

A PRÓPRIA VIDA COMO DANO? **– dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite – ***

Manuel A. Carneiro da Frada**

Oliveira Ascensão ergue-se como um dos vultos mais marcantes da vida jurídica portuguesa das últimas décadas. A vastidão das áreas a que dedicou o seu labor, a inteligência fulgurante, precisa e clara com que as iluminou e renovou, a capacidade inventiva que alargou sucessivamente, nelas, sem se prestar a tributos doutrinários, as fronteiras do saber, a irrequietude de um espírito jovem que se colocou sempre na vanguarda dos problemas jurídicos suscitados pela evolução social, ávido de para eles encontrar ciência e resposta, constituem outros tantos timbres de uma personalidade excepcional. Se a estes fatores unirmos as qualidades do universitário exigente e firme, totalmente identificado com a sua missão, independente e disposto a pagar os preços da liberdade, teremos em traços muito resumidos descrito um carácter raro, uma vida muito fecunda e um obreiro principalíssimo da dignificação da sua escola e do prestígio de que ela hoje, merecidamente, goza.

A este professor em plenitude que, como também nós, amou a Faculdade de Direito de Lisboa, ao ponto de, no dia da sua última participação no Conselho Científico ter dito, singelamente, de si mesmo – com uma verdade de que damos

* Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e na Universidade Católica Portuguesa.

** O presente texto desenvolve uma intervenção do autor sobre o tema, em língua alemã, nas jornadas sobre “Direitos Fundamentais e Direito Privado” que, organizadas por Jörg Neuner e presididas por Claus-Wilhelm Canaris, tiveram lugar na Fraueninsel, Chiemsee (Baviera), de 3 a 5 de agosto de 2006.

mos testemunho – que na vida “foi isso, foi só isso, e foi tudo isso”, dedicamos simbolicamente, com gratidão e apreço, um estudo que pretende lembrar o quanto, no pensamento eclético de Oliveira Ascensão, o Direito se orienta por valores e o saber jurídico encontra o seu ápice no reconhecimento e na realização da dignidade da pessoa humana.

Dá-lo à estampa na nossa Revista significa a justa homenagem ao ilustre membro da sua Comissão de Redação e um dos seus mais conceituados colaboradores.

Sumário: 1. Introdução. 1.1. O problema. 1.2. Sobre o estado actual da questão no espaço jurídico português. 2. Perspectivas jurídico-civis do tema. 2.1. As exigências de direito comum. 2.2. A necessidade dogmática de uma destrição entre a vida e a deficiência como dano. 3. Tópicos para uma leitura jurídico-constitucional do tema. 4. Consideração final.

1 Introdução

1.1 O problema

A temática da “vida enquanto dano” conduz à pergunta de saber se uma pessoa que sinta a sua vida como dano pode deduzir uma pretensão indemnizatória contra outrem com o fundamento de que alguém foi responsável por essa vida tida como prejuízo.

São especialmente discutidos os casos em que uma criança gravemente deficiente (representada pelos seus pais) acciona o médico que assistiu a mãe durante a gravidez, pretendendo que o médico omitiu aos pais a informação acerca da sua deficiência e, com isso, impediu a mãe da realização de um aborto da sua pessoa.

É certo que o médico não se apresenta responsável pela implantação da deficiência, que surge normalmente logo desde o início da vida pré-natal. No entanto, a omissão do esclarecimento sobre essa deficiência é tida como ilícita. O comportamento alternativo lícito do médico teria evitado o nascimento e, deste modo, a vida gravemente deficiente.

A vida (ou o nascimento) é aqui considerada um dano, o que se exprime nas fórmulas conhecidas *wrongful life e wrongful birth*.

Esta problemática encontra-se hoje estendida. Em diversos países foi já objecto de apreciação pelos tribunais. Na maior parte dos casos, os juízes nega-

ram à criança deficiente a indenização pretendida, embora se encontrem também decisões que conferiram aos pais uma indenização contra o médico pelo prejuízo dos encargos económicos que a vida deficiente do próprio filho lhes trouxe.¹

Estamos, portanto, perante uma questão diametralmente oposta àquela da conhecida pergunta de saber se alguém, representado pelos seus sucessores, pode invocar a sua própria morte como dano. Este último problema foi discutido fortemente em Portugal. Nos casos presentes, porém, não se nos depara o “dano morte”, mas o que pode chamar-se o “dano vida”.

A responsabilidade civil é normalmente invocada como forma de proteção da vida e da sua qualidade contra lesões físicas. Poderá, porém, ser chamada a intervir para tutelar um (suposto) interesse na morte? Intui-se facilmente que nos encontramos perante uma questão-limite, que convoca derradeiramente o sentido do Direito.

O dano da vida em si mesma é o objeto exclusivo das considerações que se seguem. Ele precisa de ser destrinchado do problema das lesões que podem atingir a criança na fase pré-natal e das suas consequências; por exemplo, nos casos de ingestão de medicamentos defeituosos pela mãe, ou de acidentes de viação, de maus tratos ou de deficientes práticas médicas que a atingiram. Aqui, coloca-se a questão de saber se uma deficiência resultante dessa lesão pode constituir um dano indemnizável. Ali, é a própria vida que é tida como dano.

Ora, estes prejuízos (resultantes da lesão ocorrida na fase intra-uterina da vida do sujeito) são ressarcíveis entre nós. No entanto, discute-se como justificar esse resultado, aceite por um grande número de juristas: na verdade, o art. 66, nº 1, do Código Civil, estabelece que a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida.

A solução metodologicamente correta da questão passa por admitir uma insuficiência na proteção civil da vida pré-natal, resultante da contemporânea multiplicação de perigos de dano a essa vida pré-natal. Trata-se em larga medida de uma lacuna superveniente, pois essa multiplicação representa um corolário dos avanços da ciência médica e das possibilidades da tecnologia no domínio da chamada, bioética“, que o legislador de 1966 não podia antecipar convenientemente. A lacuna pode ser preenchida com auxílio das regras da integração, abrindo-se espaço para um legítimo desenvolvimento do Direito através da jurisprudência. Para o efeito são relevantes, como critérios, um imperativo de proteção no tráfico jurídico, a natureza das coisas e o autónomo valor do ser humano perante o Direito.

¹ Alguns dados de direito comparado podem encontrar-se, por exemplo, em EDUARD PICKER, *Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben/“Wrongful life”*, Tübingen, 6 ss., 130 ss., 1995.

A doutrina dominante entre nós admite realmente uma extensão da proteção da vida humana que se estende, no limite, até ao momento da concepção.² Ora, o reconhecimento da personalidade ao nascituro constitui, de fato, uma condição para a concessão de uma pretensão indenizatória à criança por lesões na sua integridade física perpetradas antes do nascimento (por exemplo no campo da responsabilidade médica ou medicamentosa).³

Creemos que é possível harmonizar esta posição com o art. 66, n^o 1 do Código Civil.⁴ A letra deste preceito apenas indica que a personalidade jurídica se adquire com o nascimento completo e com vida. Ao contrário do que comumente é pressuposto, não faz textualmente do nascimento, para esse efeito, uma condição necessária. Assim, embora deste modo se fixe, como regra, que o momento da aquisição da personalidade é o do nascimento, não fica impedida a demonstração da existência de uma vida humana, apesar de não ter ocorrido um nascimento. A diferença está no esforço necessário para cumprir o ónus da prova: com o nascimento a existência de uma vida humana e, assim, de uma pessoa, torna-se evidente. Antes do nascimento, esse fato carece de ser provado, porque na fase pré-natal a vida humana não é socialmente reconhecível, ou só o é limitadamente ou em determinadas condições. Se não houve nascimento, o interessado deve portanto demonstrar que um novo ser havia sido concebido. Torna-se necessário um específico investimento probatório.

A interpretação proposta do art. 66, n^o 1, restringe desta forma o seu âmbito regulativo face àquilo que apenas se apresenta como textualmente possível, mas não necessário nem imposto por esse mesmo texto. Abrindo-se assim

² Cf., representativamente, OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito Civil. Teoria Geral*, I, 2. ed. Coimbra: 48 ss., 2000; MENEZES CORDEIRO. *Tratado de Direito Civil português*, I/III. Coimbra: 257 ss., 2004. Com um acento diferente, mas pugnando pelo mesmo resultado, C. A. MOTA PINTO. *Teoria geral do Direito Civil*, 4. ed. (a cargo de A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto). Coimbra, 202 ss., 2005. Na civilística, destaque-se também DIOGO LEITE DE CAMPOS. O estatuto jurídico do nascituro. In: *Nós/Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra, 75 ss., 2004.

Um aprofundamento jurídico-filosófico do estatuto pré-natal da pessoa encontra-se em MÁRIO BIGOTTE CHORÃO. *Pessoa humana, direito e política*. Lisboa, 401 ss., 2006. Vejam-se nessa obra os seguintes estudos: “O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito”, “Direito e inovações biotecnológicas (A pessoa como questão crucial do biodireito)”, “Concepção realista da personalidade jurídica do estatuto do nascituro” e “Bioética, pessoa e direito (para uma recapitulação do estatuto do embrião humano)”.

³ Desenvolvidamente o nosso estudo O nascimento com deficiência/Sobre o estatuto jurídico do embrião. In: *Estudos em homenagem a Mário Emilio Bigotte Chorão* (a aguardar publicação).

⁴ Todos os preceitos sem indicação de proveniência pertencem ao Código Civil, exceto quando do contexto resultar outra fonte.

espaço para a tutela do nascituro já concebido. O art. 66, nº 1, experimenta no fundo uma explicitação de sentido⁵ resultante da necessidade de colmatar um *deficit* de proteção da vida intrauterina.

Interessam-nos porém agora as deficiências originárias, ou seja, aquelas doenças ou malformações que afetam a criança desde o início da sua concepção. Estas não resultam de uma deterioração qualitativa de uma vida que se possa dizer ter sido anteriormente isenta de deficiência. Para o surgimento de tais limitações não contribuiu qualquer comportamento humano posterior à concepção.

Embora o nascimento com estas deficiências seja, nos casos paradigmáticos que consideramos, imputado tipicamente ao médico – ao qual se censura a conduta de não ter prestado uma informação sobre a deficiência que poderia ter levado ao impedir do nascimento mediante a prática de um aborto –, deve naturalmente começar por se perguntar quais os termos e as condições para uma pretensão da criança contra o seu pai ou a sua mãe pela vida deficiente. Por exemplo, porque foi contaminada com sida aquando da sua concepção.⁶

⁵ Explicitação que é modificativa do sentido predominantemente atribuído pela doutrina à disposição num momento inicial.

⁶ O tema é complexo. Importa saber se e em que termos a procriação é, nestes casos, para o Direito, ilícita e, a sê-lo, se e quando pode ser considerada não culpável.

Há depois as hipóteses em que a deficiência originária (desde a concepção) deriva da conduta de terceiros, como ocorre, *v. g.*, se médicos ou enfermeiras ministram a alguém sangue contaminado com HIV, dessa forma ocasionando o contágio de um filho que essa pessoa venha a ter. Nestes casos impõe-se certamente a responsabilidade desses sujeitos pela deficiência causada. (Por razões que se explicarão *infra*, em texto, em torno do caso-tipo que elegemos, é esse o dano a indemnizar – a deficiência –, e não propriamente a “vida” do concebido com deficiência.) A dúvida concentra-se em como justificar a obrigação de indemnizar. Na verdade, se a deficiência afeta o sujeito desde a concepção, não parece poder dizer-se ter havido a violação de um direito de outrem (a integridade física) para efeito do art. 483, nº 1. Não existindo disposição de proteção alguma que cubra este tipo de situações, a solução passa por admitir a existência de deveres sem sujeito ativo que impendem sobre os causadores do contágio de que resultou a deficiência congénita de um terceiro desde a concepção. O dever existia – de cuidado, de prevenção – destinado a acautelar interesses de sujeitos futuros, mas ainda não existentes. Teremos, portanto, aparentemente de admitir deveres sem sujeito, para tutela de interesses futuros (no exemplo do sangue contaminado, interesses homogêneos de pessoas indeterminadas futuras): deveres “absolutos”, claramente incompatíveis com a categoria da relação jurídica. Esta construção parece ser necessária para a afirmação da responsabilidade. Mas ela rompe com os quadros comuns da responsabilidade aquiliana, construída em torno da proteção de direitos titulados por um sujeito (art. 483, nº 1). Com efeito, o fulcro será agora constituído por deveres (independentes de lei e fora, portanto, do âmbito das disposições de proteção) destinados a proteger interesses (homogêneos) de (um número indeterminado de) sujeitos futuros.

Nada, de resto, que possa estranhar-se, se nos precataremos do progressivo crescimento de vinculações intergeracionais (para o futuro), por exemplo, na sensível área da proteção do ambiente. Cremos que a incidência dos deveres de que falamos requer a ultrapassagem de uma tutela delictual construída como proteção jussubjectiva individual e concreta, tutela essa que subjaz ao art. 483, nº 1. Deve antes, essa tutela, centrar-se em que a pessoa – por ser pessoa – tem “direito a certos bens jurídicos”, como o direito a uma concepção saudável ou normal: de acordo com esta mudança de perspectiva deixará de exigir-se a atribuição concreta e individual prévia de um certo bem – através de um direito subjectivo – ao sujeito a proteger.

Em qualquer caso, esta problemática é apropriada para aprofundar a discussão em torno da coordenação entre o direito privado e o direito constitucional. Na verdade, o presente tema, embora tenha em si natureza privatística, conduz à questão de saber em que medida a proteção constitucional da vida proporciona ou indica uma solução para os casos abrangidos.

As considerações seguintes pretendem, assim, representar também um incentivo para uma compreensão melhorada da importância da Constituição e dos direitos fundamentais para o direito privado.

1.2 Sobre o estado actual da questão no espaço jurídico português

Em Portugal, o problema apresentado não foi ainda objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional. Talvez por isso não tenha merecido até hoje um tratamento aprofundado do ponto de vista do direito constitucional e dos direitos fundamentais.

De todo o modo, o Supremo Tribunal de Justiça teve já de esclarecer juridicamente a seguinte situação:⁷

André Filipe, uma criança com deficiências num dos braços e nas pernas, representado pelos seus pais, intentou uma ação judicial contra um médico e uma clínica radiológica alegando um comportamento negligente destes aquando da realização de exames ecográficos à gravidez de sua mãe. Estes teriam omitido informação sobre a anomalia do feto, pelo que haveria sido retirada à mãe a possibilidade de realização de um aborto. A vida deficiente que acabou por resultar desta conduta e de que é portador seria um dano.

O tribunal indeferiu o pedido.

Recordem-se brevemente algumas das passagens e fundamentações da sentença.

O Supremo Tribunal de Justiça começou por dizer que os deveres do médico não visam assegurar um direito do filho a ser “abortado”, caso se detectasse

De acordo com isto, pode equacionar-se um “direito” da pessoa à “normalidade” e dizer-se que esse “direito” poderá estar implicado pela sua tutela (considere-se entre nós a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana). Esse “direito” poderá mesmo ser erigido a direito fundamental, mas, atenta a sua amplitude, não parece ser de conceber estreitamente nos moldes de um direito subjectivo (privado) titulado por alguém.

Uma última nota: os deveres de que atrás falamos (assegurando, *v. g.*, o tal “direito à normalidade”) incidem sobre a conduta do agente antes mesmo de estar concebido aquele que por eles se destina a ser protegido. Não está por conseguinte em causa o mero problema de saber se uma lesão pode ocorrer, nestes casos de malformações “concepcionais”, por falta de um sujeito titular do bem jurídico atingido. (Quanto a este ponto, teremos aparentemente uma nova versão da recorrente problemática, em Direito, do “segundo lógico”: um segundo depois da concepção haverá possibilidade de lesão).

⁷ Cf. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.6.2001. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, 371 ss., 2001/2002.

uma deficiência. Considerou que o problema perante ele posto se concentra na questão de saber se a criança tem um direito a não existir. Observou a este propósito o tribunal:

O direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular do direito o respeite e, dado o carácter supremo que a nossa ordem jurídica atribui ao bem da vida, não reconhece ao próprio titular qualquer direito dirigido à eliminação da própria vida [...].

Mesmo que fosse de afirmar um direito da criança à não-existência, esse direito não poderia ser exercido pelos seus pais em sua representação. Apenas a criança poderia eventualmente fazê-lo, após atingir a maioridade. Além disso, foi recordado que os tribunais não estão em condições de julgar se seria mais vantajoso, perante uma deficiência, não existir do que existir.⁸

Esta decisão foi aplaudida e objeto de escritos concordantes.⁹

Uma importante anotação de A. Pinto Monteiro sublinhou e desenvolveu alguns argumentos presentes na sentença, como a insusceptibilidade de representação pelos pais em ações deste tipo, o perigo de uma inundação dos tribunais por pretensões dos filhos contra os pais com fundamento em *wrongful life*, a colisão entre interesses dos pais e interesses dos filhos, a questão da susceptibilidade de a vida constituir um dano, a indeterminabilidade do valor da vida e a ultrapassagem do âmbito e limites próprios do direito da reparação dos danos.¹⁰

Algumas tomadas de posição vieram entretanto salientar que nestes casos os médicos teriam agido de modo ilícito e deveriam por isso ser responsabilizados. Outros pretendem distinguir entre a posição da criança e a dos pais: defendendo uma pretensão indenizatória dos pais contra o médico destinada a cobrir os encargos financeiros que ficaram a ter de suportar em consequência da deficiência do filho.¹¹

A questão não colhe hoje, portanto, unanimidade.

⁸ Cf. as correspondentes passagens da sentença no loc. cit., 376 ss.

⁹ Cf. entre os escritos que se lhe referem, por exemplo, MENEZES CORDEIRO. *Tratado I/III*, cit., 287 ss.; FERNANDO PINTO MONTEIRO. Direito à não existência, direito a não nascer. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, II (A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil., Coimbra: 131 ss., 2006.

¹⁰ Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.6.2001 (Direito a não nascer?). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, cit., ano 134, 377 ss., 2001/2002.

¹¹ Cf., por exemplo, FERNANDO ARAÚJO. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: 96 ss., 1999; ANDRÉ DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: 389 ss., 2004; VANESSA CARDOSO OLIVEIRA. *Wrongful life action – Comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001*. In: *Lex Medicinæ/Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 1, n. 2, 128 ss., 2004.

2 Perspectivas jurídico-civis do tema

2.1 As exigências de direito comum

Creemos, em todo o caso, que a decisão do Supremo Tribunal de Justiça está correta.¹²

Desenvolvendo ou complementando aspectos já presentes na sentença referida, acrescentem-se alguns elementos para uma adequada ponderação do tema no plano do direito privado.

Antes de mais, importa sublinhar que, em situações deste tipo, os deveres de informação do médico não têm como finalidade possibilitar à mãe a prática de um aborto. Prosseguem outros objetivos, à cabeça dos quais a possibilidade de levar a cabo uma adequada terapia da criança. A diligência exigível do médico não pode portanto medir-se em função daquele outro escopo. Na nossa ordem jurídica não existe qualquer “direito” ao aborto. Apenas ocorre que nalguns casos se encontra estabelecida a não punibilidade do aborto.¹³

Nas situações que se consideram não está de qualquer modo em causa um direito da mãe (ou do pai) contra o médico pelo nascimento do filho deficiente, mas do filho. Ora, um interesse hipotético da própria criança com respeito ao seu próprio “aborto” não é juridicamente reconhecido. À sua aceitação opor-se-iam dificuldades jurídicas insuperáveis.

Na realidade, não existe no direito vigente qualquer dever de proceder ao aborto em benefício da criança deficiente. É certo que o aborto terapêutico não é punido. Mas não há nenhuma norma que o imponha ou prescreva. Não podem confundir-se normas que eximem de sanção e normas prescritivas ou impositivas.

Assim, na nossa ordem jurídica não há qualquer dever jurídico de proceder a um aborto terapêutico. Desta forma, não há também qualquer fundamento para, com base no regime penal, responsabilizar civilmente o médico que não procedeu a esse aborto nem adoptou a conduta que a ele teria conduzido.

Com respeito, portanto, ao resultado da *wrongful life* ou do *wrongful birth*, não é possível estabelecer uma ilicitude da conduta do médico, considerando o hipotético interesse em não viver ou em não nascer da criança.

¹² O relator da decisão referida aduziu posteriormente algumas observações sobre o tema: cf. F. PINTO MONTEIRO. *Direito à não existência, direito a não nascer*, cit., 131 ss.

¹³ Assim, literalmente, o art. 142 do Código Penal. Isto induz dogmaticamente a perspectiva de que, nessas situações, a ilicitude permanece.

Tal afigura-se também justo. De fato, não se percebe porque é que o médico haveria de ser responsabilizado perante a criança quando não foi ele próprio que causou “fisicamente” a vida deficiente, tendo-se apenas verificado que não informou os pais da deficiência que onerava essa vida.

Nos nossos casos, a vida deficiente, reitera-se, não radica num qualquer comportamento do médico, mas antes num fato natural (doença, contaminação genética), a que o médico é alheio. A responsabilidade do médico que violou o seu dever de informação quanto a essa deficiência não pode por princípio ser equiparada à responsabilidade do “real” causador da vida deficiente. A responsabilidade deve atingir aquele a quem se tem de atribuir a causa essencial do surgimento do (alegado) prejuízo. Quem apenas não afastou um perigo que ele próprio não ocasionou não lhe pode ser equiparado. A responsabilidade do médico não pode substituir, nem teórica nem praticamente, a responsabilidade dos pais, nem nivelar-se-lhe.¹⁴ Não pode transferir-se para o médico aquilo que corresponde à liberdade reprodutiva dos pais e aos seus riscos próprios.¹⁵

É ilegítimo, por isso, converter o médico em bode expiatório de uma situação que não ocasionou. Seria, de resto, chocante se, do mesmo passo, se quisesse, nestes casos, abrigar os pais da responsabilidade perante o filho gerado com deficiência. Caso o médico respondesse, os pais teriam, por argumento de maioria de razão, de responder também.

Mas mesmo que existisse – o que não se vê como afirmar – um dever do médico perante a criança destinado a garantir-lhe a possibilidade do seu “aborto” em caso de deficiência (congénita), haveria que ultrapassar aqui uma dificuldade suplementar. Como a experiência demonstra de forma abundante, é, em muitos casos, extremamente inseguro admitir que a mãe teria efetivamente realizado um aborto na sequência da informação recebida. De modo realista, este é um campo de causalidades demasiado difusas e incertas (tópico: *perte de chance*). Na maior parte das situações não será provavelmente possível demonstrar, com suficiente segurança, essa sequência causal.¹⁶

¹⁴ Noutro sentido, se bem se vê, GUILHERME DE OLIVEIRA. O direito de diagnóstico pré-natal. In: *Temas de direito da medicina*. Coimbra: 214 ss., 1999.

O direito não se contenta nas *wrongful life actions* com uma (difusa) causalidade indirecta. A causalidade entre o *factum* desencadeador da responsabilidade e o dano é de carácter normativo, e aí se inclui um nexo de ilicitude.

¹⁵ A liberdade reprodutiva é uma faculdade humana que corresponde juridicamente a uma permissão genérica de agir. Mesmo se configurada como direito à procriação, o objecto desse direito não pode ser o da procriação de um filho são (como mostra, por exemplo, a regra da ilicitude do aborto por razões de saúde do feto).

¹⁶ Sublinha-o pertinentemente RUTE PEDRO. *A responsabilidade civil do médico* (Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado). Porto: 158 ss., 2005 (não publicado), aduzindo elementos nesse sentido de direito comparado.

Tomamos aqui uma reflexão sugerida pela Doutora Paula Costa e Silva.

Pode portanto concluir-se que as condições para uma pretensão indenizatória da criança contra o médico só dificilmente se poderiam, neste aspecto, verificar, porque poucas vezes se poderia asseverar com certeza que à informação do médico se teria seguido um aborto (cfr. o art. 563).

Claro que estando em causa a responsabilidade do médico perante o filho, o dever do médico com vista a possibilitar um aborto – que se nega – teria de ser um dever no interesse do filho (e não para preservar o interesse da mãe, ou de qualquer outra pessoa, em levar à prática esse aborto). Mas se é assim, surgem dificuldades óbvias. Quem poderia julgar sobre o interesse do filho em viver ou não, na fase da incidência do dever destinado a salvaguardá-lo, posto que ele não é naturalmente capaz de avaliar a situação e tomar uma decisão a seu respeito?¹⁷ Por outro lado, nenhum médico pode fazer um prognóstico minimamente seguro no sentido de uma vontade futura de não viver da criança, sabendo-se que na enorme, esmagadora maioria dos casos, as pessoas nascidas com deficiência sentem e experimentam que a sua vida tem a dignidade necessária para ser vivida.

Repare-se que nem lidamos sequer com a consideração de uma vontade presumida, pois, na fase intra-uterina o sujeito, por definição, não pode auto-avaliar-se do ponto de vista do mérito da sua vida. Por este prisma pode dizer-se que não é concebível um dever do médico destinado a assegurar um aborto da criança deficiente – deste modo tutelando um seu interesse na não-vida –, pela simples razão de que semelhante interesse ou vontade só num futuro (longínquo) se poderia (eventualmente) manifestar. Na realidade, estamos portanto perante uma vontade hipotética, demasiado incerta na sua ocorrência e excessivamente contraditada pelos fatos. De modo algum se pode assentar nela um dever do tipo que criticamos.

Há, no entanto, outras considerações a fazer. Para o tratamento jurídico-civil da nossa problemática interessa igualmente observar que o direito português coloca limites à disposição dos direitos de personalidade. Direitos deste tipo não são susceptíveis de irrestrita possibilidade de disposição. A sua limitação voluntária (e, *a fortiori*, a sua disposição) não é permitida, se se apresentar contrária à ordem pública. Mesmo que essa fronteira não tenha sido ultrapassada, a anterior limitação voluntária do direito de personalidade pode sempre ser livremente revogada (cfr. o art. 81 e o art. 340, respeitante ao consentimento do lesado). Considerando estas normas, a eutanásia é tida, normalmente, como ilícita (no direito privado).

¹⁷ Tomamos aqui uma reflexão sugerida pela Doutora Paula Costa e Silva.

Mas o próprio art. 69 do Código Civil proporciona uma directriz lapidar nesse sentido. Ao proclamar que ninguém pode renunciar, no todo ou em parte, à sua capacidade jurídica (de gozo), está evidentemente a afirmar também que ninguém pode abdicar da personalidade jurídica que a suporta e com ela está indissociavelmente ligada.

Quando a nossa ordem jurídica confere uma proteção deste género à personalidade, mesmo perante actos de disposição do sujeito seu titular susceptíveis de a afectar, é consequente que a vida própria (num certo sentido, o objecto do mais fundamental dos direitos de personalidade) não possa ser objecto de disposição. Deste modo, a vida é enquanto tal inidónea para constituir um dano. Um conceito de dano que se feche aos elementos normativos atrás referidos da ordem jurídica não é portanto defensável do ponto de vista sistemático.

Se alguém alega um dano para obter uma indenização, quer sempre prevalecer-se da situação que existiria se não tivesse ocorrido o evento conducente à reparação (cfr. o art. 562). Assim, pretender que a vida é um prejuízo corresponde objectivamente a um acto, mental embora, de disposição da própria vida, prevalecer-se de não viver.

São intuitivas as dificuldades ligadas ao ressarcimento deste prejuízo. Se, ocorrido um dano, a indenização tem por escopo, de acordo com a teoria da diferença, colocar o sujeito na situação que existiria se não fosse o evento que conduz à reparação, o sujeito teria de comparar a sua situação actual (de viver) com a situação hipotética de não viver, o que significaria invocar em benefício próprio uma situação em que lhe não assistiria personalidade ou capacidade jurídica capaz de ancorar qualquer pretensão indenizatória.

Uma análise aprofundada conduz aqui à consideração de que existe uma *contradictio* absoluta, portanto uma incompatibilidade, entre o fundamento da pretensão do sujeito a uma indenização – a sua vida, deficiente – e o próprio sentido da pretensão, obter uma quantia em dinheiro.

O sujeito constitui a sua vida, subjectivamente sem valor, em base de uma ação destinada a obter uma quantia em dinheiro da qual quer evidentemente tirar proveito. Há uma inconciliabilidade entre o fundamento da pretensão e o fim do seu reconhecimento. O sujeito declara, explícita ou implicitamente, que a sua vida não tem para ele qualquer valor; pretende porém ao mesmo tempo uma reparação em dinheiro para continuar e desenvolver essa mesma vida.

Repare-se que não falamos da alegação do dano de uma deficiência (que tenha sobrevivendo a uma vida inicialmente sem deficiência, vida essa em si mesma querida). Nos nossos casos, de deficiência originária, é a própria vida que é tida como um dano. Ora, não se pode não querer viver e querer viver ao mesmo tempo.

Pode naturalmente discutir-se o tipo de contradição em presença: provavelmente não se trata tanto de uma *contradictio* de carácter lógico, quanto de uma inconciliabilidade valorativa ou prática. Ela é, em todo o caso, muito profunda.

Leve-se a questão a um ponto crítico: tomando-se a sério a alegação de que a vida própria é um dano, porque é que o titular dessa vida alegadamente sem valor não intenta (ou não há-de poder intentar) contra o médico uma ação destinada a proporcionar-lhe uma morte assistida, por isso que o nosso sistema jurídico se decidiu pelo primado da reconstituição natural (art. 566, nº 1)? Na mesma linha de pensamento, pode perguntar-se porque é que o sujeito não põe termo pelas suas mãos à própria vida para eliminar o dano que diz experimentar, o que corresponderia a uma restauração natural por iniciativa do lesado.

Estas perguntas padecem naturalmente de um *deficit* de realidade, mas não podem deixar de determinar a argumentação jurídica. Pretender que a própria vida é, em si mesma, um dano para com base nisso aceder a uma indenização é, no rigor das coisas, juridicamente inconcebível, porque inconciliável.¹⁸

Claro que se tem de concordar que as formas de eliminação do dano precedentemente referidas seriam inexigíveis. Por isso a ordem jurídica não obriga o titular da vida supostamente sem valor a exercer uma pretensão dirigida à morte assistida. Mas, nos nossos casos, a *contradictio* permanece.

A inexigibilidade referida fundamenta-se no reconhecimento de que a vida humana se mistura com a tendência de conservação do ser humano. A partir desta consideração pode continuar a perguntar-se porque é que deveria então ser aceite uma liberdade de disposição do sujeito sobre a própria vida que a própria realidade desmente quanto à sua seriedade. Porque é que haveria de permitir-se que alguém prescindisse (embora mentalmente) da sua própria vida,¹⁹ levando a sério o seu desejo alegado de não viver (e esquecendo, contrafactivamente, a convicção empírica da força do instinto de conservação)? Tal ocorreria, no final de contas, a expensas de terceiros – do médico ou da mãe –, que de repente teriam de suportar as consequências dessa inexigibilidade e, assim, da (simples) disposição virtual da própria vida pelo sujeito.²⁰

¹⁸ Não se trata portanto (apenas) de dizer que, através da ação de indenização da vida própria como dano, a criança coloca de certo modo em causa, *retroactivamente*, a base sobre a qual assenta a possibilidade mesma da invocação da pretensão (assim, CANARIS. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: 2003, trad. portuguesa de P. Mota Pinto; I. Sarlet de *Grundrechte und Privatrecht/Eine Zwischenbilanz*. Berlin: New York, 96-97, n. 208, 1999, sublinhado nosso). É que, bem mais do que isso, a incongruência projecta-se para o futuro: pretende-se “uma indenização por viver, mas para viver”.

¹⁹ Decorre do art. 562 que o lesado, autor na ação de indenização, compara a sua situação atual com aquela que existiria se não fosse a lesão.

²⁰ Pode de resto dizer-se que a não-existência não pode ser experimentada pelo sujeito, devendo também por isso considerar-se puramente especulativo o seu juízo sobre a sua vida, insusceptível de constituir um dano para efeito de reparação civil (cf. também ÁLVARO DIAS. *Dano corporal/quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*. Coimbra: 500 ss., 2001).

De resto: esta incongruência prática, racional e valorativa entre fundamento e sentido ou fim da pretensão indenizatória pela vida deficiente tem também incidência processual, porque afecta a (necessária) correspondência entre pedido e causa de pedir.

As considerações precedentes permitem descortinar que, onde as acções por vida deficiente não são um expediente, evitado de oportunismo, destinado a obter uma vantagem patrimonial do sujeito à custa do médico, elas se destinam em boa verdade a cobrir necessidades que podem efectivamente existir e ser inclusivamente graves, a impor a atenção da ordem jurídica. Nestes casos, a alegação pelo sujeito de que a vida própria é um dano não deve ser tomada à letra: de fato, ela será para ele apenas uma condição necessária da pretensão de imputar ao médico a cobertura das necessidades que experimenta enquanto deficiente. Ultrapassa-se porém, com isso, o tema da vida em si mesma como dano. Nesta medida – avance-se desde já – a vida como dano é um falso problema.²¹

A ordem jurídica não deve evidentemente ignorar as necessidades dos sujeitos deficientes, e cabe seguramente ao jurista encontrar para elas uma resposta adequada. O que todavia se tem de perguntar é se a responsabilidade civil constitui o meio jurídico próprio e adequado para satisfazer escopos que, na realidade, são assistenciais, e isso, à custa do médico. Como ainda se explicitará, a solução jurídica para essas necessidades – que se não podem, reafirma-se, negar nem desprezar – é outra e não passa, em princípio, pela responsabilidade civil.

Porque, tomada, reitera-se, a sério, no seu significado próprio, a alegação de que a vida é, para o sujeito, um dano, ele incorre em contradição ao pretender o ressarcimento dos encargos e despesas derivados da vida deficiente de que é portador. O sujeito não pode escolher arbitrariamente entre as várias consequências de um mesmo evento (supostamente) lesivo de uma posição jurídica sua, de modo a limitar o dano a alguma dessas consequências, abstraindo de outra ou outras, e a evitar em relação a estas o juízo de preferência pela situação hipotética que não existiria se não fosse o referido evento lesivo. Não é possível uma manipulação arbitrária da sequência causal por parte do lesado.²² Não é viável dividir assim a realidade, seleccionando e aceitando certas consequências de um fato, mas não outras.

Concluamos com mais duas observações.

²¹ Inexistente ou residualmente relevante. O problema da deficiência, esse sim, é o relevante e tem de ser devidamente resolvido. *Vide* ainda *infra*.

²² Mostra-o, de resto, classicamente, a *compensatio lucri cum damno*.

Em primeiro lugar tem-se criticado entre nós que a solução maioritariamente aceite do não reconhecimento ao sujeito de uma pretensão indemnizatória por *wrongful life* leva a que a violação do dever de um dever de diligência por parte do médico fica sem consequências.²³

A este argumento – puramente consequencialista – deve contrapor-se que, face ao direito da responsabilidade civil, não é suficiente para fundar uma pretensão indemnizatória que alguém esteja nalguma medida implicado causalmente na produção de um dano.²⁴ O nosso direito da responsabilidade civil não constitui também uma ordem de reação incondicional ou indiscriminada àquilo que possa ser entendido por alguém como dano. São duas opções sábias. A obrigação de indemnizar apenas surge verificados determinados pressupostos, exigindo-se a presença de um dano (em sentido jurídico), de uma ilicitude, de culpa, e de um nexo causal.

Considerando o presente tema, tal significa que uma conduta só conduz à responsabilidade quando se produziu através dela um resultado que merecia a desaprovação do Direito – e face ao qual existia, por isso, para o sujeito um dever de o prevenir que foi infringido –, resultado esse que há-de ter-se verificado na esfera jurídica daquele que se trata de proteger, de modo a, assim, se poder abrir espaço a um dano medido por critérios normativos. A opinião contrária, segundo a qual a irressarcibilidade do dano da vida contra o médico colocaria em causa a função reparatória ou a função preventiva da responsabilidade civil, constitui deste modo uma mera *petitio principii*; o direito da responsabilidade civil tem naturalmente as suas fronteiras.

Também uma instrumentalização do direito da responsabilidade civil para o desempenho de uma pura função compensatória do dano (da própria vida) – por razões “humanitárias” e à custa do médico – parece constituir uma reinterpretação do direito da responsabilidade civil sem apoio na ordem jurídica vigente. Este é e deve permanecer vinculado à *iustitia commutativa* (ou *correctiva*). Ao contrário do direito estatal da segurança social, não tem um escopo assistencial nem persegue finalidades puramente distributivas.²⁵

²³ Cf. FERNANDO ARAÚJO. *A procriação assistida*, op. cit., 100; na mesma linha, ANDRÉ DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente/estudo de direito civil*. Coimbra: 391, 2004.

²⁴ Uma lúcida crítica ao consequencialismo, embora no plano da teoria moral, encontra-se formulada em DAVID S. ODERBERG. *Applied Ethics/A non-consequentialist approach*. Oxford: *passim*, 2000.

²⁵ A susceptibilidade de a vida própria representar um dano defronta por isso obstáculos muito sérios de compreensão à luz da doutrina comum da responsabilidade civil (com opinião diversa, FERNANDO ARAÚJO. *Procriação assistida*, op. cit., 96-100).

Em rigor, não estão apenas em causa os pressupostos no campo da imputação do dano, impregnada do princípio da ilicitude e da culpa,²⁶ mas é o próprio conceito de dano que, como dissemos, se tem de questionar e definir.

Nos casos prefigurados impõe-se distinguir muito bem entre dano e *necessidade*. E a necessidade é dada pela deficiência, não pela vida. A criança deficiente tem certamente necessidade de assistência, mas não experimentou propriamente um dano (em sentido jurídico-normativo). Por isso, deve ser ajudada, não através do direito da responsabilidade civil, mas através dos meios assistenciais, de carácter solidário-distributivo, da segurança social estatal. A sua protecção deve ser efectiva. Todavia, a função do direito da responsabilidade civil carece de ser bem destrinchada da da segurança social.

Em segundo lugar, importa referir que, coerentemente com as considerações anteriores, não se vê bem como, não sendo de reconhecer à criança uma pretensão indemnizatória pela sua vida deficiente, deva ser porém aceite uma pretensão dos pais tendo por base o dano do nascimento ou da vida do filho. O encargo económico que a vida da criança pode trazer consigo tem precisamente essa vida como pressuposto. Mas também aqui importa distinguir entre dano e necessidade. Os pais experimentam uma necessidade que a deficiência do filho lhes traz. A vida do filho em si continua a não ser um prejuízo que eles possam liquidar de terceiro.

Colhem genericamente aqui, com as necessárias adaptações, as razões já aduzidas a propósito da pretensão que o próprio filho pretende fazer valer. De fato: o portador da vida deficiente não pode fazer valer essa vida como dano. Como é que poderiam, pois, fazê-lo os pais?

Reafirma-se: não há-de olvidar-se que também os pais de uma criança deficiente podem experimentar necessidades económicas e devem ter direito a ajudas sociais do Estado. Desse ponto de vista – da perspectiva de uma pretensão assistencial face ao Estado – importa serem apoiados com toda a decisão. Porém, não se descortina como construir uma solução de direito privado para essas necessidades (através de uma pretensão indemnizatória contra o médico). Uma pura justiça distributiva desse género, operando restritamente entre médico e família, é alheia ao sistema jurídico-civil e insusceptível de compatibilização com este. Repetindo e sublinhando: a necessidade dos pais não deve ser confundida com a presença de um dano (para efeitos indenizatórios).

²⁶ A imputação requer, ordinariamente, ilicitude e culpa.

2.2 A necessidade dogmática de uma distinção entre a vida e a deficiência como dano

Decorre do exposto que é crucial distinguir, no âmbito daquilo que às vezes se designa genericamente como a “responsabilidade por uma vida deficiente”, entre o dano da vida propriamente dita e o dano da “deficiência” que essa mesma vida comporta.²⁷ A expressão “vida deficiente” propicia naturalmente confusão entre estes dois tipos de situações tidas como danosas. Mas importa muito evitá-la.

Só o primeiro daqueles prejuízos nos ocupa e é contra a pretensão de ressarcimento desse dano que se dirigiram essencialmente as observações precedentes. Pelo contrário, nada obsta a que o sujeito possa ser ressarcido do dano de uma deficiência que, atingindo a sua vida, poderia ter sido evitada. Quando deduz uma pretensão nesse sentido, o sujeito, se não põe em causa a vida em si mesma (considerando-a um dano em si mesma), não incorre nas contradições práticas e valorativas que acima se apontaram.

Deste modo, as hipóteses que consideramos neste estudo são radicalmente diferentes daquelas em que a pessoa nascida com uma deficiência que poderia ter sido evitada pede uma indenização a quem, dolosa ou negligentemente, a provocou. Pertencem aqui as agressões na fase intra-uterina da vida que causam consequências irreversíveis, de que os casos tristemente célebres da talidomida constituem um expoente.

Mas cabem igualmente neste último grupo hipóteses de deficiência originária. Pense-se no seropositivo desde o momento da concepção devido à contaminação anterior da mãe com sangue infectado. Nesta situação, quando o sujeito intenta, por exemplo, uma ação contra o hospital ou o pessoal médico ou de enfermagem que assistira a mãe, o dano tipicamente invocado por ele é o da sua deficiência, não o da vida em si mesma. Se o prejuízo alegado fosse o da vida, a pretensão incorreria no género de dificuldades que foram previamente apresentadas.

Não se objecte aqui que, mesmo quando não discute a própria vida, o contaminado (irreversivelmente) se quer prevalecer de uma vida que não é nem pode ser, no plano da realidade, a sua (dizendo que a sua vida é especificamente aquela – afectada por uma deficiência – e não outra). É certamente de

²⁷ Neste número de texto, acrescentado à versão inicial do presente estudo, apenas podemos levar pontual e limitadamente em conta impressões de dois profícuos diálogos mantidos com FERNANDO ARAÚJO; PAULO MOTA PINTO (autor, este último, de um estudo sobre *Indenização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida”/“wrongful birth” e “wrongful life”*, entretanto publicado em *Lex Medicinæ*, cit., ano 4, n. 7, 5 ss., 2007; supomos que a distinção a que o texto alude matiza em apreciável medida, embora não dissipe, as discrepâncias entre a nossa perspectiva e a deste autor).

concordar que quando esse sujeito pede uma indenização por uma deficiência que lhe foi causada, ele invoca um padrão – de normalidade da vida humana – que não pode jamais atingir. (Embora pudesse ter sido concebido sem essa deficiência, o fato é que não foi e isso constitui uma marca indelével da sua identidade concreta.) Só que tal não autoriza argumentar a favor da ressarcibilidade da vida humana em si mesma, a pretexto de que neste outro caso haveria também a petição de algo que a realidade concreta não permite hoje nem permite nunca: ser a pessoa diversa do que de fato é.

Há na realidade uma diferença: quando invoca uma vida sem deficiência, o sujeito (contaminado com o sangue infectado) quer ser compensado por ser deficiente (como é). Não contesta a vida em si mesma. Por isso pode coerentemente pretender uma satisfação por uma deficiência que lhe poderia ter sido evitada. Uma satisfação que, do ponto de vista técnico-jurídico, parece requerer a aceitação de deveres anteriores ao surgimento da vida; deveres que visam defender o carácter saudável da vida futura de outrem; deveres, nesse sentido, sem sujeito, absolutos, sem simetria com posições já existentes dos beneficiários ou por esta explicados.

Distintamente no dano “vida”: quem contesta a (sua) vida (em si mesma) com o fito de obter uma indenização não invoca para o efeito o padrão da vida humana normal, saudável, de que quereria usufruir. Pelo contrário: compara a sua vida com a não-vida e alega preferir a não-vida. Isso é que é incongruente e inconciliável com pedir uma indenização (para continuar a viver).

Na responsabilidade civil, o lesado apela sempre a uma situação hipotética que seria para ele mais vantajosa, situação que teria ocorrido não fora o evento que conduz à reparação. Tal não é só por si considerado contrário à realidade, ou criador de uma intolerável confusão entre o mundo virtual e o universo dos fatos e dos seus constrangimentos. Na verdade, a indenização é muitas vezes concedida apesar de ela jamais permitir “corrigir” a realidade.

Assim acontece tipicamente no âmbito de lesões a direitos de personalidade e da compensação dos danos não patrimoniais delas resultantes: a perna perdida ou a fama atingida não se recompõem à custa de nenhuma indenização. Mas a indenização não é considerada inadmissível, nem se diz que ela é contrafáctica. Deste modo, não pode opor-se ao contaminado que pede uma indenização o argumento de que ele quer ser o que não é nem pode ser: um sujeito sem deficiência.²⁸

²⁸ Nesse caso, o sujeito teria podido ser de modo diferente – saudável –, mas não foi. Dentro de uma orientação estritamente “nominalista” – de que a realidade é apenas composta de indivíduos –, claro que o problema da identidade parece insuperável. Numa perspectiva que procure todavia distinguir convenientemente entre aquilo que é a substância (capaz de modelar a identidade) e o que são os acidentes (aqui, a deficiência), o argumento perde força, pois o sujeito passa a poder invocar um padrão de normalidade em seu favor (invocando o seu ilegítimo afastamento para obter uma compensação).

No caso da vida própria como dano a situação é, como se disse, diversa. O sujeito não quer prevalecer-se de um padrão de vida sem a deficiência que o atinge. A situação hipotética com que confronta a sua situação actual é, radicalmente, a não-vida. O que ele põe em causa agora é a base do sentido de toda e qualquer pretensão jurídica: a vida. Ora, aquilo que supomos é que o sujeito não pode invocar ser preferível não viver do que viver, para obter a reparação do dano (supostamente) consistente em viver.

Tocamos obviamente a problemática, tão fundamental quanto complexa, da relação entre o Direito e a realidade. Alegar que ninguém pode pretender ser, em Direito, aquilo que não é corresponde, pelo que se conclui, a uma asserção demasiado abrangente e indiferenciada, pois há que precisar o sentido dessa afirmação e destrinçar situações. Se parece que não pode deixar de reconhecer-se um núcleo intangível de verdade a esse enunciado geral, a responsabilidade civil encarrega-se todavia também de demonstrar que a hipoteticidade é constantemente presente na juridicidade. Chegamos assim a uma questão difícil e crucial da teoria do Direito ou da filosofia do Direito, que todavia não pode agora perseguir-se.²⁹

Mas as afirmações precedentes, reitera-se, pretendem erguer-se apenas contra a indenização do dano “vida”. Não se contesta a necessidade de a ordem jurídica resolver a necessidade do nascido com deficiência nos casos que consideramos.

Tudo sugere estarmos perante uma aplicação moderna da celeberrima querela dos universais.

Mas o nominalismo radical não é pensável. Se não houvesse senão realidades individual-concretas, não seria possível qualquer diálogo intersubjectivo.

Intui-se que a responsabilidade civil também não pode render-se a uma perspectiva radicalmente nominalista.

Levado ao limite, uma absolutização do argumento da identidade aludido no texto conduz a negar toda a possibilidade de o lesado se prevalecer de uma qualquer situação hipotética, a pretexto de que a realidade só pode ser como é, e a meramente pensada, pura e simplesmente, não existe. Essa absolutização do referido argumento originaria, no fundo, que, verificada uma sequência causal danosa, não seria viável invocar uma sequência causal alternativa ao fato causador da lesão. Mas o art. 562 contraria essa perspectiva. A responsabilidade civil assenta na causalidade. Admite que a realidade podia ser diferente da que é não fora o evento que sujeita à reparação. O que significa que, tomando o comportamento desencadeador da responsabilidade como variável num universo de causas de uma certa situação, a sua hipotética não verificação (pressuposta no juízo de responsabilidade) não implica a não verificação de quaisquer outros fatores que alicercessem essa situação concreta. O Direito admite, portanto, que esses outros fatores permanecem ou permaneceriam, ainda que o evento desencadeador da responsabilidade não se tivesse verificado. Tal evento lesivo não é, em suma, tomado como coimplicando esses outros fatores. Estes mantêm-se fixos para o juízo de responsabilidade civil, como dissemos. Não há uma aleatoriedade universal. Por isso pode pensar-se numa causalidade alternativa. De outro modo não faria sentido a imputação do dano, pois nada poderia ser reconstituído, uma vez que nunca teria podido ser.

²⁹ Trata-se de um problema extremamente delicado, que não pode aqui ser aprofundado. Vislumbra-se também nitidamente quão intensas podem ser, no domínio jurídico, as influências de correntes do pensamento filosófico como o realismo ou o idealismo.

Pensamos, neste ponto, que a destrição entre o dano da vida e o dano da deficiência que vai proposto é heurística e dogmaticamente imprescindível.

Munidos dessa diferenciação pode-se penetrar na índole, função e articulação recíprocas entre o direito civil e o direito da segurança social, à qual nos nossos casos se deve pedir, por princípio, a satisfação das necessidades provocadas pela deficiência.

Por outro lado, tocam-se com essa destrição os limites da responsabilidade civil, pois merece reservas a sua instrumentalização a funções puramente distributivas. A responsabilidade civil corresponde, fundamentalmente, a uma forma de *iustitia correctiva*.

Ainda: a diferenciação proposta proporciona uma base conceptual útil para prover às necessidades da criança – inegáveis – sem violentar o direito vigente. Evita-se a instrumentalização de quadros e conceitos da responsabilidade civil a escopos que lhe são alheios. Elimina-se a necessidade de uma legitimação por um “resultado” – a ajuda ao deficiente – que tudo justificaria. Promove-se o ideal do entrelaçamento entre uma boa prática e uma boa teoria.

Tudo se torna também claro perante a hipótese que no nosso tema, dentro de uma perspectiva de congruência valorativo-dogmática, não pode nunca perder-se de vista: a de a criança deficiente demandar, não o médico, mas a mãe ou o pai. Neste último caso, a ação (de responsabilidade) só procede na medida em que a prestação assistencial a cargo dos pais não tenha sido cumprida (tendo por fundamento o não cumprimento dessa prestação assistencial). Quer dizer: a cobertura das necessidades da criança deficiente dá-se à partida no seio da família e através dos deveres de cariz assistencial que lhe cabem. Tal desvenda a verdadeira natureza da prestação que – através da responsabilidade civil por se tratar de um terceiro –, se pretende alcançar do médico: assistencial, própria, portanto, mais do sistema de segurança social do que da responsabilidade civil.

Por último: a destrição entre a vida e a deficiência que propugnamos é preferível a uma discriminação entre danos morais e patrimoniais, de acordo com a qual se aplauda a reparação de danos patrimoniais do deficiente, mas se lhe vede a compensação do dano moral de viver.

De fato, a vida tem, em si mesma, natureza não patrimonial. Se ela é tida, não como um bem – tal qual o experimenta a esmagadora maioria das pessoas –, mas enquanto dano, esse prejuízo é, na sua essência, não patrimonial. O problema da vida própria como dano corresponde portanto primordialmente ao problema de saber se este bem não patrimonial (para o comum das pessoas) pode ser considerado um dano (não patrimonial) para efeito de ressarcimento.

Ora, assim sendo, não parece possível excluir a indenização do dano moral de viver, e ao mesmo tempo querer reparar os prejuízos patrimoniais ligados à existência. Os danos patrimoniais de viver pressupõem o dano moral de

viver. Não é harmonizável nem valorativamente coerente que quem defenda a responsabilidade do médico por prejuízos materiais a exclua quanto ao (pretenso) dano moral da vida que é invocado por outrem.

Semelhante concepção de privilégio dos prejuízos patrimoniais ver-se-ia compreensivelmente acusada de um “grosseiro materialismo”, para usar a expressão que serviu no passado para negar a possibilidade de uma compensação de danos morais.³⁰ Ora, um dos dados adquiridos da moderna responsabilidade civil é o de que ela pode e deve proporcionar uma tutela do sujeito contra agressões a bens não patrimoniais.³¹ Fá-lo com os seus meios próprios ou habituais e, por isso, se impôs a compensação pecuniária de danos não patrimoniais. Negá-lo no nosso caso corresponderia ironicamente a inverter agora esse caminho: dizer, em relação a algo tão nuclearmente não patrimonial como a própria vida, que tal é para o Direito irrelevante, mas admitir do mesmo passo a relevância dos aspectos patrimoniais. O relativo esquecimento da esfera da existência pessoal-não patrimonial, e a redução das relações civis ao plano patrimonial foi, certamente, um traço característico do direito civil. Há que superá-lo decididamente. No direito civil, o mais importante é justamente essa esfera, e não esta.³²

No fundo, a impossibilidade de discriminar deste modo entre a diferente natureza dos danos a indemnizar pela vida própria como dano radica num desvio dogmático: o de ignorar que, sem prejuízo da articulação dos pressupostos da responsabilidade civil de acordo com uma sistemática móvel, as razões em torno das quais se trava de modo determinante a discussão da indenizabilidade do dano “vida” se centram no plano da construção do ilícito e não do prejuízo indemnizável.

Duas observações ainda. Do exposto resulta, em todo o caso, que a responsabilidade pela deficiência não pode afirmar-se aí onde a única conduta que teria evitado essa deficiência fosse a eliminação da vida que é suporte de uma indenização desse dano. Quer dizer: nenhum médico pode ser responsabilizado por uma deficiência se a conduta que a teria permitido poupar fosse a causação da morte do deficiente (v. g., por prática do aborto). O deficiente que pretendesse o contrário estaria de certo modo a colocar retroactivamente em causa o fundamento da viabilidade da pretensão indenizatória que agora quer deduzir;³³ pondo em jogo, como se sublinhou, o sentido da atribuição da indenização.

³⁰ A expressão encontra-se repetida em ANTUNES VARELA. *Das obrigações em geral*, I, 10. ed. Coimbra: 602 ss., 2003.

³¹ Quanto à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, cfr., na doutrina mais recente, por todos, ALMEIDA COSTA. *Direito das obrigações*, 10. ed. Coimbra: 599 ss., 2006.

³² Procuramos abrir algumas perspectivas nesse sentido em: Nos 40 anos do Código Civil: Tutela da personalidade e dano existencial. In: *A evolução do direito no século XXI/Estudos em homenagem ao Professor Arnold Wald*. Coimbra: 372 ss., 2007.

³³ Formulando de forma análoga a propósito de um tema parecido, CANARIS. *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., 96-97, n. 207.

De harmonia com este pensamento terá assim de dizer-se que a recusa ou a falha da prática do aborto terapêutico nunca pode constituir a base de uma indenização pela “vida” do sujeito afinal nascido. E o pensamento alarga-se, sem excepções, a todas as outras hipóteses de aborto “lícito” (casos de violação, etc.). Por aqui se confirma também que, no nosso sistema jurídico, o aborto serve exclusivamente o interesse da mãe. O do filho é irrelevante.

Por último: a aceitação da responsabilidade do médico por uma qualquer deficiência (onde ela possa legitimamente afirmar-se), significa evidentemente que essa responsabilidade não pode ignorar e absorver a relevância da conduta dos pais na origem da vida do filho. Assim, quando um filho é concebido com uma malformação congénita e essa malformação não foi depois corrigida ou atenuada por um lapso médico, a indenização deve ser sempre proporcionada ao papel efectivo do médico na produção do resultado danoso. A responsabilidade (médica) pela deficiência nunca pode ser equiparada à responsabilidade (dos pais) pela vida.

3 Tópicos para uma leitura jurídico-constitucional do tema

A problemática da vida própria como dano carece de ser compreendida também à luz da Constituição. Aí se encontram diversas normas susceptíveis de incidir na resolução dos casos em apreciação. Por isso, não é de surpreender que o Tribunal Constitucional venha, no futuro, a ter de ocupar-se deles.

Acerca da pretensão dos pais contra o Estado acabada de referir, importa ter em conta que o art. 71, nº 2, da Constituição da República Portuguesa proclama, explicitamente, que o Estado está vinculado a uma política de “prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias [...]”. Acrescenta-se, de modo programático, que o Estado deve desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade para os deveres de respeito e de solidariedade para com esses cidadãos. A ele pertence, em qualquer caso, “o encargo da efectiva realização dos seus direitos”.

Estamos, portanto, perante um dever do Estado, constitucionalmente consagrado, face à criança deficiente e aos seus pais; um dever que tem por objecto uma prestação positiva do Estado (entendido como estado social). Este dever carece, naturalmente, de concretização. As pretensões contra o Estado que daqui decorrem podem visar deste a realização de prestações pecuniárias sociais, mas também se estendem à prestação de informações e esclarecimentos convenientes, segundo as circunstâncias, para a tutela dos interessados (conforme o referido art. 71). O Estado tem a obrigação, igualmente, de atender às necessidades ideais da pessoa deficiente, por exemplo, protegendo-a contra a perda

da esperança ou da identidade.³⁴ De toda a forma, deve considerar-se constitucionalmente garantido ao sujeito aquele mínimo de proteção da sua existência que é postulado pela dignidade da pessoa humana proclamada como base da ordem constitucional pelo art. 1º da Constituição.

Embora o dever do Estado de que falamos se encontre especificamente previsto, ele pode considerar-se também, numa compreensão alargada, um efeito da função de proteção do direito fundamental à vida: o Estado tem deveres de proteção perante o sujeito, pois cabe-lhe tutelar os direitos fundamentais, entre eles o direito à vida. Tanto o art. 24, como o art. 71 da Constituição são directamente eficazes nas relações entre o cidadão e o Estado. Deles deriva um imperativo de proteção do Estado,³⁵ em cujo cumprimento o Estado tem naturalmente de respeitar o limiar da suficiência (estando-lhe portanto vedada uma tutela insuficiente do sujeito).

Falamos do direito à vida, previsto no art. 24, nº 1, da Constituição. Ocorre agora perguntar se tal direito pode ser objecto de renúncia pelo seu titular, pois isso há-de relevar para saber se o sujeito tem a faculdade de declarar que sente a vida como dano e preferia não viver, para dessa forma obter uma indenização. Pensamos que não e que essa alegação não deve ser admitida face ao texto constitucional.

Isto leva-nos antes de mais à questão de saber se há um dever (constitucional) de viver. Pode, portanto, este direito fundamental à vida ser interpretado também no sentido de que não existe apenas um direito à vida, mas um dever de viver, com a consequência de que o sujeito não terá direito, contra o médico, a uma indenização pela vida que entende desprovida de valor?

Certo que a nossa temática é, no seu cerne, jurídico-privada. Enquanto tal não é todavia imune à Constituição.³⁶ Os dados jurídico-constitucionais têm relevância normativa na avaliação e decisão de litígios jurídico-privados. Eles determinam igualmente a interpretação e a aplicação, pelos tribunais, de conceitos e normas jurídico-privados. O reconhecimento de margens de ponderação aquando da concretização da eficácia jurídico-constitucional dos direitos fundamentais no plano do direito privado não se lhe opõe.

Como regra, é certamente de concordar ser impossível transformar os direitos fundamentais em deveres para os seus titulares. Tal conduziria à exclusão de um estado de liberdade. Mesmo a mera funcionalização (genérica) dos direitos fundamentais parece, deste ponto de vista, desconforme com a Constituição da

³⁴ Cf. JÖRG NEUNER. *Privatrecht und Sozialstaat*. München: 264 ss., 1999.

³⁵ Sobre esta função, veja-se CANARIS. *Direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., 101 ss., *passim*.

³⁶ Mostrou-o CANARIS, *ibidem*, *passim*. Outra – e criticável – é uma certa corrente, digamos, “panconstitucionalista”, que penetrou no próprio direito privado. Contra este tipo de extremismo, OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito Civil*. Teoria Geral, I, 2. ed. Coimbra: 29 ss., 2000.

República Portuguesa. Não parece, portanto, viável falar-se de um dever constitucional de viver por força do art. 24, nº 1, da Constituição. O dever de viver apenas poderá decorrer de um entendimento material-valorativo da dignidade humana que é base da ordem constitucional (segundo o art. 1º). De todo o modo: uma coisa é o dever de viver, outra a proibição de renúncia ao direito à vida.

O nosso tema também não é susceptível de ser compreendido enquanto problema de mera restrição do direito fundamental à vida (que confere também ao sujeito a autonomia de determinação da sua própria vida). A discussão em torno da disponibilidade ou indisponibilidade da própria vida por parte do seu titular (como matéria sobre que incide um juízo subjectivo, soberano, de desvalor do seu titular, com consequências jurídicas) não é redutível ao problema de uma restrição que o direito à vida sofra em virtude de uma limitação que lhe é imposta do exterior; *v. g.*, por lei, ou pela necessidade de compatibilização com outras valorações constitucionais.³⁷ Ela conexas-se antes, nuclearmente, com o entendimento do direito à vida em si mesmo no quadro daquilo que é postulado pela dignidade humana constitucionalmente consagrada.

Na realidade, é hoje reconhecido que os direitos fundamentais, e os direitos de personalidade que lhes correspondam, não são, no seu núcleo, renunciáveis. A renunciabilidade não é – como com frequência se recorda – compatível com a dignidade da pessoa humana.³⁸

Coloca-se concretamente a questão de saber se se pode interpretar o direito à vida como sendo renunciável quando essa vida é entendida como uma desvantagem ou um desvalor pelo sujeito. Haverá, para tanto, uma base constitucional?

Reconhece-se geralmente que o direito à vida não pode ser posto em causa de forma desproporcionada pelo seu titular. Mostra-o o exemplo trivial do dever de trazer cinto de segurança, sendo certo que há muitos outros deveres do sujeito face a si mesmo legalmente consagrados. O direito infraconstitucional não deixa portanto ao sujeito, concludentemente, a possibilidade de relativizar a sua vida perante si próprio.

No que respeita aos direitos fundamentais, é genericamente de admitir que eles também estão protegidos contra uma autonomia da vontade ilimitada, e entendida de modo meramente formal, do sujeito. A autonomia tem referentes material-valorativos. O espaço de liberdade dos direitos fundamentais deve respeitar este enquadramento.

³⁷ A restrição dos direitos fundamentais constitui um capítulo sensível da teoria dos direitos fundamentais; cf. o art. 18, nº 2 e nº 3, da Constituição da República.

³⁸ Cf. *v. g.*, GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: 464, 2002; *vide também op. cit.*, 1260: “o titular [do direito à vida] não pode escolher entre “viver e morrer””.

Sobre a relevância da vontade e da dignidade humana na área próxima do direito à disposição do próprio corpo, pode confrontar-se também LUÍSA NETO. *O direito fundamental à disposição do próprio corpo*. Porto: 295 ss., 494 ss., 523 ss., 2004.

O direito à vida não é, portanto, um direito que atribui uma autonomia decisória absoluta, ilimitada e valorativamente neutra – meramente formal – do sujeito sobre a própria vida. Só assim se compreende a inexistência e o sem-sentido, por exemplo, de um direito ao “suicídio”.

As observações precedentes deixam-se transplantar para a nossa problemática. Tal qual como numa vinculação ao abrigo da sua autonomia privada, o sujeito, com a declaração que faz sobre o desvalor da sua vida, pretende desencadear consequências jurídicas (aqui, a obtenção de uma indenização por uma vida de fato surgida, mas indesejada). Ora, viu-se como há uma barreira à disponibilidade da vida humana visada pelo sujeito através do exercício da autonomia privada negocial. O mesmo tem de valer para a afirmação individual do desvalor dessa vida quando existem consequências jurídicas que o sujeito pretende que lhe sejam associadas (aqui, uma indenização pela própria vida).³⁹

Do ponto de vista constitucional pode fundamentar-se esta posição na *dignitas humana* que se encontra na base da nossa ordem jurídica (art. 1º da Constituição).⁴⁰ Autores de proa defendem desta forma em Portugal a tese da indisponibilidade da vida,⁴¹ podendo falar-se de um entendimento dominante.

Na realidade, há bons motivos para considerar que a dignitas humana proíbe a degradação da vida humana a um sem-valor. Tal significa que os pais não podem por princípio alegar que a vida de um filho constitui (em si mesma) um dano.⁴² Mas o próprio titular da vida está assim (constitucionalmente) im-

³⁹ A diferente natureza do enlace entre o comportamento do sujeito e os efeitos que a ele se associam parece mesmo fornecer no segundo caso uma base mais forte de legitimação de um controlo por parte do direito objectivo. À partida, o controlo da ordem jurídica será mais forte no campo dos negócios jurídicos do que no dos atos quase-negociais.

⁴⁰ Veja-se tão-só JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS. *Constituição Portuguesa anotada*, I (Introdução Geral/Preâmbulo). Coimbra: 53 ss., 2005.

⁴¹ Por exemplo, GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional*, op. cit., 464; da perspectiva do direito privado; MENEZES CORDEIRO. *Tratado*, I/III, op. cit., 124 ss., e, genericamente para os direitos de personalidade, OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito Civil*. Teoria Geral, I, cit., 92-93.

⁴² O ponto tem consequências para além do âmbito do presente estudo, designadamente no que toca a saber se o nascimento (indesejado) de um filho é susceptível de constituir um dano cujo ressarcimento possa ser pedido pelos pais a um médico que, v. g., deu uma indicação errada de planeamento familiar. Supomos, aqui também, que há que proceder a diversas precisões e distinções, mas que esse nascimento não é, em si mesmo, um dano ressarcível do médico. (Assim, o direito a uma certa prestação de um médico – no âmbito do planeamento familiar – não significa que os pais tenham adquirido, na relação com esse médico ou contra ele, um direito a não ter filhos. O direito a ser ajudado a planear a descendência não pode equiparar-se a um direito a não ter filhos contra o médico e invocável perante ele.) Nada disto depõe contra a susceptibilidade de imputar a alguém a deficiência de um filho, nas condições em que essa deficiência possa ser imputada: não é então a vida, mas a deficiência que está em causa. Em si, o reconhecimento da possibilidade de uma responsabilidade pela deficiência de outrem é mesmo imposto pela tutela da pessoa e a dignidade humana.

pedido de justificar a renúncia à própria vida com o argumento de que ela é para ele desprovida de valor. Uma indenização pelo dano da própria vida – pode coerentemente deduzir-se – está também proibida face ao texto constitucional.

A posição, dominante, que não reconhece ao sujeito a possibilidade de renúncia válida ao direito fundamental à vida, significa uma objectivação da vida humana. Esta torna-se assim um bem jurídico que se encontra subtraído a decisões irreversíveis deste sobre a própria vida, tal como a afirmações definitivas de desvalor pelo sujeito, que tomam o seu sem-sentido como base. A opinião subjectiva sobre a vida apresenta-se portanto, de um ponto de vista jurídico, “relativizada”, o que representa a outra face da objectivação da vida (medida pela *dignitas humana*).

Nem sempre se tira, porém, com suficiente clareza, esta consequência da objectivação do valor da vida. Lê-se, por exemplo, num livro de referência,⁴³ que a *dignitas humana* representa a dignidade do indivíduo que se pode conformar a si próprio e que pode orientar a sua vida por um projecto. Semelhante fórmula liga-se facilmente, do ponto de vista semântico, com o direito ao desenvolvimento da personalidade. Este está também contido no catálogo português dos direitos fundamentais (art. 26, nº 1, da Constituição), embora sem a posição, sistematicamente central, que assume na Lei Fundamental alemã. Numa outra passagem da referida obra, explicita-se a *dignitas humana* no sentido do reconhecimento, “sem transcendências ou metafísicas”, do *homo noumenon*, isto é, “do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República”. A *dignitas humana* deveria ser entendida num quadro ou contexto multicultural. Na República Portuguesa tal significaria o contrário de “verdades” ou “fixismos” de natureza política, religiosa ou social.⁴⁴

Pensamos que estas asserções não logram justificar a irrenunciabilidade do direito à vida (aliás, defendida pelo conceituado autor que temos presente). E também não é possível sustentar, com base nelas, a relevância jurídica de uma afirmação do sujeito no sentido do desvalor absoluto da sua própria vida.

Antes de mais, deve lançar-se uma pergunta à concepção da vida como “projecto”, de sabor existencialista. De fato, se não se entende que a vida constitui um “pré-dado valioso” (no seu ser actual e num devir possível) e se concebe a *dignitas humana* apenas enquanto projecto, como pode fundamentar-se a protecção constitucional do direito à vida de uma criança sem autoconsciência ou de um ancião ou doente cuja autoconsciência se perdeu irreversivelmente? Em ambos os casos, os sujeitos não estão em condições de se autodeterminar. A esta dificuldade não pode fugir-se através de uma objectivação do “projecto” da vida humana, desacoplando-o do sujeito concreto. Na verdade, uma tal “de-

⁴³ GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional*, op. cit., 225.

⁴⁴ *Ibidem*, 225-226.

sindividualização” implica evidentemente uma concepção “substancial” da vida humana, uma valoração que afinal não depende da autoconsciência e da possibilidade de auto-realização dessa vida. Não é portanto possível, como se vê, alicerçar a dignidade humana (tão-só) na capacidade e autonomia decisória (meramente formal e desligada de referências valorativas). O que implica também dizer que é na medida em que a liberdade da pessoa se orienta corretamente, quando ela se autodetermina para o “bem”, que se evidencia e sublinha devidamente a excelência da pessoa.

Se não se funda a *dignitas humana* na pessoa em sentido ontológico – no ser próprio da pessoa enquanto tal –, mas apenas no indivíduo (*noumenon*), não se pode, de fato, impor ao sujeito restrições (jurídicas) na disposição da própria vida. Os limites à disponibilidade da vida comumente aceites mostram que para a juridicidade – que é intersubjectivamente vinculante – se torna sempre necessária uma base objectiva. Na realidade, e mais amplamente, o relativismo no sentido de um subjectivismo absoluto é impensável, também em estados de direito plurais e democráticos.⁴⁵

Chegamos com isto ao problema do preenchimento da *dignitas humana*. Ela convoca, em grau não negligenciável, critérios extra ou supraconstitucionais.

A Constituição portuguesa não permite, porém, a resolução desta tarefa com recurso directo a concepções determinadas da vida e do mundo. Assim, não é possível recorrer directamente ao optimismo radical do cristianismo – todos são filhos de Deus, a redenção e a graça encontram-se sobreabundantemente à disposição de cada um, cada um está chamado a uma realização e a uma bem-aventurança sem medida – não é possível, dizia-se, recorrer ao optimismo que é coessencial ao cristianismo para responder à questão do valor da vida (e da sua in/disponibilidade). Esta excelência de cada homem, feito à imagem e semelhança de Deus – seja qual for e como for a sua vida – não parece apresentar-se, do estrito ponto de vista das possibilidades abstractas do pensamento, superável, mas não é, sem dúvida, capaz de proporcionar uma fundamentação jurídico-constitucionalmente adequada.⁴⁶

O conceito de *dignitas humana*, particularmente em sociedades plurais, tem de ter a pretensão de uma validade intersubjectiva. Neste ponto abrem-se muitos caminhos, que agora não é possível percorrer. O valor da vida é uma questão que toca profundamente a humanidade de cada um; coloca cada um

⁴⁵ Uma crítica jurídico-filosófica a uma concepção puramente subjectivizada da pessoa encontra-se em DIOGO COSTA GONÇALVES. *Tutela da personalidade e personalidade ótica: a juridicidade da realidade pessoal*. Coimbra: 2008.

⁴⁶ O que não quer dizer que, no quadro de uma impositação assumidamente não confessional, não possa ser juridicamente relevante: *vide* ainda *infra*.

perante exigências pessoais de verdade, de congruência de vida com essa verdade. Como tal, essa questão convoca ou implica principalissimamente padrões éticos e religiosos sobre o sentido da vida. As normas constitucionais defrontam-se aqui com uma fronteira.

A fuga para interpretações sociológicas não resolve.

Mostra-o também a seguinte e derradeira pergunta: pondo de parte todas as objecções que, no plano jurídico-privado, vimos já erguerem-se contra a pretensão de obter uma indenização pela vida (em si mesma) que se tem, não será, em todo o caso, que essa pretensão ofende sempre e em qualquer caso os bons costumes? Na verdade, não são os costumes *tout court* que constituem um limite indeclinável da autonomia privada, mas os daqueles “que pensam équa e justamente”, como formulou lapidarmente o *Reichsgericht*.⁴⁷ O mero sentir de qualquer maioria não serve por si mesmo.

No plano constitucional, ignorar-se-ia que a dignidade humana não é, de modo algum, uma noção-espelho (de concepções vigentes em certa sociedade). Representa um conceito-valor que introduz (constitucionalmente) uma dinâmica de aperfeiçoamento na ordem jurídica do Estado de Direito. Essa ordem deve desenvolver-se no sentido de uma realização tão plena quanto possível de tal dignidade. A tensão que assim se cria põe a nu a insuficiência de puras interpretações sociológicas da dignidade humana, por sua natureza estáticas e do plano da facticidade empírica. Revelando também, de resto, a limitação das modernas teorias do consenso como fonte de validade no Direito. O dever-ser daquilo que é postulado pela dignidade humana requer, portanto, as aludidas dimensões de valor.

Neste contexto, a discussão em torno dos fundamentos éticos do Estado de Direito é de extrema importância, porque com estes se correlacionam o lugar e a compreensão da pessoa no actual estado de Direito. Vamos apenas introduzir ilustrativamente esta problemática, muito rica e quase inabarcável, pondo-a em conexão com um debate que, recentemente, teve lugar debaixo do azul tão especial do céu da Baviera.⁴⁸ Segundo notícias e ecos que chegaram igualmente a Portugal,⁴⁹ no ano de 2004 encontraram-se aí, convidados pela Academia Católica Bávara, dois proeminentes pensadores germânicos, Jürgen Habermas e Joseph Ratzinger.

⁴⁷ Cf. RGZ 80, 219, 221; 120, 142, 148.

⁴⁸ A Baviera foi o lugar em que ocorreram as jornadas que estiveram nos primórdios deste texto. A essa circunstância nos referimos na intervenção que então fizemos.

⁴⁹ A discussão e a opinião destes autores pode ser confrontada em *Estudos / Revista do Centro Académico de Democracia Cristã*, 3, 41 ss., 2004. Nela se reflectem concepções por ambos desenvolvidas em outros escritos.

O interesse deste debate é múltiplo. Num tema como o nosso, perpassado de concepções éticas, ele constitui um bom guia para a compreensão do momento actual em que matrizes valorativas que modelaram historicamente as sociedades europeias se confrontam e entrecruzam com o pluralismo e o subjectivismo moral contemporâneos. Por outro lado, numa sociedade hoje marcada por uma acentuada pulverização de concepções éticas as mais diversas, o pensamento e a elaboração cristã parece, atenta a sua integridade e unidade, assumir renovado relevo de posição de referência no diálogo intelectual e na *praxis* vital. Ao contrário, finalmente, dos areópagos filosóficos que tendem a circunscrever-se a um círculo de iniciados, as hermenêuticas religiosas conformam, aberta ou indirectamente, com enorme extensão a vida social e proporcionam, por isso, uma perspectiva particularmente útil para a compreensão de um Direito que se queira despreconcebidamente ao serviço da “vida real”.

Retomemos então. São de salientar vários pontos de convergência entre o prestigiado filósofo e o actual papa alemão. Ambos reconheceram que na sociedade secular em que vivemos não há nenhuma fórmula ética de reconhecimento universal. Nem o racionalismo moderno secularizado, nem o cristianismo a conseguem proporcionar. E, embora Habermas e Ratzinger tenham expresso concepções diversas, coincidiram, entre outros aspectos, numa certa correspondência entre racionalidade e fé.

A história parece efectivamente apontar para a conveniência de um diálogo entre estas duas dimensões do ser humano. Ela mostra como a racionalidade não logra, de um ponto de vista epistemológico, excluir a fé, e que, por outro lado, para a fé (pelo menos, mas claramente, na tradição cristã) a racionalidade se torna necessária e de grande importância.⁵⁰ Estas duas realidades parecem efectivamente convocadas – sem perda da sua identidade – a um mútuo auxílio e depuração (decorrente de que cada uma delas precisa da outra e deve reconhecer a legitimidade da outra e do seu espaço).⁵¹

Neste ponto convergiram estes dois expoentes da actual reflexão sobre a ética social. Numa sociedade plural como a nossa é um desafio da razão e da fé empenharem-se conjuntamente na fundamentação e compreensão do *ethos* social. Aqui se encontra, supomos, a chave mais relevante e promissora da interpretação da *dignitas humana*. Por aqui passa certamente a solução do problema constitucional da vida própria como dano.

⁵⁰ Emblemático, nesse sentido, o célebre discurso proferido por Bento XVI na Universidade de Ratisbona.

⁵¹ Veja-se já, da perspectiva cristã, a encíclica *Fides et Ratio*, de João Paulo II.

De resto, também a Constituição – qualquer constituição – carece de ser entendida como ordem e não apenas enquanto produto de pura contingência. Uma compreensão do mundo e da vida que não se queira reduzir a mero efeito arbitrário de um “caos cósmico” e que erga pretensões de validade tem deradeiramente de se abrir (pelo menos) à possibilidade de uma justificação num plano transcendente.

Formulando de um modo mais abrangente a questão de sentido atrás enunciada: será que a racionalidade – aí incluída a racionalidade do “jurídico” – constitui mesmo a base da compreensão do mundo e da vida? Ou será antes que o nosso mundo é estruturalmente irracional e repousa numa casualidade, com a consequência da ausência absoluta de qualquer sentido? Tanto as ciências empíricas ou experimentais como a filosofia não estão em condições de responder de forma radical, totalmente concludente, ou socialmente alargada e eficaz, a este problema. A fé cristã, diz a este propósito Ratzinger, representa, hoje como ontem, uma opção pela racionalidade e uma justificação para a compreensibilidade do mundo e da vida.⁵² O que, considerando desde logo a sua importância motivacional, a reveste – acentua-o Habermas – de um papel que o próprio desenvolvimento da cultura liberal não pode ignorar.⁵³

Como formulou ainda Ratzinger noutra ocasião:⁵⁴ “a ameaça que sofre a vida humana pela mão do homem – assunto do qual se fala em todas as partes – conferiu a maior prioridade ao tema da criação”. Assim, “não necessitamos de esconder hoje que cremos na criação. Não podemos permitir-nos o luxo de a esconder. Pois só se o universo procede da liberdade, do amor e da razão, apenas se essas forças forem as dominantes, poderemos confiar uns nos outros, encarar o futuro e viver como homens”.

Destarte, a fé cristã parece ter (e merecer) também, nas nossas sociedades (ocidentais), e se bem que indirecta ou mediatamente, relevância incontornável para o preenchimento da dignidade humana.⁵⁵

⁵² “‘*In principio erat Verbum*’, no início de todas as coisas está a força criativa da razão (*Vernunft*)”, sintetiza, estribado em POPPER, J. RATZINGER. *Fe, Verdad y Tolerancia/El cristianismo y las religiones del mundo* (tradução de *Glaube, Wahrheit und Toleranz. Das Christentum und die Weltreligionen*, Freiburg im Breisgau, 2003), Salamanca: 158, 2005.

⁵³ Cf. HABERMAS, *Estudos*, op. cit., 51 ss.

⁵⁴ Apud *Nuestro Tiempo*, t. LXI, 107, Março de 2007.

⁵⁵ Como, por coincidência, observava [à data mesma da nossa intervenção sobre o tema na Baviera] um articulista na *Süddeutsche Zeitung* (cf. RAINER STEPHAN, SZ, 5./6. August 2006), “sem conexão religiosa [...] os conceitos centrais de dignidade humana, de direitos do homem e da solidariedade humana – tão importantes, tanto para a Ilustração, como para Marx e Engels – ficam pura e simplesmente pendurados do ar.” Embora a “fé seja em si mesma simples, habituámo-nos todavia a fazê-la, tal como a outras realidades importantes para a nossa vida, complicada até ao excesso”.

A tese que, na linha das considerações anteriores, pode agora apresentar-se é esta: o *ethos* de que falávamos conduz a uma concepção segundo a qual a vida humana – qualquer que ela seja – se apresenta, por princípio, dotada de sentido e portadora de valor.

Apresenta-se, como tal, protegida. Um juízo subjectivo contrário não deve ser “validado” pelo Direito. A *dignitas humana* não se apresenta, no seu cerne, subjectivamente condicionada; muito embora ela experimente uma objectivação através do diálogo cultural; ainda que nesse diálogo participe sempre a pessoa singular e mesmo que se vise sempre, derradeiramente, a preservação ou a promoção da *dignitas* concreta, a *dignitas* do indivíduo.⁵⁶

Nada, portanto, de mais errado do que pretender desligar o indivíduo da busca dessa dignidade. O entendimento da dignidade humana não pode ser imposto do exterior ao sujeito, ignorando a sua vontade ou o seu juízo. Mas é igualmente certo que também o indivíduo que sente a sua vida como indigna não pode impor essa sua concepção, para efeitos indenizatórios, a outrem (onerando-o com esse entendimento).

Não é persuasivo um preenchimento da dignidade humana segundo critérios transpessoais de matriz exclusivamente sociológica ou política; como não a logra preencher um qualquer acto ou decisão de poder, ainda que formalmente legitimado.⁵⁷

Dito de outra forma: a vida é, para cada um, projecto, responsabilidade e dom.⁵⁸ A vida tem sentido. Vale sempre a pena viver.

⁵⁶ Está igualmente em causa o entendimento da liberdade postulada por essa dignidade, e a questão do seu sentido: saber se ela se encontra ou não intrinsecamente orientada para o bem em sentido ético. O que não implica uma opção por qualquer monolitismo e, muito menos, constrangimentos que seriam incompatíveis com essa mesma dignidade da pessoa.

Esta nota – sobre um tema multifacetado mas crucial – encontra-se de resto também no âmbito da reflexão contemporânea de matriz ou influência cristã. Sirva de exemplo a forma como se exprimiu, no seu múnus universitário, JOSEMARÍA ESCRIVÁ: “Há uma visão parcial da liberdade como pura capacidade de eleição, desligada da perfeição a que está chamada a pessoa. Ora quando se compreende a fundo o valor da liberdade, quando se ama apaixonadamente este dom divino da alma, ama-se o pluralismo que a liberdade traz consigo” (cf. *Temas actuais do Cristianismo*. Lisboa: 173, s/data, mas 1973).

⁵⁷ Para este tipo de interpretação da *dignitas humana*, fundamental já JORGE MIRANDA. O art. 1º e o art. 2º da Constituição. In: *Estudos sobre a Constituição*, II. Coimbra: 14 ss., 1978.

⁵⁸ Formulação de GUY BOURGEOULT. *L'Éthique et le Droit face aux Nouvelles Technologies Bio-médicales*. Les presses de l'Université de Montreal: 151 ss., 1990.

4 Consideração final

Notou-se que a vida própria como dano corresponde a um problema de carácter jurídico-privado, mas que tem também um nível constitucional. Parece, porém, pelo que antecede, que uma compreensão do direito fundamental à própria vida amparada tão-só nos meios disponibilizados pelo direito positivo não é capaz de proporcionar para ele uma solução definitiva. Verifica-se que no Estado constitucional a problemática do Direito não pode ser resolvida apenas pelo modo constitucional, nem se esgota na via constitucional. Há questões de direito privado que, embora abrangidas pelo âmbito das normas constitucionais, apenas logram solução completa no plano da teoria do Direito.

Podem extrair-se daqui algumas conclusões e perspectivas. Ainda que a constituição tenha proeminência formal-hierárquica sobre o direito privado comum de base legal, a verdade é que o sistema jurídico não é susceptível de ser concebido, na sua dimensão material, enquanto uma pirâmide de regras em cujo vértice se encontra (sempre e necessariamente) a constituição. O sistema jurídico deve antes ser entendido como uma “rede” de (sub)sistemas de normas, princípios e valores. Estes últimos alicerçam-se profundamente na nossa cultura e no nosso modo de vida, sobretudo nas suas raízes filosóficas, éticas e religiosas, constituindo derradeiramente o fundamento de todas as normas e permitindo uma hermenêutica verdadeiramente humana do Direito.

