não ocupa um lugar particular no direito senão por intermédio de um conceito abstracto, o de pessoa. Ora se o Direito reconhece um espaço reservado à pessoa, é o corpo humano que serve de suporte a esta. De onde lhe vem o seu lugar no Direito.

**É o Homem na sua total e inalienável dignidade que está em causa.**

---

<sup>(51)</sup> Cfr. ROBERT A. KOCIS, *Reason, development and the conflicts of human ends, Sir Isaiah Berlin's vision of politics*, in The American Political Science Review, vol. 74, Março 80, pp. 38 a 52.