



Universidades Lusíada

González, José A.R.L., 1965-

A pertença do corpo humano

<http://hdl.handle.net/11067/6601>

<https://doi.org/10.34628/ssb1-z358>

Metadados

Data de Publicação

2020

Resumo

Em termos filosóficos, a afirmação de uma full self-ownership serve caracteristicamente para fundamentar a reserva de um amplíssimo espaço de liberdade individual. Em especial, frente ao Estado. A respetiva tradução jurídica não se apresenta, contudo, literalmente exequível. O senhorio sobre o corpo humano não pode visualizar-se como direito de propriedade plena no sentido do artigo 1305.º do Código Civil. É, por um lado, consideravelmente mais estreito – no que toca, designadamente, aos poderes...

In philosophical terms, the affirmation of full self-ownership characteristically serves to support the reserve of a very large space of individual freedom. Particularly when facing the State. The respective legal translation is not, however, literally feasible. The ownership over the human body cannot be a full property right in the sense of article 1305 of the Civil Code. It is, on the one hand, considerably narrower – regarding the powers of enjoyment and disposition. And it is, on the other h...

Palavras Chave

Corpo humano - Direito e legislação

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 23-24 (2020)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-28T01:26:53Z com informação proveniente do Repositório

A PERTENÇA DO CORPO HUMANO

SELF-OWNERSHIP

José A.R.L. González ¹

Resumo. Em termos filosóficos, a afirmação de uma *full self-ownership* serve caracteristicamente para fundamentar a reserva de um amplíssimo espaço de liberdade individual. Em especial, frente ao Estado. A respetiva tradução jurídica não se apresenta, contudo, literalmente exequível. O senhorio sobre o corpo humano não pode visualizar-se como direito de propriedade plena no sentido do artigo 1305.º do Código Civil. É, por um lado, consideravelmente mais estreito – no que toca, designadamente, aos poderes de fruição e de disposição. E é, por outro, consideravelmente mais amplo – por não se sujeitar a uma série de limitações, comuns em outras formas de domínio (*v.g.* a não subordinação a atos de natureza expropriativa ou análoga). Mantendo afinidade com o direito de propriedade – porque esta é a forma de pertença melhor conhecida e, sobretudo, tecnicamente mais apurada –, só pode concluir-se que o domínio sobre o corpo apresenta carácter *sui generis*. Os traços que o identificam marcam demasiadas diferenças ante aquela para que a similitude ainda se possa sustentar. Sem prejuízo de ser objeto de tal senhorio, acresce que o respeito pela dignidade inibe a qualificação do corpo como coisa *tout court*. O que, só por si, constitui já razão suficiente para lhe negar a natureza de direito de propriedade. Quando vulgarmente se diz que cada ser humano é dono do seu corpo o que se pretende afirmar é que a respetiva soberania, produto da sua autonomia, lhe pertence. E que, por conseguinte, tanto quanto possível, as decisões relativas a ele (sobre a sua saúde, o seu destino, as agressões a que eventualmente se há de sujeitar, etc.) lhe cabem igualmente. É o que do apelo a tal linguagem se extrai. Ela não implica (até por não se encontrar dotada de carácter técnico), contudo, que o conceito de propriedade a que se alude seja aquele que nos é fornecido pela História.

¹ Doutor em Direito. Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa

O domínio sobre o corpo apresenta-se, então, como (mais) um tipo de direito de personalidade. É, com efeito, uma espécie de direito subjetivo absoluto que a cada qual se concede tendo em vista a defesa da sua dignidade. 2. Em relação aos fragmentos ou pedaços do corpo que dele hajam sido desligados, a questão não se põe de idêntico modo. Uma vez cindidos, deixam de se encerrar no corpo. Tal qual a separação de uma parte integrante ou componente de qualquer outra *res corporales* origina a constituição de um novo domínio sobre ela no instante em que tal evento sobrevém, também aqui o direito que, depois da desagregação, recai *v.g.* em células, tecidos ou órgãos do corpo já não há de ser o mesmo que sobre ele incide. Não se vislumbra então alternativa à sua classificação como propriedade plena, nem, sobretudo, se identificam obstáculos para tanto.

Palavras Chave: Direitos de personalidade; Soberania sobre o corpo; Integridade física.

Abstract. In philosophical terms, the affirmation of full self-ownership characteristically serves to support the reserve of a very large space of individual freedom. Particularly when facing the State. The respective legal translation is not, however, literally feasible. The ownership over the human body cannot be a full property right in the sense of article 1305 of the Civil Code. It is, on the one hand, considerably narrower – regarding the powers of enjoyment and disposition. And it is, on the other hand, considerably broader – for not being subject to a series of limitations, common in other forms of dominance (eg, non-subordination to acts of an expropriative or similar nature). Maintaining affinity with the right to property – because this is the best-known form of belonging and, above all, technically more refined –, it can only be concluded that the domain over the body has a *sui generis* character. The features that identify it mark too many differences compared to that for similarity to be sustained. Without prejudice to being the object of such a ownership, it is added that respect for dignity inhibits the qualification of the body as a simple thing. Which is already sufficient reason to deny the nature of property rights. When it is commonly said that each human being owns his body, what is meant is that the respective sovereignty, the product of his autonomy, belongs to him. And that, therefore, as far as possible, the decisions related to him (about his health, his destiny, the aggressions to which he will eventually be subjected, etc.) also fall to him. It is what is extracted from the appeal to such language. It does not imply (even because it is not endowed with a technical character), however, that the concept of property referred to is the one provided by History. The dominance over the body then presents itself as a type of personality right. It is, in effect, a kind of absolute subjective right that each one is granted with a view to the defense of their dignity. 2. Regarding fragments or pieces of the body that have been disconnected from it, the question does not arise in the same way. Once split, they no longer lock themselves in the body. Just as the separation of an integral part or component from any other corporeal origin gives rise to the creation of a new domain over it the moment that such an event occurs, here too the right that, after the breakdown, falls, e.g. in cells, tissues or organs of the body it will no longer be the same as that which affects it. There is therefore no prospect of an alternative to its classification as full ownership, nor, above all, are there any obstacles to this.

Key-words: Self-ownership; Pphysical integrity.

Sumário: A. *Self-ownership*. Introdução. § 1. *Self-ownership: origem*

do problema. § 2. *Mind over body?* § 3. *Corpo humano: sujeito, objeto, coisa?* **B. Definição de coisa.** § 4. *Definição de coisa: funcionalidade.* § 5. *Iura in re aliena e corpo humano.* § 6. *Individualização do corpo.* § 7. *O corpo humano como res.* § 8. *Res corporales et res incorporales.* § 9. *Propriedade plena e demais espécies de senhorios.* § 10. *Res extra commercium / res in commercio.* § 11. *O corpo humano como res nullius.* **C. Propriedade e corpo humano.** § 12. *Corpo com vida e cadáver.* § 13. *O senhorio sobre o corpo como ius in re aliena.* § 14. *Full ownership sobre o corpo: corolários.* § 15. *Soberania sobre o corpo: restrições gerais.* § 16. *Soberania sobre o corpo: alcance básico.* § 17. *Soberania sobre o corpo: grávida.* § 18. *Soberania sobre o corpo: gestante de substituição.* § 19. *Soberania sobre o corpo: pessoas incapazes.* § 20. *Soberania sobre partes do corpo.* § 21. *Titularidade dos direitos sobre o corpo.* § 22. *Skill exception.* § 23. *Skill exception e especificação.* **D. Fundamentos da propriedade privada.** § 24. *Propriedade privada: justificação geral.* § 25. *Propriedade privada: legitimação genérica.* § 26. *Propriedade privada e labour theory.* § 27. *Propriedade privada como dimensão da liberdade.* § 28. *Propriedade privada e paz pública.* § 29. *Propriedade privada e positivismo.* § 30. *Propriedade privada e eficiência económica.* § 31. *Propriedade privada como dado pré-jurídico.* § 32. *Propriedade privada e luta de classes.* § 33. *Propriedade privada: existência e obtenção.* § 34. *Propriedade privada e posse.* § 35. *Self-ownership e posse.* **E. Propriedade e posse do corpo.** § 36. *Aproximação ao conceito de posse.* § 37. *A posse como situação relativa.* § 38. *A posse como direito subjetivo real.* § 39. *A posse como presunção de titularidade.* § 40. *Posse e detenção.* § 41. *Posse e soberania sobre o corpo.* **F. A autonomia individual e o domínio sobre o corpo.** § 42. *Autonomia individual e soberania sobre o corpo.* § 43. *Autonomia individual: conteúdo elementar.* § 44. *Autonomia individual: limites legais genéricos.* § 45. *Autonomia individual e self-ownership.* § 46. *Self-ownership: imagem, voz, integridade física e vida.* § 47. *Alcance da tutela à integridade física.* **G. Natureza jurídica da soberania sobre o corpo e suas partes.** § 48. *Natureza da soberania sobre o corpo: delimitação negativa.* § 49. *Natureza da soberania sobre o corpo: delimitação positiva.* § 50. *Direitos sobre o corpo?* § 51. *Soberania sobre partes do corpo: natureza.* § 52. *«Utī frui habere possidere».* § 53. *Soberania sobre o corpo: nascituro.* § 54. *Soberania sobre o corpo e dignidade.* Bibliografia.

Summary: A. Self-ownership. Introduction. § 1. *Self-ownership: source of the problem.* § 2. *Mind over body?* § 3. *Human body: subject, object, thing?* **B. Definition of thing.** § 4. *Definition of thing: functionality.* § 5. *Iura in re aliena and human body.* § 6. *Individualization of the body.* § 7. *The human body as a res.* § 8. *Res corporales et res incorporales.* § 9. *Full property and other kinds of ownership.* § 10. *Res extra commercium / res in commercio.* § 11. *The human body as res nullius.* **C. Property and human body.** § 12. *Body with life and corpse.* § 13. *The ownership of the body as ius in re aliena.* § 14. *Full ownership over the body: corollaries.* § 15. *Sovereignty over the body: general restrictions.* § 16. *Sovereignty over the body: basic*

reach. § 17. Sovereignty over the body: pregnant. § 18. Sovereignty over the body: surrogacy. § 19. Sovereignty over the body: incompetents. § 20. Sovereignty over body parts. § 21. Rights over the body. § 22. Skill exception. § 23. Skill exception and *specificatio*. **D. Fundamentals of private property.** § 24. Private property: general justification. § 25. Private property: generic legitimation. § 26. Private property and labour theory. § 27. Private property as a dimension of individual freedom. § 28. Private property and public peace. § 29. Private property and positivism. § 30. Private property and economic efficiency. § 31. Private property as pre-legal data. § 32. Private property and class struggle. § 33. Private property: existence and acquisition. § 34. Private property and possession. § 35. Self-ownership and ownership. **E. Ownership and possession of the body.** § 36. Approach to the concept of possession. § 37. Possession as a relative situation. § 38. Possession as a subjective right. § 39. Possession as a presumption of ownership. § 40. Possession and detention. § 41. Possession and sovereignty over the body. **F. Individual autonomy and dominance over the body.** § 42. Individual autonomy and sovereignty over the body. § 43. Individual autonomy: elementary content. § 44. Individual autonomy: generic legal limits. § 45. Individual autonomy and self-ownership. § 46. Self-ownership: image, voice, physical integrity and life. § 47. Physical integrity: scope of protection. **G. Legal nature of sovereignty over the body and its parts.** § 48. Nature of sovereignty over the body: negative delimitation. § 49. Nature of sovereignty over the body: positive delimitation. § 50. Rights over the body? § 51. Sovereignty over body parts: nature. § 52. *Utī frui habere possidere*. § 53. Sovereignty over the body: unborn child. § 54. Sovereignty over the body and dignity. Bibliography.

A. Self-ownership.

Introdução

§ 1. *Self-ownership: origem do problema.* “Though the earth and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a «property» in his own «person». This nobody has any right to but himself. The «labour» of his body and the «work» of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever, then, he removes out of the state that Nature hath provided and left it in, he hath mixed his labour with it, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state. Nature placed it in, it hath by this labour something annexed to it that excludes the common right of other men. For this «labour» being the unquestionable property

of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good left in common for others” . Nesta ótica, ser dono da sua pessoa e, logo, do seu corpo, é condição, portanto, para o sujeito adquirir propriedade sobre as demais coisas e bens. A obtenção de um património próprio – e, acrescente-se, a aquisição dos demais direitos subjetivos, incluindo os pessoais – supõe assim a *self-ownership* .

“According to the thesis of self-ownership, each person possesses over himself, as a matter of moral right, all those rights that a slaveholder has over a complete chattel slave as a matter of legal right, and he is entitled, morally speaking, to dispose over himself in the way such a slaveholder is entitled, legally speaking, to dispose over his slave. A slaveholder may not direct his slave to harm other (non-slave) people, but he is not legally obliged to place him at their disposal to the slightest degree: he owes none of his slave’s service to anyone else. So, analogously, if I am the moral owner of myself, and, therefore, of this right arm, then, while others are entitled, because of their self-ownership, to prevent it from hitting them, no one is entitled, without my consent, to press it into their own or anybody else’s service, even when my failure to extend service voluntarily to others would be morally wrong” .

Enquanto sinónimo de parcela física ou palpável através da qual cada indivíduo se materializa, é naquela transcrição inicial da autoria de John Locke que se funda grande parte do debate moderno acerca da pertença do corpo humano. O seu domínio caberá a quem? Ao próprio indivíduo, ao Estado, à comunidade, a Deus, ao Criador, a ninguém? Cada sujeito será um simples *trustee* do seu invólucro corporal?

À primeira vista, a matéria nem sequer parece merecer problematização. Cada indivíduo é, constantemente, chamado a tomar decisões que, diretamente ou indiretamente, versam sobre o seu corpo (*v.g.* extrações dentárias, cortes capilares, intervenções cirúrgicas em geral, ingestão de medicamentos, sujeição a vacinações ou a testes de ADN, participação em provas desportivas, condução de quaisquer veículos, ingestão de alimentos, prestação de trabalho ou de serviços em geral, etc.). Partindo-se do princípio de que dele não é dono ou soberano, encontrar-se-á então dependente, para tanto, da autorização (consentimento, aprovação, corroboração, confirmação) de outrem? Para executar *v.g.* a angiografia há de pedir-se permissão a alguém? A quem? O corpo humano, não competindo à pessoa nele materializada, pertencerá a terceiro?

As perguntas, quando historicamente perspetivadas, não obtêm, contudo, as respostas que hoje se afiguram socialmente óbvias . A regra estabeleceu-se reiteradamente, com efeito, no sentido de não se admitir a propriedade sobre o próprio corpo em virtude de ele se conceber como “the temple of the Holy Ghost” ou como algo equivalente . Pelo que, de alguma forma nunca cabalmente explicada, caberia entender que ele se encontraria sob o domínio de uma entidade de natureza divina . Encarando a questão deste modo, o corpo não seria *res nullius*, mas, em contrapartida, também não se sujeitaria a *private property*.

Com diferente fundamentação, mas tirando ilações de ordem similar, se pronunciou Kant : “Man cannot dispose over himself because he is not a thing. He is not his own property – that would be a contradiction; for so far as he is a person, he is a Subject, who can have ownership of other things. But now were he something owned by himself, he would be a thing over which he can have ownership. He is, however, a person, who is not property, so he cannot be a thing such as he might own; for it is impossible, of course, to be at once a person, a proprietor and a property at the same time.

Hence a man cannot dispose over himself; he is not entitled to sell a tooth, or any of his members. But now if a person allows himself to be used, for profit, as an object to satisfy the sexual impulse of another, if he makes himself the object of another’s desire, then he is disposing over himself, as if over a thing, and thereby makes himself into a thing by which the other satisfies his appetite, just as his hunger is satisfied on a roast of pork. Now since the other’s impulse is directed to sex and not to humanity, it is obvious that the person is in part surrendering his humanity, and is thereby at risk in regard to the ends of morality.

Human beings have no right, therefore, to hand themselves over for profit, as things for another’s use”.

Aparentemente, o argumento afigura-se irresponsível. Todavia, não pertencendo o corpo de cada sujeito a ele próprio – dado que, em pura lógica, não é possível alguém ser, em simultâneo, sujeito e objeto – a quem há de caber? Não terá dono (ou, que é o mesmo, não terá dono terreno)? É que parece não sobrar opção . Seguir-se-á então que qualquer sujeito tem a faculdade de proceder à ocupação (artigo 1318.º, Cód.Civil) de corpo alheio ? Não é só por o sujeito, não sendo proprietário, ter ainda assim a posse exclusiva do seu corpo, que ele deixa de se qualificar como coisa sem dono! A proibição de apropriação por terceiros não se retira de modo automático a partir da atribuição do gozo privativo a certa pessoa. Ou seja, por fim: pretendendo-se a tutela absoluta e incondicional da dignidade do Homem, não se estará, com esta edificação de argumentos, a ultrajá-lo profundamente?

Mais importante, contudo, é a resposta a outra interrogação de maior profundidade: o corpo é a pessoa ou a pessoa é *através* do corpo? Não será este, ainda que incontestavelmente merecedor de um respeito particularíssimo, um simples instrumento de que a pessoa se serve para existir? A cisão entre espírito e corpo não se procederá justamente para, pelo prisma intelectual, separar aquilo que (segundo os nossos conhecimentos) se mostra fisicamente indivisível e para, de tal modo, se firmar a conclusão de que o primeiro comanda o segundo?

A priori, considerar o corpo como objeto somente será ideia capaz de ofender a dignidade pessoal se o direito que sobre ele eventualmente se reconhecer ou identificar envolver *full ownership* à maneira do *article 544* do Código Civil Francês: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*”. Mas esse é precisamente o cerne do debate. Com efeito, entendendo-se que o corpo está sob o domínio do sujeito nele integrado, a referida pertença deverá

traduzir-se em direito de propriedade *stricto sensu*? Será sequer concebível um senhorio sobre o corpo humano, ou partes que dele hajam sido destacadas, no sentido definido pelo artigo 1305.º do Cód.Civil? À falta de melhor locução para genericamente designar o “ter jurídico”, o recurso à ideia de *propriedade* sobre o corpo não servirá como simples metáfora? Ou, na melhor das hipóteses, como espécie de raciocínio que, à míngua de outro instituto jurídico acomodável, se constrói, na medida da sua parecença, por referência analógica?

É manifesto, pelo menos, como adiante se identificará, que uma parte importante dos corolários que logicamente se deveriam extrair da qualificação do corpo humano como objeto de propriedade plena nos termos do artigo 1305.º do Cód.Civil se deve ter como absolutamente imprópria, inoportuna ou despropositada. O que, para efeitos de elaboração dogmática, indicia o seu desajustamento. Não se afigura impossível, à partida, sustentar que as especialidades de regime a que a pretensa propriedade sobre o corpo se sujeita não implicam perda da sua natureza. Mas sendo elas tão numerosas, o mais acertado é presumir justamente o contrário. O que tão-pouco significa que cada qual não seja proprietário pleno do seu corpo. Ao invés, apenas permitirá concluir que o respetivo senhorio não se confunde com aquele que pelo direito de propriedade plena se exterioriza.

§ 2. *Mind over body*? Pessoa e corpo no qual ela se materializa serão sequer entidades distintas, separáveis ou dissociáveis? A serem-no, a alguma caberá a chefia e à outra a subordinação ou, ao invés, encontrar-se-ão ambas em igual patamar? A tutela conferida ao corpo pressupõe a existência de pessoa? O ser humano já o é – e, portanto, já é pessoa – antes do nascimento? E sendo-o a partir da conceção, não ficará assim demonstrada a existência de pessoa antes de ela ter o respetivo corpo ou, ao menos, antes da sua integral formação? Quando, em relação a embriões excedentários, a lei autoriza a respetiva “doação” a outro beneficiário (artigo 25.º, n.º 3, Lei n.º 32/2006, de 26/07), não se estará a coisificar (ao menos tendo em vista a transferência) as pessoas neles materializadas? Por que razão o proprietário de um terreno não pode *v.g.* proceder ao corte de sobreiros ou de azinheiras nele existentes sem a competente autorização administrativa, mas uma mulher pode livremente fazer uma mastectomia na previsão de que provavelmente padecerá de cancro de mama? O corpo só é pessoa enquanto nele houver vida? O cadáver ainda é pessoa ou já será coisa? Haverá diferença física significativa entre corpo com vida e corpo sem ela que explique a coisificação deste e impeça a daquele?

A busca das respostas para todas estas perguntas conduz a averiguação necessariamente para áreas extrajurídicas. Trata-se, na essência, de dilucidar ou, ao menos, aclarar, o tradicionalmente insolúvel *mind-body problem*.

Na cultura ocidental, e salvaguardadas as próprias diferenças conceituais determinadas por distintos ambientes e épocas civilizacionais, desde os Gregos que, a propósito da caracterização da natureza humana, se introduziu a

diferenciação radical entre a componente material e a componente imaterial do Homem: entre corpo e espírito ou alma. É a presença desta última – como princípio vital – que distinguirá a pessoa do seu cadáver. Daí que, por exemplo, a morte se explicasse como a desagregação entre os dois referidos elementos. Por isso ainda, igualmente por exemplo, alguns sustentaram que a alma sobreviveria ao corpo, permanecendo embora em distinta parte do universo. O que já indiciava uma supremacia ou preponderância daquela. A degeneração e subsequente decomposição do corpo impunha-se, de facto, inapelavelmente. A imaterialidade da alma, ao invés, permitia asseverar a sua subsistência para além da morte.

Na doutrina católica esta propensão cultural traduziu-se, identicamente, na realização da separação entre corpo e alma – ainda que, ultrapassando a tradição Grega, sem jamais subalternizar aquele a esta. Embora também sem deixar de se reconhecer que “es evidente que lo primero por lo que un cuerpo vive es el alma. Y como en los diversos grados de los seres vivientes la vida se expresa por distintas operaciones, lo primero por lo que ejecutamos cada una de estas operaciones es el alma”.

Mais recentemente, com o despontar do racionalismo, a separação passou a estabelecer-se tendencialmente entre corpo e razão (em vez de alma ou espírito). E intensificou-se a diferenciação. Se *cogito ergo sum*, daí decorre que (i) cada indivíduo é “une chose qui pense”, (ii) “la pensée est un attribut qui m’appartient: elle seule ne peut être détachée de moi” e (iii) “si je cessais de penser, (...) cesserais en même temps d’être ou d’exister”.

A colocação contemporânea do problema permanece, na sua ossatura, dentro dos parâmetros primariamente definidos por Descartes. Importa sublinhar, sobretudo, que se tornou culturalmente elementar individualizar o ser humano através de uma componente de ordem tangível e outra de natureza incorpórea. Com implicações jurídicas imediatas. Por exemplo, a tutela diferenciada (artigo 25º, n.º 1, Constituição) concedida à “integridade moral”, de um lado, e à “integridade física”, do outro.

A diferenciação *mind-body* alicerça, para o essencial, a realização da separação entre o Homem e os demais seres animados (que da alma estarão privados). Mas, quer elas se vejam como duas parcelas da mesma entidade (teoria monista) ou como dois entes distintos entre si (teoria dualista), reitera-se, tipicamente, o entendimento segundo o qual o corpo se encontra ao serviço da alma, espírito ou razão. É o seu suporte, o seu instrumento ou o seu continente. Por isso a alma adquire predominância. A instituir-se uma hierarquia, esta prepondera ou, pelo menos, comanda aquele. Chegando-se por vezes ao ponto de, ao longo da história, se ter sustentado a necessidade de, preferencialmente, a alma existir arredada do corpo.

A ideia segundo a qual o corpo humano é suscetível de ser atingido por direitos é proporcionada por esta ótica. A partir do instante em que se veja o corpo como uma *parte* do ser humano que é liderada pela alma, pelo espírito ou pela razão, torna-se legitimamente possível, com efeito, perspetivá-lo como

objeto e não como sujeito.

Somente as teorias materialistas reducionistas mais radicais entendem inexistir pensamento, consciência ou identidade fora da continuidade física ou corpórea. O que conduz à negação do “Eu” enquanto ente imaterial. Tal visão não acarreta, todavia, a sua rejeição. Ele permanece (ainda que, deste modo, se proporcione ou facilite a ilação de que, por exemplo, o nascituro ou o ser vegetativo não têm “Eu” e, portanto, não são pessoas). Sucede apenas que se torna impossível concebê-lo apartado do corpo. Não fica impedido, porém, que, a partir da existência deste, o “Eu” se abstraia.

O mais ou menos acentuado dualismo *mind-body* pode, pois, ser sub-rogado por qualquer outra ótica. Talvez o *body-as-self*, que conduz, por exemplo, ao chamado *mindful body concept* ou ao *body-minded brain*, seja capaz de se apresentar como uma perspectiva antropológicamente preferível. A bagagem cultural de que somos herdeiros é, contudo, aquela e não esta. Quaisquer outros parâmetros não se encontram ainda suficientemente equacionados, nem desenvolvidos. Além de que, quando se entenda que, em maior ou menor medida, a pessoa é o seu corpo, está-se implicitamente a admitir que, em função do seu desempenho, possa haver mais e menos pessoa (*v.g.* o deficiente ante o não deficiente; o sobredotado ante o mentalmente inapto; o jovem ante o idoso). E dizer que o corpo, “as represented in the brain, may constitute the indispensable frame of reference for the neural processes that we experience as the mind”, não implica que o elemento espiritual não lidere o corpo. Tal apenas mostrará: (i) que aquele não existe quando não se encontre integrado neste; e (ii) que a diferenciação – meramente analítica – entre um e o outro é artificial.

Admitir que “the mind itself depends on brain-body interactions”, afigura-se, hoje, uma ideia irrecusável. A separação cartesiana, hermética, entre razão e matéria é de rejeitar. Mas o reconhecimento disso não acarreta repelir os respetivos conceitos. Nem, menos, recusar àquela o comando. Ainda que, em todo o caso, uma interrogação permaneça: espírito – como sinónimo de “Eu” –, mente e personalidade individual confundir-se-ão?

No fim de contas, o que sobretudo interessa apurar é a construção que se afigura juridicamente mais apropriada em função dos dados legais. A diferenciação que o artigo 25.º da Constituição introduz – entre “integridade moral e física” – é, para este efeito, muito significativa. E a *commodification* – já constatável – *v.g.* de *body parts*, do ADN ou de outras células humanas pressupõe a respetiva objetivação. Basta, na verdade, que, para certo efeito, a lei perspetive o corpo como objeto para que ele assim deva ser ideado, ainda quando moral ou eticamente a solução se mostre questionável. Como tratar, de outro modo, *v.g.* a gestação de substituição ou o *human billboard*? Fenómenos desta natureza (ou afim) envolvem considerar que a pessoa, o “Eu”, seja algo diferenciável do invólucro que o incorpora. A não ser assim, desponta o risco de sucessos elementares – como *v.g.* a aquisição de cadáveres para dissecação pelas

faculdades de medicina – proporcionar *puzzles* inexplicáveis para o Direito.

Quer se entenda que a pessoa é *através* do corpo, quer se considere, diversamente, que ela é o seu corpo, o simples reconhecimento da existência do “Eu” permite supor que a este compete o papel principal. De outro modo, de que forma se há de conceber a diferenciação entre corpo com vida e cadáver? Nem mesmo, portanto, nas concepções materialistas fica vedada a objetivação do *human body*. Como, além disso, o único dilema plausível é o relativo à *ownership* sobre o *corpo* – e nunca o respeitante a uma suposta *ownership* sobre a *pessoa* –, assoma então a legítima interrogação: os direitos que à pessoa se reconhecerem versando sobre o seu suporte tangível incidirão exatamente sobre o quê? Qual o seu *quid*?

§ 3. *Corpo humano: sujeito, objeto, coisa?* “«*Dominus membrorum suorum nemo videtur*» (no one is to be regarded as the owner of his own limbs): Ulpian, Edict, D9 2 13 pr. The common law has always adopted the same principle: a living human body is incapable of being owned. An allied principle is that a person does not even «possess» his body or any part of it: R v. Bentham [2005] UKHL 18, [2005] 1 WLR 1057. Notwithstanding these principles, the law compensates by making an elaborate series of rules for the protection of the body and bodily autonomy: see, eg, Airedale NHS Trust v Bland [1993] AC 789. One consequence of the principles, albeit not recognised until the nineteenth century, is that, if our bodies cannot be our own property, it follows that they cannot be the property of other persons; and that therefore we cannot sell ourselves, or be sold, to others. Another consequence is that, if we do not own our bodies, we have no right to destroy them, i.e. to commit suicide; in this respect, it was necessary for Parliament, by s.1 of the Suicide Act 1961, to legislate the necessary reform to the criminal law.

In his Institutes of the Laws of England, mostly published in 1641, after his death, Sir Edward Coke wrote (3-203) that the «burial of the Cadaver is *nullius in bonis* [in the goods of no one] and belongs to Ecclesiastical cognizance». In his Commentaries on the Laws of England, published in 1765, Sir William Blackstone wrote (15th ed, 1809, Book II, Ch. 28, pp 428-9) that:

«...though the heir has a property in the monuments and escutcheons of his ancestors, yet he has none in their bodies or ashes; nor can he bring any civil action against such as indecently at least, if not impiously, violate and disturb their remains, when dead and buried. [But] if anyone in taking up a dead body steals the shroud or other apparel, it will be felony; for the property thereof remains in the executor, or whoever was at the charge of the funeral».

There were at least three reasons for the rule that a corpse was incapable of being owned. First, in that there could be no ownership of a human body when

alive, why should death trigger ownership of it? Second, as implied by Coke and Blackstone, the body was the temple of the Holy Ghost and it would be sacrilegious to do other than to bury it and let it remain buried: see for example, *In Re Estate of Johnson* 7 NYS 2d 81 (Sur. Ct. 1938). Third, it was strongly in the interests of public health not to allow persons to make cross-claims to the ownership of a corpse: in the words of Higgins J in his dissenting judgment in *Doodeward v. Spence* in the High Court of Australia, (1908) 6 CLR 406, there was an «imperious necessity for speedy burial»” [*Yearworth vs North Bristol NHS Trust* (2009) EWCA Civ 37, (2010) QB 1, (2009) 3 WLR 118, (2009) 2 All ER 986 CA].

O que se afigura particularmente notório a partir desta transcrição de importância transcendental para o debate, é que a insusceptibilidade de cada qual ser havido como dono do seu corpo se sustenta sem demonstração. É uma *petitio principii*. Haverá alguma razão – lógica, jurídica, ética ou moral – para se afirmar que cada indivíduo não tem soberania sobre o seu corpo? Nesta conceção, tais razões, a existirem, somente poderão assentar em fundamentos de índole exclusivamente religiosa. Mas essas têm motivações e fins próprios que não interferem com os desígnios específicos do Direito. De facto, no pressuposto de o corpo de cada ser humano pertencer a Deus, quando *v.g.* o cirurgião decida, para salvar a vida ou a integridade física do paciente, extrair-lhe a vesícula ou decepar-lhe um pé, estará a infringir a Sua vontade e a sujeitar-se, portanto, à competente sanção divina?

E pergunta-se ainda, por outro lado: a *ownership* – ou seja, a pertença – só admite uma forma? Qualquer domínio sobre coisas, bens ou outros objetos confunde-se forçosamente com o direito descrito pelo artigo 1305.º do Cód.Civil? O *ter* jurídico é sempre sinónimo de «*uti frui habere possidere*»?

Será inadmissível, em função destas questões, idealizar um furto ou um roubo quando as partes do corpo humano que dele hajam sido separadas – suponha-se o dente extraído, o cabelo cortado que o seu titular guardou algures numa gaveta, o leite sacado pela ama para ser proporcionado à criança amamentada, a urina ou o sangue fornecidos para a realização de análises clínicas – sejam tomadas por terceiro, ou inclusivamente pelo próprio, sem que tenha ocorrido algum facto capaz de legitimar a translação da respetiva titularidade?

Esta última interrogação, lança de imediato esta outra pergunta: o corpo humano – ou as respetivas partes (destacadas ou não) – é suscetível de ser havido como coisa?

Apenas após a resposta, e consoante o seu sentido, se pode averiguar que espécie de direitos sobre ele podem eventualmente incidir. Certo é que, seja sobre o corpo, seja sobre a generalidade das *res corporales*, “property requires the notion of thing, and the notion of thing requires separation from self”.

B. Definição de coisa.

§ 4. *Funcionalidade*. Ao contrário da noção de pessoa jurídica, que é quase axiomática (ao menos, a de pessoa singular), o conceito de coisa (até talvez pelo amplíssimo sentido que a locução tem na língua portuguesa ou, em geral, nas línguas de raiz latina devido ao próprio significado que a expressão *res* adquiriu) torna-se de difícil apreensão pretendendo-se ser minimamente positivo. Há, no entanto, um ponto de partida que hoje parece maioritariamente reconhecido: ele encerra um dado pré-jurídico. Quer isto dizer que, tal como o ser humano, a coisa em sentido jurídico é um dado factual com que o Direito se limita a lidar. O conceito de coisa encontra-se assim essencialmente estabelecido antes mesmo de ser juridicamente considerado.

A dificuldade subjacente só aparentemente fica resolvida. O conceito de coisa é pré-jurídico, é socialmente fornecido, mas permanece em branco.

O entendimento pré-jurídico de coisa molda-se principalmente sobre a ideia de *funcionalidade*. É por esta ótica que, antes do mais, ela é socialmente identificada. Do ponto de vista jurídico, coisa será então toda aquela realidade corpórea que tenha por si própria (autonomamente) uma certa função – ou, que é o mesmo, que desempenhe algum serviço socialmente admissível. No fundo, mais prosaicamente, que *sirva para algo*. Em rigor, portanto, não é o conceito de coisa que é pré-jurídico, mas sim o critério da coisificação.

É para reconhecer aos respetivos titulares uma zona de reserva de atribuição das utilidades correspondentemente associadas à sua função que os direitos subjetivos sobre coisas se destinam. É para isso que eles são concedidos, ainda que para tal não sejam efetivamente exercidos. Constatação que recebe confirmação quando se cataloga como abusivo o exercício de um direito sempre que o seu titular exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social (artigo 334.º, Cód.Civil). Ora, a concessão das referidas utilidades supõe que a coisa em consideração as possa proporcionar. Se as pode propiciar é porque serve para algo.

Cabe, de seguida, tentar a extensão da ideia ao corpo humano. Serve ele para algo? A resposta genérica é: vale para os fins próprios da pessoa nele materializada. Ao abrigo da regra da liberdade individual, o que esta pretender fazer com o seu corpo, para os propósitos que entender, é-lhe, em princípio, permitido. A afirmação redobra intensidade quando se trate de órgãos, tecidos ou células humanas que porventura hajam sido extraídas do corpo. Ainda que o número de utilizações que se lhes pode imprimir seja escasso, servem sem dúvida para algo. Aliás, mais vale que assim seja, porque, após a separação, o retorno ao corpo original é impossível ou, na melhor das hipóteses, apenas a grande custo se torna exequível.

A conclusão que antecede parece configurar, à primeira vista, um entendimento inopinado e que, sobretudo, não leva em conta a deferência devida ao corpo humano. Tanto por causa das restrições que o próprio sofre quando dele pretende dispor (cf. *v.g.* artigos 81.º e 340.º, Cód.Civil), como, principalmente, devido ao respeito que merece a respetiva dignidade. Da qual, em geral, nem o

próprio pode abdicar.

É indesmentível que da conciliação entre estes dois tópicos induz-se que a prática de uma grande variedade de atos relativos ao aproveitamento das utilidades proporcionadas pelo corpo há de ficar vedada, ainda quando o titular neles haja assentido. Mas basta que um único se valide para que se torne possível visualizá-lo como um objeto. Ora, o titular pode, por exemplo, autorizar outrem a dissecar o seu cadáver. Pode dar sangue para alguma transfusão sanguínea. Pode permitir a colheita de algum órgão para transplante. Pode consentir na recolha de células para fins de investigação científica. Pode ceder o uso do seu corpo no âmbito de uma gestação de substituição. Pode ceder esperma ou óvulos. Não interessa se o condicionalismo em que tal se admite é muito apertado; importa somente que, em certas circunstâncias, aquelas atuações são legítimas. Em qualquer caso, não é a larga quantidade ou a multiplicidade de atos executáveis que coisifica o corpo ou as suas partes componentes ou, ao invés, a sua pequenez ou exiguidade que a impede.

Segue-se então esta outra interrogação: se certo material genético extraído do corpo é passível, ainda que limitadamente, de constituir objeto de atos de alienação, que natureza há de ele assumir, ao menos nessas conjunturas, a não ser o de coisa? No conceito de prestação não cabe com certeza. E no de coisa incorpórea tão-pouco. Outra inferência não resta para além daquela que conduz à sua qualificação como coisa corpórea. Nem se pergunta por alternativa. A não ser *res corporales*, que há de ser?

§ 5. *Iura in re aliena e corpo humano*. Se, como ponto de partida, apenas será coisa aquilo que não for havido como pessoa, em relação ao corpo de pessoa viva considerado como um todo, melindra encará-lo como *res corporales*. Dúvida não há, porém, de que, em algumas conjunturas, ele pode ser *objeto* de negócios jurídicos tendo em vista a cêndencia da sua utilização no interesse de outrem – *v.g.* os contratos para a gestação de substituição ou para a *human billboarding*. Não é, decerto, aceitável dizer que, então, o beneficiário adquire um direito sobre o corpo alheio. No primeiro exemplo, não se pode dizer que os pais jurídicos obtêm direitos sobre o corpo da mãe hospedeira. Mas afigura-se incontestável que ela cede o *uso* do seu corpo para o efeito acordado. Os direitos dos primeiros, emergentes do referido convênio, têm natureza creditícia. Têm por objeto condutas a que a segunda se encontra adstrita. Mas, indiretamente, referem-se ao corpo desta (tal como *v.g.* numa compra e venda, o direito do comprador à entrega da coisa tem por objeto a prestação devida pelo vendedor, embora, reflexamente, aluda à coisa alienada).

§ 6. *Individualização do corpo*. Já que não se concebem direitos sobre coisas indeterminadas, objetivamente futuras ou incertas, a exigência de individualização funda-se, sobretudo, na própria *natureza das coisas*. Um direito

sobre coisa não identificada em espécie é um “não direito”, pois é impossível, do ponto de vista intelectual, proceder à atribuição de poderes sobre algo que nada é. Não se concebe, por exemplo, que se use um automóvel que ainda não foi fabricado ou que, fazendo parte de um lote de dez, ainda não foi escolhido.

A individualização de partes do corpo por via da sua separação ou destaque há de, geralmente, depender da vontade do próprio. Ainda que as limitações legais para o efeito instituídas sejam imensas e intensas. Se, por exemplo, a matéria que se pretender desagregar (*v.g.* órgão ou tecido) tiver natureza não regenerável, o desmembramento há de encontrar-se, em princípio, terminantemente proibido.

Importante é que tais partes se achem devidamente identificadas. Se algumas há que se individualizam naturalmente (*v.g.* um rim, o esperma, os óvulos), outras não se encontram nas mesmas condições (*v.g.* células). Em tais circunstâncias, a indeterminação inviabilizará a respetiva coisificação.

§ 7. *O corpo humano como res.* Definir a coisa exclusivamente mediante o critério funcional é ideia demasiadamente ampla. A generalidade das prestações também desempenha função socialmente admissível, e, repete-se, no vastíssimo sentido que a expressão “coisa” pode adquirir na língua portuguesa, a designação até lhes poderia caber sem grande violência semântica. Há, todavia, óbvias diferenças, de estrutura e de conteúdo, entre um direito de exigir um comportamento alheio e um direito (real ou não) sobre uma coisa. Esta simples constatação envolve, por consequência, que o conceito de coisa seja reduzido às realidades extra-humanas (ou não humanas). Ou, por outras palavras, que o conceito de coisa não possa incluir comportamentos humanos (devidos perante outrem).

Transportado para o campo jurídico, isto significa que as prestações, objeto característico das obrigações, não podem ser havidas como coisas. De outro modo seria necessário regressar a construções do género daquelas que configuram o credor como titular de um direito de propriedade sobre uma certa conduta do devedor ou mesmo sobre o seu corpo. De resto, o próprio regime jurídico imposto pela natureza da prestação sempre seria suficiente para tornar inoperante qualquer assimilação entre coisa e prestação. O corpo humano, a ser objeto de direitos, não cabe no conceito de prestação (artigo 397.º, Cód.Civil). Em relação a ele, exclui-se, portanto, esta qualificação.

A coisificação do corpo humano – que não envolve forçosamente a sua *commodification* ou mercantilização – poderia supor-se assentar, nos seus alicerces e origem, na forma como o Direito concebe a relação entre o escravo e o seu *master* (dono). Se aquele era para este um objeto da sua propriedade, o respetivo corpo configurava-se juridicamente como uma coisa. Ora, que diferença existirá então entre ser dono de corpo alheio e dono do próprio corpo? Num certo sentido, seria até possível tirar a justificação por argumento *a maiori ad minus*: se alguém se pode tornar legítimo proprietário do corpo de outrem, há de, por maioria de razão, ter também a propriedade sobre o seu. Claro que, a partir do instante em que a

escravatura é abolida, esta construção cai pela base. Mas, mais importante, é no reconhecimento da autonomia individual, como sua emanção, que o senhorio sobre o corpo encontra fundamento. Não na analogia com a propriedade sobre o corpo de outrem. Este, para todos os efeitos, é uma coisa, não uma pessoa. A *self-ownership* sobre o corpo, ao invés, não supõe a respetiva coisificação.

§ 8. *Res corporales et res incorporales*. Outra redução a introduzir ao conceito de coisa decorre da sua necessária limitação ao campo das chamadas coisas corpóreas.

São corpóreas, ou tangíveis, aquelas coisas que se revelam a qualquer dos sentidos. São incorpóreas, ou intangíveis, aquelas que apenas intelectualmente são captáveis.

Esta distinção, clássica, foi acolhida pelo Cód.Civil (artigo 1302.º), o qual, dada a sequência, parece apontar como exemplos (também clássicos) de coisas incorpóreas, as criações intelectuais objeto de direitos autorais ou de propriedade industrial (artigo 1303.º, Cód.Civil). Diversamente, o Código Civil alemão (§ 90: “Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände”) restringiu o conceito de coisa às corpóreas. De modo indireto, todavia, o nosso fê-lo também. Nos termos do citado artigo 1302.º, o direito de propriedade nele regulado – e, portanto, os restantes direitos sobre coisas construídos na sua dependência – só podem ter por objeto coisas corpóreas.

No amplo sentido que lhe pode ser emprestado, serão coisas incorpóreas, os direitos subjetivos, as universalidades de direitos, as criações intelectuais, as próprias prestações, etc. Na verdade, dada a sua indefinição:

- para alguns, o conceito de coisa incorpórea acaba por se confundir com o próprio conceito de objeto da relação jurídica;
- para outros, serve sobretudo para integrar aquelas situações em que uma realidade não corpórea é objeto de um direito subjetivo através do qual se procede à atribuição de um bem em termos *estruturalmente* idênticos àquela que corresponde aos direitos sobre coisas corpóreas.

A razão da inexatidão tem raízes fundas. Quando se faz uso da distinção *res corporales et incorporales* não se está a encarar o objeto de um direito subjetivo em particular – *maxime* a propriedade. Consideram-se, ao invés, os elementos que podem compor o património individual. Sucede que, na História do Direito, tornou-se vulgar a assimilação. E o verbo “ter” não ajuda. Mas trata-se de realidades bem diferentes. O património é uma noção compreensiva, que pode ser objeto de vicissitudes (*v.g.* a sucessão *mortis causa*), mas que não é objeto de direitos. Estes, ao contrário, é que são passíveis de o integrar.

O conceito de coisa incorpórea revela-se, por um lado, extraordinariamente impreciso. Imprecisão que sem dúvida decorre do próprio conceito de incorporalidade.

Igualmente, por outro lado, há aspetos do regime de certos direitos sobre coisas, incluindo o de propriedade (acessão, usucapião, ocupação, etc.), assim como há certos *ius in re* (servidão predial, propriedade horizontal, superfície, etc.), inconcebíveis em relação às coisas ditas incorpóreas.

Acresce que é a própria lei, através do disposto nos artigos 1302.º/1303.º do Cód.Civil que, na prática, retira toda a relevância, em termos de fixação de regime, à referida adjectivação.

Afigura-se por isso que, para manter utilidade, cabe restringir o conceito de coisa às corpóreas. Não só por apenas em relação a estas se poder pensar num regime jurídico uniforme, mas, sobretudo, por a qualificação desta ou daquela realidade como coisa incorpórea, em virtude da inexatidão que o seu conceito patenteia, se revelar, no mínimo, largamente arbitrária. Se é intuitiva a noção de coisa corpórea, já a de incorpórea, pela sua indefinição, não pode ser mais do que uma pura questão de perspectiva ou de arrumação. Adotando o critério vulgar, o conceito de coisa incorpórea acaba por funcionar como um resíduo perante o de coisa corpórea.

De resto, para os casos paradigmáticos de coisas incorpóreas – as criações intelectuais – a sua inserção no conceito de coisa apresenta-se desvirtuada. É que podendo dizer-se que a criação intelectual pertence ao seu autor, e se é devido encontrar alguma semelhança entre a forma desta pertença e outras historicamente objeto de maior concretização, é com a *paternidade/maternidade* e não com a propriedade que ela se deve buscar. A criação intelectual compete ao respetivo autor, não propriamente no sentido de que é propriedade sua, mas, sobretudo, no sentido de que é *obra sua*. O autor de obra intelectual é mais o seu progenitor do que o seu proprietário.

Para a *ownership* sobre o corpo humano, ou sobre as suas partes, toda esta discussão se torna estéril. A serem coisas (ou, pelo menos, objeto de direitos), terão claramente natureza corpórea. São *quae tangi possunt*. Já no que toca às criações intelectuais que tenham por base certos elementos extraídos do corpo humano (*v.g.* células), a qualificação importa, sobretudo, para dizer que não são objeto do direito de propriedade descrito pelo artigo 1305.º do Cód.Civil.

§ 9. *Propriedade plena e demais espécies de senhorios*. Tanto os direitos de propriedade industrial como os direitos de autor – que são os exemplos característicos de direitos ditos de propriedade sobre coisas incorpóreas – apresentam, na verdade, alguma afinidade estrutural com o direito de propriedade. Todos são direitos *sobre* certas realidades exteriores à pessoa, pertencentes, respetivamente, ao mundo ideal ou ao mundo fáctico. Nenhum é direito *contra* ou *perante* certo outro sujeito.

Todavia, apesar da aludida similitude:

- (i) Só muito restritamente o regime do direito de propriedade sobre coisa corpórea é ampliável aos direitos de propriedade industrial ou aos

direitos de autor. Institutos como os da acessão, ocupação, usucapião, *possession vaut titre*, aquisição tabular, retenção, etc., são praticamente inconcebíveis fora do âmbito da propriedade sobre coisas corpóreas. *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipiunt* (Gaio, D.41.1.43.1).

- (ii) Por outro lado, tal analogia apenas é possível em relação às emanações patrimoniais derivadas do reconhecimento dos direitos de propriedade industrial ou dos direitos de autor (os chamados *direitos de exploração económica*), as quais se consubstanciam, fundamentalmente, na legitimação para lograr o aproveitamento económico correspondente. Há, porém, um aspeto pessoalíssimo ligado à titularidade destes direitos – o do *reconhecimento e tutela da autoria* ou da *paternidade* sobre a ideia que constitui o seu objeto – que nem sequer se põe no que respeita ao direito de propriedade sobre coisas corpóreas.

Os direitos de autor e os de propriedade industrial, ao conjugarem elementos pessoais e patrimoniais, adquirem uma natureza *sui generis*, não confundível com a dos direitos sobre coisas corpóreas. E, dos dois, o componente neles predominante é justamente o pessoal, como se comprova pelo facto de o direito ao *reconhecimento da autoria* subsistir independentemente da existência dos direitos ligados à exploração económica da obra ou independentemente da sua titularidade.

Quando se assimilam os direitos sobre coisas corpóreas, *maxime* o de propriedade, com os direitos como os de autor ou os de propriedade industrial confunde-se o conceito técnico-jurídico de propriedade (contido no artigo 1305.º do Cód.Civil) com o conceito sociojurídico do “*ter*”.

O *ter jurídico* pode apresentar diversas formas e modalidades e, de facto, apresenta-as. É, portanto, plurissignificativo. Uma coisa é *ter*; outra é *ter* como *proprietário*. Tal qual como *v.g.* a qualidade de *dominus* pode assumir o sentido de “*dono de*” ou “*senhor de*”, alcançando, por isso, muito mais do que exclusivamente o proprietário (como sucede *v.g.* com o caso do “*dono do negócio*” para efeitos do instituto da *negotiorum gestorum*).

O mesmo se diga para os pretensos direitos reais sobre participações sociais. Estas não são coisas, ainda que possam ser objeto de direitos (tal qual como, por exemplo, a prestação devida o pode ser).

É certamente concebível um direito de usufruto ou um penhor sobre uma participação social. Mas isso não quer dizer que se trata do usufruto que é direito real ou do penhor com a mesma natureza. É apenas possível estender o regime destes àqueles até onde a analogia das situações o justifique e autorize. De facto, por exemplo: como é que se traduz a regra do respeito pela forma e pela substância (artigo 1439.º, Cód.Civil) aplicada ao usufruto de participações sociais? E como é que a causa de extinção do usufruto estabelecida pelo artigo 1476.º, n.º 1, alínea d), do Cód.Civil, opera para aquele outro? E a atuação da *rei mutatio* (artigo 1478.º, n.º 2, Cód.Civil) é verosímil? Ou, ao invés, como é que se constitui um penhor

de ações – ou melhor, qual é neste caso o elemento publicitário substitutivo do desapossamento (artigo 669.º, Cód.Civil)?

Com maior justificação do que aquela que se avança para as coisas intangíveis, este processo de raciocínio é alargável às *partes* do corpo humano que dele hajam sido apartadas ou extraídas.

É possível pensar para elas por analogia e estender-lhes institutos como *v.g.* os da usucapião, da ocupação ou da especificação. É concebível sujeitá-las a contrato de depósito. É idealizável que, sobre elas, se pratiquem atos com eficácia translativa (*v.g.* dádiva de sangue, de medula, de óvulos, de esperma), alguns mesmo de carácter oneroso (*v.g.* contrato de aleitamento). É inclusivamente plausível conceder o uso do corpo em benefício de outrem (*v.g.* gestação de substituição ou *human billboarding*). É pensável que, em relação a algumas, o decurso do tempo (prescrição, caducidade, não uso) ou a simples *derelectio* constituam factos dotados de eficácia extintiva da propriedade que sobre elas incida (*v.g.* o esperma criopreservado que o respetivo dador haja manifestamente abandonado). Mas as fronteiras ditadas pela *natureza das coisas* impõem-se. Ainda que, reconheça-se, o que se diz valha para todos os bens, e não somente para aqueles que se ligam à personalidade. Aqui apenas adquirirão maior ou diferente intensidade.

Já no que respeita ao *corpo humano* considerado como um todo, a suscetibilidade de se encontrar subordinado ao tipo de direito de propriedade tal como ele surge descrito pelo artigo 1305.º do Cód.Civil parece francamente inaceitável, sobretudo pelos resultados (que adiante se avançarão) propiciados por tal ótica. O que não significa que outros direitos de domínio ou de senhorio sobre ele sejam igualmente inconcebíveis.

Dizer, em Direito, que o caso *x* é igual ao caso *y*, significa dizer (não só, mas também) que o regime de um é inteiramente transponível, em bloco, para o outro e vice-versa. Ora, como brevemente se deixou demonstrado, não é isso que sucede com os supostos direitos sobre coisas incorpóreas. O mesmo se não pode dizer, com igual certeza, em relação ao corpo humano e, sobretudo, em relação aos elementos que dele hajam sido destacados. Há, no que toca à sua natureza, maior proximidade com os direitos reais, *maxime* com a propriedade. A começar pelo facto de, em ambos os casos, o objeto ter carácter corpóreo. Mas, sobretudo, por a grande diferença entre a propriedade sobre *res corporales* e a pretensa propriedade sobre o corpo humano resultar, não da sua conceção estrutural ou do seu modo de atuação, mas apenas das (profundas) limitações que ao exercício da segunda se erguem. O que, só por si, não inviabiliza a analogia. Em alguns casos indiscutíveis – *v.g.* propriedade sobre bens culturais –, elas revelam-se igualmente intensas e não é por isso que a respetiva natureza se transfigura.

§ 10. *Res extra commercium/res in commercio*. A classificação que separa as *res extra commercium* das *res in commercio*, procedente do disposto no n.º 2 do artigo 202.º do Cód.Civil, torna-se relevante para a conceção, pela negativa, dos direitos

sobre coisas porque:

- Primeiro, serve para esclarecer que a existência de uma coisa não depende de a realidade em causa poder “ser objeto de direitos privados”;
- Segundo, permite afirmar que não se descortinam razões estruturais impeditivas de os direitos sobre coisas tanto poderem ter por objeto as que estão dentro como as que estão fora do comércio. Sucede é que apenas na primeira hipótese serão “direitos privados”.

Os direitos sobre coisas dentro do comércio são, de um modo geral, os previstos no Cód.Civil e em demais legislação civil avulsa.

A existência de direitos sobre *res extra commercium* depende, antes de mais, da espécie de coisa que se encontre nessas condições. O artigo 202.º, n.º 2, do Cód. Civil, distingue as coisas no “domínio público e as que são, por sua natureza, insuscetíveis de apropriação individual”.

O domínio público é nuclearmente constituído, por um lado, pelos bens que a própria Constituição da República nele incorporou (artigo 84.º, n.º 1) – os quais, *grosso modo*, compõem o domínio público *necessário* – e, por outro, por aqueles que a lei ordinária (Decreto-Lei n.º 280/07, de 07 de agosto) nele tenha integrado ou venha a integrar [artigo 84.º, n.º 1, alínea f), Constituição]. Os bens classificados e subordinados ao domínio público, ficam sob um regime de inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade (artigos 18.º, 19.º e 20.º do Decreto-Lei n.º 280/07, de 07 de agosto), insusceptibilidade de posse [artigo 1267.º, n.º 1, alínea b), Cód.Civil], etc.

As realidades “insuscetíveis de apropriação individual” são coisas (embora fora do comércio). Supõe-se, por isso, terem (também) uma determinada função (ao invés *v.g.* da Lua que não é uma coisa por, atualmente, não ter préstimo). Mas não se encontram, contudo, no domínio público. Não é fácil exemplificar, mas aqui se enquadra *v.g.* o caso daqueles bens pertencentes *em mão comum*, por exemplo, a certa comunidade. A hipótese corrente será composta pelos baldios. Nestas circunstâncias, o bem encontra-se numa terceira categoria: não é passível de “direitos privados”, mas também não se integra no domínio público.

O corpo humano (ou as suas partes), a ser objeto de direitos, há de adquirir natureza de coisa fora do comércio? O corpo (ou as suas partes) pode, ainda que de modo limitado, ser objeto de direitos reconhecidos ao seu titular. A questão, a partir daqui, consiste em saber se eles serão “privados”. De bem pertencente ao domínio público não se trata certamente. Será bem “insuscetível de apropriação individual”? Para quem entenda que o corpo “is incapable of being owned” parece ser esta a explicação mais plausível. Para qualquer outra conceção – quer a que afirma a propriedade pura e simples sobre o corpo, quer a que sustenta distinta espécie de senhorio sobre ele –, o corpo humano e, sobretudo, os elementos que dele hajam sido separados, enquanto assim se mantiverem, constituem coisas dentro do comércio. Como se disse acima, o facto de as relações

jurídicas privadas que os podem ter por objeto serem comparativamente pouco numerosas, escassas até, não impede a qualificação.

Que ao menos alguns bens da personalidade são suscetíveis de integração, ainda que limitadamente, na categoria das coisas dentro do comércio afigura-se indesmentível. Não perturba, por exemplo, que a imagem ou a voz de uma pessoa, depois de gravadas mediante algum processo, sejam objeto de negócios jurídicos capazes de conceder a respetiva exploração económica a terceiros. Também jamais se questionou *v.g.* a licitude do contrato mediante o qual a *ama de leite* se obriga a prover leite, amamentando o filho do outro contraente. Ora, se assim é para estes bens, por que razão não há de adotar-se semelhante entendimento para aqueles que, não despontando como simples reproduções ou traduções externas do corpo, dele hajam sido devidamente apartados? Apenas importará, a título geral, como sucede para todos os bens de personalidade, que os negócios através dos quais sobre eles se concedam direitos a terceiros, não contrariem os “princípios da ordem pública” (artigo 81.º, n.º 1, Cód.Civil), nem defrontem alguma proibição legal ou os bons costumes (artigo 340.º, n.º 2, Cód. Civil).

§ 11. *O corpo humano como res nullius*. A afirmação segundo a qual o corpo humano “is incapable of being owned” não pode obviamente tomar-se à letra. Se assim fosse, dever-se-ia concluir que ele é *res nullius*. Seria, por isso, suscetível *v.g.* de apropriação por qualquer (outra) pessoa através de ocupação (artigo 1318.º, Cód.Civil). A conclusão mostra-se de tal forma insensata que logo se vislumbra que o significado a lhe atribuir não pode coincidir com esse. E o facto de o corpo pertencer, para quem assim o creia, a Deus não invalida a ilação. O domínio que Ele mantenha sobre o corpo de cada indivíduo não tem projeção jurídica. Inexistindo um proprietário de proporção humana, a coisa, para o Direito, não tem dono.

A questão elementar subjacente à formulação destas perguntas será, portanto, ao invés, a relativa à natureza do direito que há de recair sobre o corpo. Direito de propriedade vulgar, nos termos gerais do artigo 1305.º do Cód.Civil? Senhorio ou domínio de distinta espécie? E, em qualquer caso, na titularidade do próprio ou de distinta entidade (*v.g.* Deus, o Criador, o Estado)?

Da conjugação entre os preceitos contidos nos artigos 1302.º, 1303.º e 1304.º do Cód.Civil infere-se, de imediato, que o direito de propriedade descrito no artigo 1305.º do mesmo diploma é a matriz dos demais direitos sobre coisas corpóreas. A existirem outras espécies de senhorios sobre elas, distintos da *full ownership*, é por comparação que se identificarão diferenças e é por aproximação que se afirmarão parecenças.

C. Propriedade e corpo humano.

§ 12. *Corpo com vida e cadáver*. O corpo humano, a ser havido como objeto

de direitos, apenas pode equiparar-se a coisa corpórea – ele é apreensível pelos sentidos.

É verdade, porém, que a simples sugestão perturba. Nem mesmo o cadáver tem sido visto, em geral, como uma coisa inteiramente equiparável às demais. É verdade que se a personalidade do ser humano cessa com a sua morte (artigo 68.º, Cód.Civil), e tendo em conta que, juridicamente, o que não for pessoa só pode ser objeto (de direitos), o cadáver há de ter a natureza de *res*. Só assim se explica que, por exemplo, se possa doar, para estudo, às faculdades de medicina. Não sendo havido como coisa e, como tal, não sendo objeto de propriedade, a que título terão estas instituições o direito de o dissecar? Conceber-se-á a concessão de um poder de transformação ao abrigo de algum outro direito que não o de propriedade? O entendimento contrário parece assentar sobretudo em razões de ordem sobretudo religiosa, padecendo, por isso, de algum irrealismo. Tornará necessário idealizar alguma outra espécie de soberania plena sobre um objeto apenas para nela incluir o cadáver.

Devido, porém, ao respeito pela dignidade da pessoa que no corpo agora sem vida antes existiu, a sua simples equivalência às demais coisas é inaceitável. É *res*, embora com estatuto especialíssimo.

Esta última ideia é, contudo, igualmente passível de extensão à pessoa viva. Ela existe no respetivo corpo, mas é, em si, uma realidade distinta deste? Ou, diferentemente, a pessoa é – só ou também – o seu corpo?

Na fase civilizacional em que nos encontramos não se concebe que a pessoa sobreviva totalmente separada do seu corpo. Ou, pelo menos, inexistente comprovação do contrário. Enquanto não se encontrar outro continente para o espírito, a falência do corpo gera, pelo menos, a sua incomunicabilidade. O que equivale, para os vivos, ao seu apagamento. A haver (outra) vida para além da morte, ela sucederá em diferente universo ou dimensão. Os mortos não fazem parte do mundo dos vivos. E o Direito serve os vivos, não os defuntos.

Como a visão jurídica (nesta, como em outras matérias) não representa, tipicamente, mais do que a simples transposição da perspetiva social, é por isso que, entre outras razões, o “nascimento completo e com vida” marca o início da existência jurídica (artigo 66.º, n.º 1, Cód.Civil). É por isso também que ela “cessa com a morte” (artigo 68.º, n.º 1, Cód.Civil). Mesmo quando se entenda, como se afigura mais ajustado, que a personalidade se inicia antes da nascença – designadamente, com a conceção –, antecipa-se o momento, mas moderadamente. É que só a partir daquele instante se torna exequível a individualização do corpo. O mesmo se diga para a extinção da personalidade singular. Qualquer que seja o momento mais apropriado para decretar a sua verificação [*v.g.* a “cessação irreversível das funções do tronco cerebral” (artigo 2.º da Lei n.º 141/99 de 28/08)], a verdade é que algures a supressão da vida no corpo há de ser havida como sinónimo de morte com as inerentes consequências.

Resulta do que antecede não ser legítimo configurar o corpo humano exclusivamente como um invólucro ou revestimento da pessoa. Para os demais,

esta inexistente sem ele. E, portanto, o corpo também integra a pessoa, ainda que isso se mostre insuficiente para a identificar e caracterizar. Não deixa, porém, de ser igualmente verdade, ao invés, que sem alma, espírito ou alguma entidade equiparável, o corpo, só por si, não faz a pessoa. A união é indissociável. Mesmo na visão dos filósofos Gregos, a morte, apartando o corpo da alma, impedia sustentar a sobrevivência da pessoa. Em certos casos, ela “retornaria”, mas só quando a alma encarnasse em distinto corpo.

§ 13. *O senhorio sobre o corpo como ius in re aliena.* Se o corpo humano não puder ser tomado como coisa, a própria afirmação da existência de um direito de propriedade sobre ele fica, de imediato, aparentemente prejudicada. Com efeito, a sua constituição e manutenção supõe a existência de um objeto ao qual se refira. É inconcebível a propriedade sobre o nada ou sobre algo que juridicamente não possa ser configurado como *res* ou como entidade análoga.

A questão não pode, todavia, ser encarada e resolvida de modo tão simplista. Dizer que o corpo não é uma coisa não acarreta dizer que ele não é um objeto. A segunda ideia é mais ampla do que a primeira. E dizer que sobre ele não incide direito de propriedade não implica dizer que em relação a ele não exista, a título de *self-ownership*, alguma espécie de domínio ou soberania, ainda que porventura insuscetível de integração no modelo delineado pelo artigo 1305.º do Cód.Civil.

Como explicar de outro modo, com efeito, o direito à integridade física (artigo 25.º, n.º 1, Constituição) ou, como seu corolário, o direito à saúde (artigo 64.º, n.º 1, Constituição), ou os direitos à imagem, à voz e ao nome? Estes supõem que o seu titular tenha alguma espécie de senhorio sobre o corpo. Caso contrário, para que se concederia o direito à sua preservação?

Concluindo-se que o dono do corpo é outrem (Deus, o Criador, o Estado), o direito à integridade física e às suas consequentes emanações deveria então conceber-se como um poder-dever. O seu exercício tornar-se-ia obrigatório sempre que a proteção do interesse do respetivo titular o exigisse. Não haveria margem de liberdade para a pessoa nele materializada. Além de que, por outro lado, a generalidade dos chamados *crimes contra as pessoas*, que o Cód.Penal prevê entre os seus artigos 131.º e 201.º, perderia a sua principal razão de ser. E *v.g.* o consentimento para a prática de ensaios clínicos deveria ser dado pelo próprio a título de representante do legítimo senhor do corpo. Assim como a recusa de sujeição a teste de ADN para, por exemplo, determinação da paternidade, não haveria de ter-se como legítima quando exclusivamente fundada no interesse do pretense pai. Seria um sem-fim de *nonsenses*.

§ 14. *Full ownership sobre o corpo: corolários.* Conceber a *self-ownership* como equivalente a direito de propriedade plena sobre o corpo de cada qual facilita a fundamentação de certas (óbvias) soluções.

Por tal razão, por exemplo, ninguém, incluindo o Estado, pode pretender

apoderar-se dele, ou de parte dele, sob que pretexto for. Não será *v.g.* por uma pessoa necessitar urgentemente de uma transfusão sanguínea ou do transplante de algum órgão ou tecido que se justifica submeter outrem, independentemente da sua vontade, às correspondentes extrações.

Pela mesma razão, igualmente ninguém – a começar pelo Estado – pode intentar fazer de outrem seu escravo.

Logo aqui, porém, ante uma ilação tão fortemente intuitiva, começam a despontar as dificuldades. Com efeito, se cada pessoa for tida como proprietária do seu corpo também se deve reconhecer, em contrapartida, que – ao abrigo do poder de plena disposição conferido pelo artigo 1305.º do Cód.Civil – lhe será permitido, querendo, aceitar tornar-se escrava de outra!

Prosseguindo por esta via, pergunta-se igualmente: havendo *v.g.* razões de utilidade pública, poderá o Estado desapropriar outrem dos seus órgãos, no todo ou em parte (artigo 62.º, Constituição), tendo em vista, por exemplo, salvar a vida de pessoa mais jovem (em detrimento do mais idoso sofredor de tal despojo)? E sendo amplamente reconhecida a liberdade de “transmissão em vida ou por morte” da propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, Constituição), poderá alguém, com este fundamento, alienar o seu direito à integridade física (aceitando *v.g.* submeter-se a tortura)? Por se tratar de ofensa minimamente invasiva, há de permitir-se, sem razão plausível (sobretudo do ponto de vista constitucional), fazer a recolha de alguma amostra celular ou de tecido tendo em vista a realização de teste de ADN mediante coação física se necessário for?

E justificar-se-á *v.g.* algo como a “compulsory eyeball redistribution” (dos que tiverem dois olhos a favor dos cegos) ou o homicídio prematuro daqueles (mais idosos) cujo corpo se possa empregar para salvar (outras) vidas mais jovens? E poderá *A*, após ter sido raptado e colocado em estado de inconsciência, ser compelido a manter-se ligado ao corpo de *B*, um famoso violinista com uma grave doença de fígado, de modo a garantir-lhe a vida durante o tempo necessário à obtenção da respetiva cura? Não se deverá ponderar, pelo menos, a eventual presença, em todas estas hipóteses, de utilidade pública capaz de legitimar o ato expropriativo?

Questão da mesma índole se põe ainda ante casos como o decidido em *McFall vs Shimp* [10 Pa. D. & C. 3d 90 (July 26, 1978)]: O *plaintiff*, Robert McFall, sofria de uma rara doença de medula óssea (aplasia medular). A menos que recebesse um transplante, a probabilidade de sobrevivência era diminuta. Após averiguação, apurou-se que apenas o *defendant* (David Shimp, um primo direito) seria compatível para a dádiva. Ante a sua recusa em submeter-se à colheita, o *plaintiff* pediu ao Tribunal que o *defendant* a ela fosse compelido. Deveria a decisão ter sido proferida no sentido pretendido?

Moralmente, nenhuma das situações se compara. É inconcebível forçar alguém a dar um dos seus olhos, seja sob que pretexto for. Mas já não se afigura impensável pretender que um idoso em estado vegetativo deva oferecer algum dos seus órgãos a um jovem em perigo de vida. Tão-pouco é exigível que, a favor

de um estranho ou de um familiar distante, alguém seja constrangido à realização de uma colheita de medula. Mas já não se pode pensar exatamente o mesmo se ela se ordenar em benefício de algum filho. Estas ponderações pessoalíssimas devem deixar-se, contudo, à consideração de cada qual, ficando, portanto, sob o domínio da respetiva autonomia. A intromissão legal – a título expropriativo ou a qualquer outro que envolva constrangimento do sujeito – apresentar-se-ia sempre desmedida.

Já não se mostra tão certo, ao invés, que a lei não possa decretar a manutenção do suporte artificial de vida de uma mulher grávida até que o nascimento ocorra, ainda quando ela haja declarado em vida – através de testamento vital [artigo 2.º, n.º 2, alínea a), Lei n.º 25/2012, de 16/07] – que não o pretenderia caso algum dia se encontrasse em condições de não se poder pronunciar pessoalmente. Entre o respeito pela autonomia pessoal e a soberania sobre o corpo do ser inviável, de um lado, e a preservação da vida do novo ser (viável), do outro, o valor de maior importância encontra-se claramente do lado do segundo.

Reputar o domínio sobre o próprio corpo como equivalente a plena propriedade privada acarreta automaticamente também, por outro lado, a concessão ao seu titular da respetiva *fruição plena* (artigo 1305.º, Cód.Civil).

Fruir traduz-se na obtenção de frutos civis ou naturais (artigo 212.º, Cód. Civil). Tratando-se da primeira espécie, vale como sinónimo de obtenção de rendimentos. Que o indivíduo possa empregar o seu corpo para este efeito é sugestão, só por si, profundamente perturbadora. E, em qualquer caso, inaceitável, ao menos em geral. Pode admitir-se que certos frutos do corpo humano que dele sejam destacáveis constituam objeto de atos de cessão a outrem, inclusivamente em moldes onerosos (*v.g.* cedência do leite materno). Mas que o corpo, em si, seja suscetível de fruição é conclusão genericamente inadmissível por ofender a dignidade. Ainda que o próprio assim o não entenda. Claro que, em contradita, se torna possível apelar ao argumento da autonomia individual. Mas esta nunca, em caso algum, é ilimitadamente reconhecida. E, pelo menos, os entraves colocados pela ordem pública ou pelos bons costumes são inultrapassáveis. Como se trata de cláusulas gerais, concretizáveis segundo cada época e lugar, é verdade que aquilo que hoje é intolerável pode, no futuro, chegar a admitir-se (*v.g.* a eutanásia). Em género, contudo, a limitação subsiste.

De iguais ou semelhantes considerações é passível a concessão do *uso pleno* quando estendido ao corpo humano enquanto tal. “Certainly, other people can make other profitable uses of the owner’s body, for example: labor uses, sexual uses, gestational and reproductive uses, or even advertising uses... But no other living person can use the body in the same way (or as completely) as the original owner. No one else relies on the original owner’s body to wholly sustain his or her life. For no other person can the body become the repository of «personhood» – or, by some lights, the sum of personal identity”.

Por fim, no que tange ao poder de *plena disposição material* igualmente reconhecido ao proprietário pelo preceito contido no artigo 1305.º do Cód.Civil,

quando estendido ao corpo humano, permitiria achar com facilidade justificação simples para atos como o suicídio, a mutilação consentida ou o homicídio a pedido da vítima. A vastidão de tal ilação mostra-se, só por si, insatisfatória, ainda quando, por distintas razões, *v.g.* a eutanásia voluntária (fundada em enfermidade grave, prolongada, dilacerante e terminal) se chegue, no futuro, a viabilizar parcialmente. É igualmente verdade, por outro lado, que, ao abrigo desta faculdade, a cada qual se concederia suficiente soberania sobre o seu corpo para o modificar, e em especial para o melhorar. Assim se legitimaria *v.g.* a generalidade das intervenções cirúrgicas. Mas pela mesma via se justificariam também todas aquelas que não fossem dotadas de benefício pessoal ou, inclusivamente, as manifestamente prejudiciais.

É possível concluir preliminarmente, portanto, que há uma infinidade de consequências indesejáveis ou inadmissíveis que despontam a partir da equiparação do senhorio sobre o corpo à *full ownership*. Em geral, todas aquelas que resultarem da afirmação da sua presença à imagem do tipo descrito pelo preceito contido no artigo 1305.º do Cód.Civil.

§ 15. *Soberania sobre o corpo: restrições gerais.* Qualquer que seja a espécie de direito – se direito for – que incide sobre o corpo, reconhecer uma *full self-ownership* suscita, como sumariamente se viu, sérios embaraços.

Assim, por exemplo, poderá uma pessoa empurrar outra (ainda que ligeira e brandamente) para salvar terceiros (que se encontrem *v.g.* em perigo de vida)? Se o domínio sobre si próprio for absoluto, a resposta é não com certeza. A menos que a pessoa impactada nisso haja consentido, em todo o caso ocorre uma violação da sua integridade física. Não dará origem a responsabilidade (civil ou penal) porque alguma causa de justificação da conduta ficará eventualmente preenchida (legítima defesa, em princípio), mas isso não significa que o ofendido a *deva* tolerar.

Ao invés, também por exemplo, a afirmação de uma *full self-ownership* permitiria explicar com facilidade *v.g.* a automutilação, a escravidão voluntária, o suicídio ou a eutanásia. Quando o próprio afetado consentisse livre e esclarecidamente na ofensa à sua integridade física, à sua liberdade ou à sua vida, o que justificaria eventualmente impedi-lo ou estorvá-lo? Sendo tido como dono do seu corpo no sentido do artigo 1305.º do Cód.Civil, poderia com ele fazer o que entendesse e poderia, portanto, permitir que outrem o agredisse, direta ou reflexamente.

Esta inferência basta para demonstrar que, juridicamente, ninguém pode, no mais puro sentido da locução, ser havido como dono *absoluto* do seu corpo. Com efeito, tanto de harmonia com o disposto no artigo 340.º do Cód.Civil como, sobretudo, por causa do que se estabelece no seu artigo 81.º, mesmo quando o próprio tenha consentido na lesão dos respetivos bens de personalidade, a autorização não vale (e, portanto, não legitima a conduta de quem os ofende) se for contrária aos bons costumes ou aos princípios de ordem pública. Por outras

palavras, o consentimento da “vítima” não é – nem pode ser – sempre motivo suficiente para isentar de responsabilidade o agente que atue nele fundado. Ainda que se trate de matéria com contornos algo indefinidos, é devido a tais limites que, por exemplo, a morte ou a mutilação a pedido de quem que as sofre são atos que originam responsabilidade (penal e civil) por, respetivamente, homicídio e ofensa à integridade física.

Não se torna possível sustentar, por isso, que cada pessoa é irrestritamente dona do seu corpo. É inaceitável cortar um braço só porque o seu titular não pretende ter dois! Não é lícito extrair um rim apenas porque a pessoa quer sobreviver unicamente com o outro! É inadmissível, ainda que a pedido da vítima, que alguém provoque a cegueira alheia! É intolerável que alguém se sujeite a tratamento médico experimental sabendo-se de antemão que a probabilidade dele lhe provocar a morte é muito alta! Nem é indispensável lei que explicitamente consagre a proibição. Confira-se, em todo o caso, o disposto no n.º 7 do artigo 6.º da Lei n.º 12/93, de 22/04.

Negar a existência de um direito absoluto de propriedade sobre o corpo, com estas ou com outras justificações, não significa necessariamente, no entanto, que o corpo não pertença à pessoa. Elas apenas demonstram que o seu domínio sofre profundas e intensas limitações. A respetiva qualificação como poder soberano não fica impedida só por isso.

§ 16. *Soberania sobre o corpo: alcance básico.* Subsumir a *self-ownership* no arquétipo clássico da propriedade, tal como ele é fornecido pela História do Direito e tal como surge plasmado na descrição efetuada pelo citado artigo 1305.º do Cód.Civil, é uma pretensão muito provavelmente capaz de desencadear maiores problemas, mais delicados e controversos do que aqueles que eventualmente por tal via se resolvem.

Mas este alerta autoriza, em simultâneo, uma outra ilação: se é insustentável *v.g.* atribuir ao Estado o poder de expropriar o corpo de algum dos seus cidadãos, é porque este de alguma forma se encontra sob o domínio da pessoa. Não parece estar em causa a pertença a título de propriedade. Mas alguma outra espécie de senhorio individual sobre o corpo há de idear-se.

Não é por casualidade, por exemplo, que a dissecação de cadáveres, “bem como a extração de peças, tecidos ou órgãos, para fins de ensino e de investigação científica” (artigo 1.º, Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de julho), somente se admitem, em princípio, “quando a pessoa falecida tenha expressamente declarado em vida a vontade de que o seu cadáver seja utilizado para fins de ensino e de investigação científica” (artigo 3.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de julho). Quando, diversamente, “a pessoa não tenha manifestado em vida, junto do Ministério da Saúde, a sua oposição”, (i) infere-se implicitamente, de imediato, a sua autorização para “a extração de peças, tecidos ou órgãos”. Mas (ii), na mesma circunstância, a dissecação de cadáver somente vale quando “a entrega do corpo não seja, por qualquer forma, reclamada no prazo de vinte e quatro horas, após

a tomada de conhecimento do óbito”, pelo cônjuge sobrevivente ou por parentes próximos (artigos 3.º, n.ºs 2 e 3, e 4º, Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de julho). O que permite concluir, primeiro, que se o corpo, ou os seus elementos componentes, são livremente disponíveis *mortis causa* por banda da pessoa nele materializada, será por alguma forma de pertença se lhe reconhecer. Ainda que, segundo, se bem que a título subsidiário, a respetiva família com eles conserve igualmente, depois da morte, alguma espécie de ligação. Não se justificaria, caso contrário, o exercício da reivindicação.

Não é também por acidente que a colheita de órgãos, tecidos ou células em pessoas vivas suscita naturalmente problemas mais agudos no que toca ao exercício do senhorio sobre o corpo. De acordo com o disposto no artigo 6.º da Lei n.º 12/93, de 22/04 (Colheita e Transplante de Órgãos), tratando-se de órgãos ou tecidos, *regeneráveis* ou *não regeneráveis*, “a colheita de órgãos e tecidos de uma pessoa viva só pode ser feita” (i) no interesse terapêutico do recetor, (ii) desde que não esteja disponível qualquer órgão ou tecido adequado colhido de dador *post mortem* e (iii) não exista outro método terapêutico alternativo de eficácia comparável (n.º 2). Mas, para os não regeneráveis, torna-se ainda indispensável, em acréscimo, que seja proferido “parecer favorável, emitido pela Entidade de Verificação da Admissibilidade da Colheita para Transplante (EVA)” (n.º 3), e desde que, em todo o caso, não se encontrem envolvidos “menores ou outros incapazes” (n.º 4). E, quanto a estas pessoas, mesmo estando em causa órgãos, tecidos ou células regeneráveis a colheita para transplante somente se pode executar “quando se verificarem os seguintes requisitos cumulativos: a) Inexistência de dador capaz compatível; b) O recetor ser irmão ou irmã do dador; c) A dádiva ser necessária à preservação da vida do recetor” (n.º 5). Por fim, consideram-se “sempre proibidas a dádiva e a colheita de órgãos, de tecidos ou de células quando, com elevado grau de probabilidade, envolvam a diminuição grave e permanente da integridade física ou da saúde do dador” (n.º 7).

O regime que sumariamente fica descrito regula a *dádiva* de “órgãos, tecidos ou células”. Pressupõe sempre, portanto, (i) o *propósito* de os dar (ao recetor), (ii) e, implicitamente, o conseqüente *consentimento* (para a colheita). Se o dador os pode ofertar é, obviamente, porque até à colheita e/ou transplante lhe *pertencem*. Se o caso, porém, fosse de vulgar propriedade, o dador poderia transferir, incondicional e indiferentemente, tanto o material regenerável como o não regenerável (artigo 62º, n.º 1, Constituição). E estando em causa pessoas incapazes, qualquer dádiva seria igualmente admissível desde que operasse mediante a intervenção do competente representante legal. Também por esta via se demonstra, portanto, que o regime normal do direito de propriedade é insuscetível de extensão.

Por conseqüência:

- (i) A soberania sobre o corpo merecerá assim, primeiro, tutela mais forte do que aquela que se concede à propriedade normal. No que toca, designa-

damente, à intrusão de terceiros, o âmbito de liberdade reconhecido ao seu titular deve ter-se como consideravelmente superior. As ingerências que aos demais se autorizam sobre o corpo do sujeito limitar-se-ão ao mínimo imprescindível e justificável.

- (ii) Ao invés, segundo, no que respeita às atuações do próprio sobre o respetivo corpo, o referido espaço de liberdade será notavelmente inferior quando comparado com a propriedade comum. A pessoa não pode ser livre de usar, fruir e dispor do seu corpo como bem entender, para todos os efeitos e fins. As limitações que se lhe impõem adquirirão aqui maior intensidade.
- (iii) Não obstante se mostrar inconveniente visualizar a pertença do corpo humano a título de propriedade no seu sentido estrito – ou seja, aquele que se extrai do regime contido entre os artigos 1302.º a 1413.º do Cód. Civil –, o direito que há de incidir sobre partes do corpo que dele, porventura, se hajam destacado e, por isso, individualizado (*v.g.* sangue, rim, dente) só pode ser o de vulgar propriedade de coisas corpóreas (artigo 1302.º, Cód.Civil). São autênticos *objetos* de direitos que estão em causa, ainda que nem todas as modalidades e espécies de atos jurídicos sobre eles possam incidir. Até à sua eventual inserção – por via *v.g.* de transplante ou transfusão – em outro organismo humano, são coisas dentro do comércio (artigo 202.º, n.º 2, Cód.Civil), mesmo que restritamente. Quando (e se) tal se der, readquirem a natureza de partes do corpo (de outro ser), saindo nesse instante do comércio. De que outro modo, aliás, se poderá explicar, por exemplo, a dádiva de sangue? Não sendo havida como sinónimo de transferência da propriedade, que outra fundamentação se poderá buscar?

A conjugação entre os três pontos que antecedem autoriza, então, uma conclusão preambular: o domínio sobre o corpo apresenta carácter *sui generis* apenas enquanto o respeito pela dignidade do seu titular o demandar.

§ 17. *Soberania sobre o corpo: grávida.* No caso particular da interrupção voluntária da gravidez, o problema não pode colocar-se nos exatos termos que ficam descritos.

Se o feto for considerado vida humana e lhe for reconhecida, por isso, alguma dose de *self-ownership*, a mãe, quando aborta, não está a dispor do *seu* corpo. Aqui reside, de facto, o ponto decisivo que merece ser acentuado nesta perspetiva do problema e que valida a seguinte pergunta: a relação da mãe com o filho que tem dentro de si é de proteção ou é de propriedade?

Se (certamente) for havida como uma relação de proteção após o “nascimento completo e com vida” – por causa da simples constatação, extraível, por exemplo, a partir do disposto no artigo 1878.º, n.º 1, do Cód.Civil, de que os pais não podem ser donos da pessoa dos filhos – que razão haverá para que seja

uma relação de propriedade antes disso? Assim, se o pai ou a mãe da criança de tenra idade, por desleixo, não fizerem com ela as devidas consultas médicas e exames de rotina e, à conta disso, esta vier a padecer de grave doença ou chegar, inclusivamente, a falecer, serão indubitavelmente passíveis de responsabilização. Ao invés, no pressuposto de a mãe ter propriedade sobre o filho intrauterino, se também não fizer, por incúria, o devido acompanhamento médico, nem as ecografias adequadas ao seu tempo de gestação, e por causa disto o filho vier a sofrer de alguma anomalia agora insolúvel, não poderá ser responsabilizada em virtude de ela ser “dona do seu corpo”? E, já agora, a que título adquire a mãe a propriedade sobre o corpo do filho? Acesso mobiliária?

Acresce um outro argumento. Tanto do ponto de vista legal, como do ponto de vista social, a mulher grávida beneficia de prerrogativas ou de direitos especiais (algo tão simples como *v.g.* a prioridade de atendimento em certos serviços públicos). São-lhe atribuídos não por ela, mas sobretudo por causa do novo (frágil) ser que transporta dentro de si. Se, todavia, este não passar de uma extensão do corpo da mãe (mera *portium viscera matris*) sobre o qual, tal como sobre este, exerce o seu domínio, haverá tanta razão para que aqueles lhe sejam reconhecidos como haveria para os conceder, por exemplo, a qualquer outro cidadão obeso! Se a mulher grávida for tida como dona do feto, então ela é simplesmente, perante terceiros, uma pessoa com peso excessivo. Os direitos que lhe forem concedidos, enquanto grávida, perdem razão de ser. Ou então, inversamente, devem ser estendidos a todos os que padecerem de obesidade. A assistência médica ao parto, por outro lado, deve passar a idear-se como um caso de cirurgia estética, com as devidas consequências legais.

Por fim, se o direito ao aborto for tido como uma simples vertente do direito à proteção da integridade física da mulher grávida, então o preceito contido na alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do Cód.Penal não pode entender-se como uma permissão excecional. Ele deve, ao invés, ser perspectivado como uma restrição legal ao exercício daqueles direitos. Não fora esta, a mulher poderia interromper a gravidez até ao momento exatamente anterior ao nascimento. Por causa dela, fica limitada às dez semanas após a conceção. O que permite questionar a respetiva constitucionalidade ante o regime estabelecido no artigo 18.º da Constituição. É, claro, uma visão tecnicamente legítima, mas que contraria a perceção geral e, sobretudo, proporciona a colocação do problema de uma forma irrazoável, despropositada.

§ 18. *Soberania sobre o corpo: gestante de substituição.* A gravidez de substituição desencadeia problemas especiais (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho). “Entende-se por «gestação de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade” (artigo 8.º, n.º 1, Lei n.º 32/2006).

A gestante contrata, portanto, uma prestação de serviços com aqueles

que, futuramente, serão os pais jurídicos. Que está mais perto de ser uma empreitada do que o contrário. Aliás, a sua proximidade é maior do que a da chamada empreitada para obras de natureza exclusivamente intelectual. Mas, em simultâneo, *cede o uso* do seu corpo, em benefício alheio, para a geração de um novo ser. É verdade que, legalmente, tal concessão não pode ser remunerada (artigo 8.º, n.º 2, Lei n.º 32/2006). O caso não será, portanto, exatamente de aluguer (como socialmente se diz) porque falta a retribuição que modelarmente o caracteriza (artigo 1022.º, Cód.Civil). Tratar-se-á então da prestação que, a cargo do comodante, tipicamente se encerra no contrato de comodato (artigo 1129.º, Cód.Civil). Como, porém, se exige à mãe biológica que, no interesse dos beneficiários (pais jurídicos), pratique os atos necessários (consultas, análises, ecografias, exames, etc.) ao normal e bom desenvolvimento da gestação, também não é este modelo que aqui se encontra exatamente em causa. A conclusão só pode tirar-se, pois, no sentido de se tratar de um contrato misto que combina elementos próprios da prestação de serviços e do comodato. A sua consagração legal, contudo, permite encará-lo como um tipo contratual novo.

Para o que aqui importa, a verdade é que a mulher que gera e dá à luz cede a utilização do seu corpo no interesse alheio. Em relação ao próprio nascituro, antes de mais. Embora isso, pela própria natureza das coisas, nunca haja deixado de assim ser. Mas também, sobretudo, em relação aos que juridicamente irão ser tidos como progenitores. O que comprova que alguma espécie de domínio ela tem sobre o seu corpo. Só assim se explica que possa conceder o respetivo uso, ainda que (apenas) para um determinado fim, a outrem. (i) Se, todavia, ele for visto, no sentido do artigo 1305.º do Cód.Civil, como sua propriedade, e se, pela mesma razão, o corpo do ser intrauterino igualmente lhe competir, deverá colocar-se, em seguida, para efeitos de determinação do titular do todo, um problema de acessão mobiliária (a resolver nos termos gerais dos artigos 1333.º a 1335.º do Cód.Civil)! Só depois, conforme o resultado, caberá considerar a transferência de senhorio sobre o corpo do recém-nascido! (ii) Se, diversamente, o corpo do nascituro não pertencer à gestante, mas sim a ele próprio (dado que a possibilidade de ser propriedade dos futuros progenitores se exclui liminarmente), fica a questão de saber, primeiro, por que razão a simples existência do contrato de gestação transfigura a forma de colocação do debate. E, segundo, com que legitimidade os pais jurídicos celebram um acordo em benefício do filho quando este ainda não existe: tratar-se-á de contrato a favor de terceiro? O concepturo pode sequer ser visto como terceiro em sentido próprio?

§ 19. *Soberania sobre o corpo: pessoas incapazes.* O exercício de direitos sobre o corpo desencadeia, sempre, problemas particulares tratando-se de pessoas naturalmente incapazes. Do embrião até à maioridade, passando pelos inaptos para “entender ou querer” (v.g. artigo 488.º, n.º 1, Cód.Civil), a necessidade pode revelar-se inconciliável com o respeito devido à liberdade individual. V.g. em caso de divórcio, como proceder à partilha de embriões previamente congelados

quando os dadores eram casados? Quem deve tomar decisões relativas a intervenções cirúrgicas sobre menores de tenra idade, sobre seres interditos ou inabilitados ou, em geral, sobre aqueles que padecerem de grave anomalia psíquica?

Ante o problema, somente se apresentam duas soluções: (i) impedir pura e simplesmente qualquer tomada de decisão que não assente na vontade do próprio, inviabilizando assim qualquer intromissão de terceiro ainda que familiarmente (muito) próximo (*v.g.* pai ou mãe); (ii) ou, reconhecendo-se que tal opção, excessivamente rigorosa, se pode revelar nociva (em especial para casos urgentes), conceder-se então os correspondentes poderes a quem for possível e se mostrar mais apropriado (em geral, ao parente mais chegado).

Estando em causa a disposição sobre o corpo ou alguma das suas partes, o problema torna-se delicado na medida em que é indispensável legitimar a intrusão. Sem prejuízo de se deverem presumir as boas intenções dos legais representantes. Haverá então legítima defesa de terceiro? Estado de necessidade? Outra causa específica de justificação?

Depois da morte podem igualmente colocar-se problemas de natureza afim. *V.g.* haverá justificação para exumar e dissecar um cadáver na falta de autorização expressa da pessoa defunta? Ainda que uma razão valiosa exija a prática de tais atos - *v.g.* necessidade de obtenção de prova em processo criminal - como se justifica a ingerência? Qual *v.g.* o destino a dar ao esperma criopreservado depois do falecimento do respetivo dador? Será legítimo, em caso de manifesta necessidade, proceder ao transplante de órgãos a partir de cadáver não obstante a pessoa ter declarado, em vida, nele não consentir?

§ 20. *Soberania sobre partes do corpo.* É imprescindível separar, para análise, entre (i) o domínio que se estabelece sobre o corpo e (ii) o senhorio sobre partes que dele hajam sido destacadas.

Em relação a estas últimas não se vê como, sem ficcionismos, se pode entender que não se sujeitam a um puro direito de propriedade titulado pela pessoa a quem o corpo pertence. Não se fazendo assim - quer se perspetive a propriedade pelo prisma que o Direito romano talhou e que literalmente foi acolhido, em traços gerais, no artigo 1305.º do Cód.Civil, quer se adote a ótica que se tornou típica nos direitos da Common Law dos chamados *incidents of ownership* - só restará, em alternativa, tê-las como *res nullius*. O que se afigura despropositado. Que sejam objetos sem dono é ideia que apenas complica a dilucidação do problema. Poderá o hospital onde *v.g.* se fez o parto colocar a placenta no lixo hospitalar sem autorização dos progenitores? Poderá o dentista deitar fora o dente acabado de arrancar ao respetivo paciente sem o seu assentimento? Poderá o cirurgião assenhorear-se unilateralmente das células que recolheu do corpo do seu paciente só por estas aí se revelarem malignas ou nocivas? Poderá, depois, qualquer sujeito proceder à apropriação de tais objetos mediante ocupação? Poderá o parceiro sexual recolher o esperma ejaculado e,

sem permissão, entregá-lo algures em algum banco de criopreservação?

O simples facto de a *body part* não se encontrar porventura dotada de valor económico – nem sequer ter, provavelmente, valor para a própria pessoa a quem foi retirada – apenas permite presumir a respetiva falta de interesse na sua preservação e a conseqüente intenção de abandono. Não basta, contudo, para fundar a sua transmissão para o autor da extração. E, portanto, quem há de ser tido como autor da abdicação é a pessoa a quem originalmente pertenciam. Claro que, encontrando-se na situação de *res derelictae*, poderá alguém (a começar, nos exemplos, pelo próprio obstetra, dentista, cirurgião), na sequência, dela se assenhorear mediante ocupação.

Mesmo o propósito de abandono, porém, não pode ser irrestritamente interpretado. As partes do corpo que dele hajam sido apartadas são coisas, mas não são coisas idênticas à generalidade das demais. Elas normalmente encerram informação biológica que pode ser abusivamente aproveitada em benefício de outrem e em detrimento da identidade genética, da intimidade, da paternidade ou maternidade, etc., da pessoa a quem antes pertenciam. Por conseguinte, supõe-se que, ante a ocupação alheia, o autor da derrelicção consente – ainda que tacitamente – no emprego que o achador lhe há de dar. Tal qual sucede com a generalidade daquelas coisas (*v.g.* documentos de qualquer espécie) que incorporam dados pessoais, cabe entender o abandono de *body parts* como geralmente encaminhado à respetiva destruição ou eliminação e não como sinónimo da sua simples colocação à potencial disposição de terceiro. A diferença específica, no que às *body parts* respeita, é que cabe presumir tal intenção, não sendo de exigir uma atuação diretamente dirigida a esse fim. Ao invés, a permissão de aproveitamento é que deve ser explicitamente declarada.

§ 21. *Titularidade dos direitos sobre o corpo.* “The institution of property has the twin functions of «governing both the use of things and the allocation of social wealth». The first rights category, «control rights», concerns the use of things (...). Control rights function to enable the rights-holder to be the «primary arbitrator over what is to be done with a thing» and represent a juridical relationship between the rights-holder and an open set of persons regarding what the rights-holder does with the object”.

Não se pode negar, em atenção à autonomia pessoal, que cada indivíduo há de ser o (primeiro) soberano do seu corpo e das suas partes componentes. É certamente impensável atribuir a terceiros o correspondente comando. Caso contrário, nem se compreenderia a razão pela qual a extração de partes do corpo (células, tecidos ou órgãos) se subordina ao consentimento (dado por escrito) do sujeito ou do seu representante legal (artigo 8.º, Lei n.º 12/93, de 22/04). Conceber-se-á, no máximo, e em poucas ocasiões e circunstâncias, que os familiares sejam chamados a exercer alguma espécie de dominação, mas apenas ante a inaptidão do próprio para o efeito.

Procedendo ao exame analítico dos poderes que cabem àquele de quem forma extraídas certas *partes* do seu corpo, de acordo com a descrição contida no artigo 1305.º do Cód.Civil, que outra pessoa poderá ter o correspondente uso, fruição e disposição? Claro que estes poderes ficarão limitados pela própria natureza do objeto sobre o qual incidem. Mas isso não é especialidade. Sucede com todas as coisas – *v.g.* o proprietário do terreno que sofra de uma proibição total de edificação não deixa de o ser ainda que, na prática, se encontre impedido de lhe dar qualquer outra utilização economicamente viável; o dono do cão ou do gato encontra-se vinculado a deveres específicos (cf. *v.g.* artigo 1305.º-A, n.º 1, Cód.Civil) que não alcançam o proprietário de qualquer outra coisa; etc. Claro também que, por exemplo, os modos por intermédio dos quais cabe exercer o poder de disposição jurídica se encontrarão particularmente restringidos – *v.g.* o sangue ou qualquer outro órgão ou tecido poderá ser objeto de translação, mas, em geral, apenas mediante certos modos de transferência de direitos que revistam carácter gratuito. Isso não invalida, contudo, o essencial: o titular do corpo tem o domínio sobre as partes que, por vontade própria ou não, dele se hajam apartado.

§ 22. *Skill exception*. Nos Direitos da Common Law, a *ownership* sobre as partes do corpo que dele hajam sido destacadas pode adjudicar-se a terceiro – ou seja, a pessoa diferente daquela a quem elas antes se encontravam ligadas – com fundamento na chamada *skill exception*. “There is an exception to the traditional common law rule that «there is no property in a corpse», namely, that once a human body or body part has undergone a process of skill by a person authorized to perform it, with the object of preserving for the purpose of medical or scientific examination or for the benefit of medical science, it becomes something quite different from an interred corpse. It thereby acquires a usefulness or value. It is capable of becoming property in the usual way, and can be stolen” [Court of Appeal, *R v Kelly, R v Lindsay* (1999) QB 621 (CA)]. O tribunal aceitou, portanto, a ideia de que as referidas *body parts* haviam adquirido novos atributos ou diferentes propriedades por causa do trabalho nelas incorporado. Por tal razão, seriam coisas suscetíveis de constituir objeto de *private property* a reconhecer aos especificadores.

Já, todavia, antes se havia destacado em *Yearworth vs North Bristol NHS Trust* [(2009) EWCA Civ 37, (2010) QB 1, (2009) 3 WLR 118, (2009) 2 All ER 986 CA], “a distinction between the capacity to own body parts or products which have, and which have not, been subject to the exercise of work or skill is not entirely logical. Why, for example, should the surgeon presented with a part of the body, for example, a finger which has been amputated in a factory accident, with a view to re-attaching it to the injured hand, but who carelessly damages it before starting the necessary medical procedures, be able to escape liability on the footing that the body part had not been subject to the exercise of work or skill which had changed its attributes?”. Esta observação, todavia, somente

adquire o exato significado que do trecho transcrito o tribunal dela extrai quando se parta do princípio de que «there is no property in a corpse». Se, ao invés, se entender que o corpo tem dono, a *skill exception* não serve para fundamentar a aquisição originária da propriedade sobre partes dele, mas antes para justificar a sua *transferência* (da titularidade da pessoa a quem o corpo pertence para a daquela que, por força da sua *perícia*, a haja modificado ou metamorfoseado).

No Direito da Grã-Bretanha, a *skill exception* acabou por receber consagração legislativa. A propósito da “prohibition of commercial dealings in human material for transplantation”, e de harmonia com a *section 32/9/c*) do *Human Tissue Act* de 2004, dela excetuam-se “the following kinds of material – material which is the subject of property because of an application of human skill”.

§ 23. *Skill exception e especificação*. A *skill exception* sugere, para a legitimar o seu emprego, o recurso ao instituto da especificação.

Nos termos do artigo 1336.º do Cód.Civil, a *specificatio* é o modo de aquisição da propriedade, a favor, consoante o caso, do dono da matéria-prima ou do especificador, que resulta da transformação de coisa móvel alheia por força de trabalho próprio, sem consentimento do proprietário daquela. Diz-se especificador justamente aquele a quem esse trabalho for imputável. Tendo ele atuado de boa-fé (ou seja, ignorando estar a lesar o direito de outrem) ao conferir nova forma à matéria-prima alheia, torna-se necessário distinguir consoante o que valha mais: o trabalho ou a coisa transformada. “Se o valor da especificação não exceder o da matéria”, a coisa pertencerá ao dono desta se assim o pretender. Na hipótese inversa, ela caberá ao especificador. Em qualquer caso, “o que ficar com a coisa é obrigado a indemnizar o outro do valor que lhe pertencer”.

Aplicando estas ideias às partes do corpo humano que dele hajam sido apartadas e que tenham sido objeto de alguma transfiguração atribuível à *habilidade* e à *competência* alheia (como sucedeu no já referido *Moore vs Regents of the University of California*), teríamos que o *quid* que se obteve através da transformação operada (a *cell line*, no citado caso) apenas passaria a pertencer àquele que requereu a respetiva patente se (como sucedeu) a parcela de valor económico atribuível ao trabalho fosse de importância superior à das linfocinas não manipuladas.

É um critério. Poder-se-á discutir se será o mais apropriado à resolução de hipóteses deste género. Mas assumindo que as partes do corpo que dele hajam sido separadas são coisas corpóreas, não se vê como lhe escapar. E, de todo o modo, sempre se afigura mais objetivo este do que nenhum, como acontece nos Direitos britânico e norte-americano, onde, à conta disso, se coloca a interrogação relativa ao grau de intervenção que, para se tornar dono da coisa manuseada, se há de exigir àquele que para o efeito emprega o seu saber e a sua *perícia*.

O recurso à especificação como modo de justificar a *skill exception* supõe, em todo o caso, que pelo trabalho de uma pessoa se metamorfoseia *coisa* pertencente a outrem. O que decerto não permite enquadrar a operação que conduziu ao

chamado mapeamento e sequenciamento do genoma humano. Este não é uma coisa; é uma ideia ou um conceito. Que, por se encontrar jacente, não foi transformado, mas sim descoberto. Pode certamente, por isso, colocar-se uma questão de propriedade industrial e, designadamente, de patenteabilidade. Não de aquisição da respetiva propriedade privada. Ainda que cada indivíduo se encontre dotado das suas próprias características genéticas, o genoma humano – enquanto sequência dos vinte e três pares de cromossomas que se encontram dentro do núcleo de cada célula diploide – é obviamente património comum da humanidade (Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, artigo 1.º). Cada indivíduo, é titular, por seu turno, de um direito sobre o seu material genético. Mas, na parte em que este não puder ser entendido como coisa, o direito que sobre ele incide também não pode ser de soberania. Será sim de reserva, dado que contém informações privativas. Ante terceiros, está em causa, portanto, a sua *privacy*, o seu direito à intimidade da vida privada (artigo 80.º, Cód.Civil).

D. Fundamentos da propriedade privada.

§ 24. *Propriedade privada: justificação geral.* A dilucidação desta complexidade envolve uma outra que a precede: a justificação – para o seu reconhecimento e tutela – da propriedade privada. Qual a razão pela qual certos bens – exemplarmente, coisas corpóreas – hão de poder pertencer, exclusiva e absolutamente, a alguém da forma mais alargada que juridicamente se concebe?

Com efeito, a polémica que suscita o debate sobre a natureza do direito que recai sobre o corpo – se direito for – não é, na origem, distinta daquela que se coloca para as demais coisas ou bens. Se é verdade, para excluir o senhorio sobre o corpo, que não nos fizemos a nós próprios e que, portanto, somos criaturas e não criadores, é igualmente verídico que o mesmo sucede com a generalidade da realidade que nos rodeia. A pedra que usámos para calcetar a calçada, o barro que, uma vez cozido, serviu para fazer os tijolos com que construímos casas, o petróleo que, depois de refinado, usamos nos nossos automóveis, são coisas que não foram criadas por nós. A obra intelectual é produto da inteligência do seu autor, mas não foi o próprio que criou a sua inteligência. De onde se pode inferir que a *skill exception* deveria valer, em rigor, para potencialmente justificar toda a aquisição de propriedade sobre aquelas coisas que a natureza (ou Deus, ou o Criador, etc.) nos dá e não apenas para a legitimar em relação àquelas partes do corpo humano que dele hajam sido separadas. Todas elas são ou foram, em maior ou menor medida, objeto de transformação por força de ação humana.

Por que razão se torna então incomparavelmente mais difícil responder à pergunta “a quem pertence este corpo” do que à pergunta “a quem pertence esta terra”? Em qualquer caso, a legitimação para a apropriação assenta em bases inseguras. Qual a justificação, por exemplo, para que o pedaço de metal que é

um automóvel pertença a alguém? A matéria que se usou para a sua produção foi objeto de apropriação pelo fabricante a que título? Com base em que direito alguém se assenhoreou das riquezas naturais? Se é certo que o indivíduo não fez o seu corpo, é igualmente certo que não foi ele quem fez a terra ou os metais. E se é seguro que, quando morrer, o sujeito não leva o seu corpo consigo, tão-pouco a terra ou qualquer outro bem terreno o acompanhará. Logo, o argumento segundo o qual cada indivíduo não é proprietário do respetivo corpo, mas seu simples depositário (*guardião, steward*), é inócuo porque vale, em rigor, para todos os bens terrenos.

A única verdadeira diferença que, sob esta perspetiva e para este efeito, separa o corpo humano das demais coisas é o respeito pela dignidade que o Homem merece e que estas últimas não exigem (ou não exigem em igual proporção). Somente esta dimensão autoriza (e explica historicamente) o surgimento da discussão relativa à viabilidade de um domínio sobre o corpo construído de forma mais ou menos aproximada à propriedade privada. Embora dependente de investigação mais extensa e profunda, parece claro, contudo, que o simples reconhecimento de um tal direito, ou de direito estruturalmente próximo, não envolve ofensa automática à dignidade.

Também é certo, por outro lado, que o debate acerca da justificação da propriedade privada se circunscreveu historicamente às coisas inanimadas, exteriores ao Homem. A sua translação para a *ownership* incidente sobre o corpo humano não pode deixar de fazer-se, portanto, com cautela. Por analogia e na respetiva medida. Acresce que nele sempre se pressupôs a existência do direito de propriedade privada como um dado adquirido. Salvo através das doutrinas de matriz comunista ou socialista, raramente se questionou a sua necessidade, ou o respetivo âmbito típico.

§ 25. *Propriedade privada: legitimação genérica.* A atribuição do domínio sobre o corpo a entidade divina torna-se juridicamente inviável. O Direito existe para os Homens. Relações jurídicas com Deus, pretensões contra Ele, direitos reais sobre coisas que Lhe pertençam, ações destinadas a obter o respetivo reconhecimento, são ideias impraticáveis. Por isso Religião e Direito têm campos de atuação não coincidentes: este tem em vista relações entre homens, aquela dirige-se às relações dos homens com Deus.

Quando se fala em propriedade sobre bens terrenos pressupõe-se, portanto, que eles se encontram em tal disposição para a proporção humana. Em rigor, nada é propriedade de alguém porque tudo preexiste e, neste sentido, tudo nos é dado. Certo é, porém, que fomos postos aqui. E para aqui permanecermos vivos, torna-se indispensável dar emprego ao local. Pode com certeza debater-se até onde pode ou deve ela estender-se, mas a completa não utilização (a utilização igual a zero) implicaria a extinção da raça. A sobrevivência envolve o usufruto dos bens terrenos ou, ao menos, de alguns deles. Mas envolverá igualmente a sua apropriação exclusiva nos moldes por nós conhecidos como direito de

propriedade individual (a *private property*)? Não seria mais ajustado configurar todos os bens terrenos como bens comuns, ainda que, porventura, com serventia exclusiva conferida a algum indivíduo ou, ao menos, a certa comunidade?

A legitimação da apropriação privada pode produzir-se, em abstrato, de inúmeras (quase incontáveis) maneiras. São passíveis de agrupamento, contudo, em dois grandes conjuntos:

- (i) “There is a notion of property as presocial, a natural right expressing the rights of persons which are prior to the state and law”;
- (ii) “and there is a notion of property as social, a positive right created instrumentally by community, state, or law to secure other goals”.

§ 26. *Propriedade privada e labour theory*. “Locke views property rights in an unowned object as originating through someone’s mixing his labor with it”.

Esta maneira de legitimar a existência da propriedade individual conduz a entender o *trabalho* como o seu principal ou exclusivo título aquisitivo. Aparentemente empírica, suscita, no entanto, consideráveis dificuldades.

O trabalho atribui a propriedade de uma coisa ao seu autor por quê? A título de prêmio a ser concedido a quem se encontra disponível para executar tarefas desagradáveis? Por nele se encontrar pressuposto o mérito de quem o presta? E, aceitando-se a justificação, quando não se trate de coisa naturalmente delimitada ou delimitada, como se procederá à demarcação, por intermédio do trabalho, dos respetivos contornos? Aquele que *v.g.* coloca uma cerca para delimitar um pedaço de terra adquire propriedade sobre todo ele ou apenas sobre a fração de solo que os seus elementos ocupam? E qual a quantidade de trabalho que é necessário incorporar numa coisa para ela se tornar propriedade do obreiro? Por que razão se lhe há de atribuir toda a coisa transformada e não apenas o valor acrescentado pelo trabalho? O que entornar no oceano uma lata de polpa de tomate, previamente cultivado e espremido pelo próprio, torna-se dono deste?

Em todo o caso, a teoria de Locke contém um fator de ponderação. “It will be implausible to view improving an object as giving full ownership to it, if the stock of unowned objects that might be improved is limited. For an object’s coming under one’s person ownership changes the situation of all others”. Com efeito, a menos que as coisas existam em quantidades suficientes para que todas delas se possam apropriar através do seu trabalho, quando alguém adquire propriedade sobre algum bem, como ele se converte em inacessível para as demais pessoas (ainda que outros da mesma espécie permaneçam livres), a respetiva situação torna-se *worse off*. O que justifica, por exemplo, não só a interdição de aquisição de *private property* sobre toda a água potável do deserto, como também a conservação da propriedade exclusiva sobre aquela de que, no início, alguém se haja apropriado se *v.g.* uma catástrofe natural aniquilar todas as demais fontes. Quando, por isso, se entenda (por razões conjunturais ou por simples inércia) não proibir a respetiva aquisição e/ou preservação, caberá então exigir a tomada

de medidas que contrabalancem a privação de oportunidade de uso. Aquelas, ao menos, que (sem a excluir ou extinguir) ultrapassem (*override*), em benefício dos demais, a *private property* (v.g. requisição ou constituição coerciva de direitos de utilização em favor de outrem).

O que antecede sugere uma outra questão. Se v.g. um investigador descobrir maneira de sintetizar uma certa substância capaz de tratar determinada doença e se recusar colocá-la à disposição dos demais a não ser nas condições por ele predefinidas, considera-se que estes ficam em situação *worse off*? A referida síntese tem o trabalho como causa privativa. Certo é, em acréscimo, por outro lado, que aquela substância (não manipulada) não deixa, só pela intervenção do cientista, de subsistir como acessível às restantes pessoas. Ainda que certamente não haja melhorado, a verdade é que, portanto, a sua condição também não piorou. Parece assim, ante o exemplo, que o trabalho será, garantidamente, título legítimo de aquisição sobre tudo aquilo que se dever ter como seu produto exclusivo. Fora de tais circunstâncias, a sua afirmação enquanto tal afigura-se custosa (cf., de novo, *Moore vs Regents of the University of California*, n.º S006987, Supreme Court of California, 09/Julho/1990).

O trabalho não tem que ser visto apenas, porém, como um modo *direto* de aquisição da propriedade. A visão de Locke é, porventura, neste capítulo, excessivamente imediatista, ao menos na interpretação que vulgarmente dela se tem feito. É possível entender, ao invés, que o trabalho apenas legitima a obtenção dos meios que, por seu turno, permitirão a aquisição de bens. Numa economia organizada, altamente especializada e, sobretudo, fundada em relações de grande complexidade, o trabalho somente concede ao seu prestador os meios de pagamento (moeda, designadamente) de que ele se poderá posteriormente servir para o efeito que lhe aprouver. Eventualmente, para alcançar (outros) bens. O trabalho alicerçará então a *private property* de forma simplesmente indireta. Esclarecerá a sua translação, a sua aquisição derivada. Deixa inexplicada, contudo, a aquisição primitiva. A que título v.g. alguém se apoderou originariamente de um pedaço de terra, das jazidas minerais, da água potável, da célula extraída de corpo alheio? E aqueles que detêm bens que não foram obtidos, direta ou indiretamente, por via do trabalho, como justificarão a sua aquisição e, sobretudo, a sua manutenção?

Para a primeira questão parece não restar resposta a não ser aquela que passa por assentar a razão da apropriação no recurso não contraditado à força. Na origem, antes de o Estado despontar, o *state of nature* autorizou tais sucessos. E, depois, na sequência do seu estabelecimento, a necessidade de salvaguardar a paz pública justificou a preservação do *statu quo ante*. O que não mantém relação com a justiça, a igualdade ou a moralidade. Assim que se encontre estabilizado um padrão de distribuição dos bens entre os membros de uma comunidade, ele fica assente. Daí em diante começará a redistribuição, seja sob que critério for.

Para a segunda, a justificação encontrar-se-á na abstração em que, ao menos a partir de certo ponto, a tutela de propriedade se estriba: desde que, em última

análise, o possuidor dos bens consiga usucapi-los (ou invocar alguma outra forma de obtenção de vantagens – como a prescrição ou o não uso – fundada na inércia de outrem durante um período prolongado), a sua apropriação encontra alicerce válido.

Claro, a *labour theory* é passível de uma conceção mais sofisticada. Pode dizer-se, com efeito, que o trabalho justifica o ingresso da propriedade na titularidade do trabalhador não só, de modo imediato, por via da sua realização, mas, mais genérica e abstratamente, por causa dos sacrifícios de que ele é tradução. O *labourer* teria assim direito aos bens obtidos, direta ou indiretamente, a título de produto da sua atuação, não exatamente pelo que fez, mas pelo esforço despendido para tanto. Em consequência, a justificação para a aquisição encontrar-se-ia então no sofrimento, na mortificação pessoal. Trata-se, sem dúvida, de uma fundamentação (mais) viável. Encara, contudo, outras dificuldades. V.g. como justificar as aquisições gratuitas (doação, sucessão *mortis causa*), onde, por definição inexistente um esforço a elas dirigido? Bastará que algures no tempo, alguém o haja realizado tendo em vista a sua obtenção, não passando tudo, depois, de pura inércia? Por outro lado, ainda por exemplo, como separar os méritos de cada trabalhador? Não se fará tal distinção ou, a proceder-se a ela, caberá recorrer somente a critérios quantitativos (v.g. tempo empregado a trabalhar)?

Sem prejuízo do que antecede, é indubitável que a *labour theory* mantém atualidade no que toca, em geral, à justificação da propriedade intelectual e à interdição de concorrência desleal. Aqueles que criam, manufacturam ou inventam tornam-se donos do objeto que das suas atuações resultar justamente por causa do respetivo trabalho. O que indicia uma conclusão: um fundamento genérico para a propriedade talvez inexistente, dado que nem todas as hipóteses são explicáveis da mesma maneira.

Já para justificar a *ownership* sobre o corpo humano, a *labour theory* parece falhar rotundamente. Com efeito, “we have not laboured to create our own bodies”. “Those who manipulate living beings are not plausibly viewed as possessing natural property rights in those living beings. If anything is naturally entitled to a living organism, it is that organism itself. The right to use and benefit from one’s body is a paradigm case of natural entitlement”. (...) “A human body exists as a manifestation of a person and, in this sense, exists for the use of that person. A utilitarian artifact exists to serve the purposes of its creator or users”. Como explicar, com efeito, que o especificador obtenha algum direito sobre o corpo alheio, ou sobre alguma parte que dele haja sido destacada, apenas por lhes ter introduzido modificações mediante a incorporação do seu trabalho? Isso bastará? Ainda que seja objeto de direitos, o corpo de pessoa viva é suscetível de pertencer a terceiro (ou seja, a pessoa nele não materializada)? O cirurgião que v.g. haja esteticamente reconstituído a totalidade do corpo do seu paciente obterá, por isso, a respetiva propriedade?

§ 27. *Propriedade privada como dimensão da liberdade.* Não falta quem considere a propriedade privada como uma simples extensão *natural* do direito à liberdade individual e, portanto, da personalidade singular. Não só por cada qual, no seu atuar autónomo, poder procurar alcançar o domínio sobre certos bens e, uma vez ele atingido, ser livre para o manter e defender tendo em vista a sua afirmação ou realização como pessoa. Também, sobretudo, porque o acesso à propriedade privada constitui uma garantia de preservação da liberdade ante a ameaça latente (para o indivíduo) que sempre é representada pela autoridade do Estado. Esta função, que se assumiu mais enfaticamente após a constatação das infelizes marcas que, durante o século XX, foram deixadas por todos os regimes políticos de carácter totalitário, é justamente aquela a que a generalidade das leis fundamentais da Europa Ocidental dá maior atenção e de modo mais cuidado (cf. *v.g.* artigo 62.º, Constituição).

O exercício da liberdade individual e a sua salvaguarda não demandam, contudo, o reconhecimento e a proteção conferida por um direito do género da propriedade privada. O respeito pela dignidade e a defesa da liberdade individual apenas requerem que determinados bens (*v.g.* a habitação que assegura a intimidade, o vestuário que garante o resguardo contra as condições meteorológicas adversas, o veículo automóvel que facilita a deslocação ou que a autoriza para locais sem ele inacessíveis) possam ser exclusivamente *usados* por certa pessoa. Não impõe, designadamente, (i) que a forma jurídica dessa utilização consista na concessão da sua propriedade exclusiva nos precisos termos em que a História do Direito a trouxe até nós, (ii) nem que qualquer bem, independentemente da sua natureza e relevância para aquele fim, dela possam ser objeto.

Além disso, assegurar o acesso à propriedade privada não acarreta que todos a ela efetivamente acedam. A tutela constitucional tem como simples propósito a não negação da oportunidade. Dada, porém, a escassez de bens e dada a tendência para a sua acumulação a favor de alguns, a garantia de preservação da liberdade individual que por seu intermédio se obtém somente se considera efetivamente alcançada por esses? O que conduz a esta outra observação: se os bens são raros, como manifestarão a sua liberdade e, portanto, a sua individualidade, aqueles a quem o respetivo acesso se encontrar realmente negado devido ao facto de outros os terem previamente obtido ou em virtude de simplesmente não disporem dos meios necessários para os atingir? Não serão eles seres livres?

O que precede suscita ainda outro género de questões atinentes aos efeitos da atuação da propriedade enquanto prolongamento da autonomia pessoal. Assim: (i) A concentração de bens que ultrapasse a quantidade destinada à estrita satisfação de necessidades deve ter-se ainda como um modo de expressão da liberdade individual? Não deverá o caso qualificar-se já como uma espécie de exercício abusivo (artigo 334.º, Cód.Civil)? (ii) Cabe entender a destruição ou o abandono do bem de que se era proprietário, assim como a sua alienação, como formas de manifestação da liberdade ou antes como modalidades de abdicação,

se bem que parcial, dela?

Esta perspetiva, por oposição a outras que historicamente lhe sucederam (*v.g.* a que se estriba no *principle of utility*), autoriza e fundamenta outra ilação. A propriedade privada, assentando na liberdade individual, é concebida como um direito natural. Anterior, portanto, à própria existência do Estado e do Direito. Ou, pelo menos, um direito que não é concedido por lei. Ela limita-se a lidar com a sua preexistência. Erupção marcante desta conceção surge no preceito contido no artigo 2 da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*: “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression”. Não é certo, contudo, o seu fundamento. Geralmente, ele centra-se mais na vontade política de o afirmar do que na apresentação de argumentos que o sustentem. Até porque a concretização do significado de *Direito Natural* se revela altamente problemática: é aquele que se extrai a partir de Deus, da Natureza, da Razão?

Por outro lado, que as necessidades humanas (edificadas sobre *v.g.* a dignidade, a intimidade, a autonomia individual) demandam, conforme os contextos sociais, espaciais e temporais, a concessão do *uso exclusivo* de certos bens afigura-se indisputável. Mas que a forma jurídica dessa atribuição passe pelo reconhecimento da *private property*, com a extraordinária amplitude que a História lhe deu, já parece conclusão amplamente contestável.

A *ownership* sobre o corpo humano encontra, como adiante se verá, o seu principal fundamento na liberdade pessoal. A primeira é uma extensão da segunda. Esta implica que o sujeito seja soberano de si próprio. De outro modo, como justificar, por exemplo, que cada qual tenha a possibilidade de tomar, independentemente da intervenção de outrem, decisões (sobre *v.g.* participação em atividades fisicamente arriscadas ou em experiências científicas, sujeição a exames ou a cirurgias invasivas, dádiva de órgãos, células ou tecidos, etc.) que afetam o seu corpo? Ainda que, contudo, o reconhecimento deste aspeto do problema não envolva forçosamente a qualificação do referido senhorio como propriedade plena nos termos e para os efeitos do artigo 1305.º do Cód.Civil. Nem sempre que a liberdade pessoal se manifesta através da prática de atos sobre um objeto, a *private property* surge como rótulo adequado à situação.

§ 28. *Propriedade privada e paz pública.* “Hume believes that the human condition is neither a condition of an absolute abundance of goods under total altruism, nor a condition of desperate scarcity. Rather, the human social condition typically is such that there is a moderate scarcity of goods, and persons are not unlimitedly altruistic, in fact, persons have unlimited desires and are to be regarded as basically (though not thoroughly as in Hobbes) egoistic. Now if there is a moderate scarcity of goods and persons have unlimited desires and an interest in obtaining what they desire, then even if individuals do not desire

everything for themselves (for example, they may desire goods for their families and friends as Hume allows) conflicts are inevitable and unavoidable. But, of course, if such conflicts are inevitable and unavoidable in the usual condition of human social life, then there is a need or function for basic rules of ownership. A basic system of property thus can be accounted for – explained – by reference to its social function – the existence of property fulfills a social need”.

Um outro modo de justificar a propriedade privada consiste, com efeito, na necessidade social e, em última análise, na preservação da paz pública. Se os bens económicos são escassos por definição, e se, por outro lado, a vontade humana de os obter é ilimitada (ou se, pelo menos, tem fronteira distante), é inevitável que as necessidades individuais entrem, mais cedo ou mais tarde, em colisão. Para assim, tanto quanto possível, prevenir conflitos e disputas, torna-se indispensável, diz-se, um sistema que defina com rigor as regras a que a *private property* se sujeita e, principalmente, que lhe conceda uma tutela efetiva. Ela, tal qual *v.g.* a posse, encontraria assim a sua justificação, em última análise, na justiça e na estabilidade social.

Não se vislumbra razão, contudo, para que a afetação privativa de certo bem a determinado sujeito se deva fazer necessariamente através do recurso ao modelo da *full ownership*. Nem se entende, sobretudo, que a ideia de justiça demande tal solução. Para a executar e garantir e para preservar a paz pública, não bastará a concessão do seu uso exclusivo? É necessário ir mais longe por quê? A necessidade de impedir o despontar de litígios justifica que os bens se distribuam, de alguma maneira, entre os diversos sujeitos da comunidade e que a repartição seja amparada. Mas não demanda que a *forma* jurídica por intermédio da qual tal se produz consista na atribuição do seu domínio pela forma mais ampla possível reconhecida pela generalidade das ordens jurídicas integráveis na cultura ocidental.

A extensão desta ideia sumariamente exposta ao senhorio sobre o corpo apenas dá solução para uma parte do problema. Esclarece, designadamente, que cada sujeito tenha a pretensão de impedir a ingerência de terceiros no seu corpo, seja para que efeito for (maléfico ou benéfico). Deve reconhecer-se-lhe, portanto, o poder de, em relação a ele, exigir a exclusão dos demais. Não aclara, no entanto, a natureza e, sobretudo, o conteúdo do direito que há de entender-se recair sobre o corpo. Adotando a ótica ligada à chamada teoria mista do direito real, esta construção dará fundamentação assim ao chamado «lado externo» inerente ao domínio sobre o corpo. Deixa inexplicada, contudo, a parte correspondente ao «lado interno». A mais importante, aliás, dado que nela se inscrevem os poderes sobre o corpo que ao sujeito cabem, bem como as restrições de que padece.

§ 29. *Propriedade privada e positivismo.* A propriedade privada pode igualmente legitimar-se mediante no chamado *principle of utility*. “Nature has placed man under the empire of *pleasure* and of *pain*. (...). The *principle of utility* subjects everything to these two motives.

Utility is an abstract term. It expresses the property or tendency of a thing to prevent some evil or to procure some good. *Evil* is pain, or the cause of pain. *Good* is pleasure, or the cause of pleasure”.

Assim, “as regards property, security consists in receiving no check, no shock, no derangement to the expectation founded on the laws, of enjoying such and such a portion of good. The legislator owes the greatest respect to this expectation which he has himself produced. When he does not contradict it, he does what is essential to the happiness of society; when he disturbs it, he always produces a proportionate sum of evil”.

Torna-se vantajoso que a lei proteja a propriedade individual em virtude de isso proporcionar um *bem* à sociedade. É útil que assim suceda. O *principle of utility* torna-se, por isso, princípio orientador dos procedimentos do Estado, emergindo como diretriz de toda a sua ação, incluindo a legislativa. Adotando esta perspectiva, nem o Direito, nem os direitos individuais, se encontram dependentes de juízos morais, nem, sobretudo, a propriedade privada pode ser entendida como um direito natural. Ao invés, dado que se funda na utilidade, ela compõe um direito que supõe a sua positivação na lei, nela se legitimando exclusivamente. É, em última análise, o Estado-legislador que o outorgará, na medida em que se entender proveitoso.

Na sua base, trata-se de um entendimento que se sujeita a uma crítica fácil e óbvia, e que o próprio autor precursor desta ideia (Jeremy Bentham) encara: “perhaps the laws of property are good for those who have property, and oppressive to those who have none. The poor man, perhaps, is more miserable than he would be without laws”. Esquiva-a, porém, de modo que hoje, porventura, se considerará ingénuo: entendendo, por um lado, que “the industry and the labour of the poor place them among the candidates of fortune”; e, por outro, que “those who look down from above upon the inferior ranks see all objects smaller; but towards the base of the pyramid it is the summit which in turn is lost. Comparisons are never dreamed of; the wish of what seems impossible does not torment. So that, in fact, all things considered, the protection of the laws may contribute as much to the happiness of the cottage as to the security of the palace”. Em rigor, portanto, não replica. Como já atrás se fez referência de passagem, a ordem jurídica confere proteção à propriedade a quem dela for titular. Aos demais apenas assegura o direito de acesso. Mesmo a proteção do domínio sobre a “cottage” supõe, portanto, que alguém o tenha alcançado. Ora, para os que, ao longo da vida, não hajam adquirido património significativo, em que medida cabe dizer que obtiveram algum “pleasure”?

Poderá considerar-se, como fazem geralmente os utilitaristas, encarando a questão do ponto de vista social e global, que ainda se dá execução ao *principle of utility* quando se ampara a propriedade individual de alguns. Eventualmente, da maioria. Não é imprescindível que todos sem exceção dela beneficiem para a utilidade social aumentar. Para ela sofrer incremento (ainda que em grau muito diminuto), basta, em última análise, que mais um indivíduo obtenha

tutela para a propriedade adquirida. Assim perde-se, contudo, a razão de ser do próprio reconhecimento da *private property*. Ele tem em vista garantir a liberdade individual. A autonomia pessoal – seja ante o Estado, seja ante as demais pessoas – cimenta-se quando o sujeito atinja a independência patrimonial. Só indiretamente isto se traduz num benefício geral. O fundamento da *private property* não pode, por isso, encontrar-se unicamente no bem ou na vantagem social que por seu intermédio se obtém.

Na mesma linha positivista, mas avançando distinto fundamento, encontram-se aqueles que vislumbram a justificação da propriedade privada numa qualquer espécie de convenção social. O contrato que hipoteticamente funda a existência do Estado e das principais instituições sociais e jurídicas envolve, no seu clausulado, a tutela da *private property*. A crítica que se lhe pode dirigir tem, por isso, sentido semelhante àquela de que outras versões de igual cariz positivista são suscetíveis: não explica a sua origem, os seus alicerces, mas apenas a razão pela qual recebe amparo. Mesmo conceções mais evoluídas e sofisticadas deste entendimento, se sujeitam a tal crítica. A questão não consiste somente em afirmar, por exemplo, que um grupo de indivíduos colocados num ideado estado original haveria de reconhecer, por força da *fairness*, a *private property* como uma emanção do princípio segundo o qual “each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others” (princípio da liberdade). Isto fundamentaria, eventualmente, o acesso ao uso privado exclusivo da generalidade dos bens sob qualquer configuração jurídica concebível (*v.g.* usufruto), mas deixaria por esclarecer, contudo, a razão que leva a conceder-lhe especificamente a forma de direito de propriedade, com o conteúdo historicamente dado e recebido.

No que tange ao domínio sobre o corpo, a improcedência desta construção afigura-se óbvia. Perturba a simples suposição de que a sua existência e reconhecimento se encontra na dependência de alguma utilidade comunitária, ou que assenta em certa convenção social. Tal concessão legitimaria eventualmente, só por si, a respetiva negação ou limitação profunda quando tal (alegadamente por razões de utilidade geral) se mostrasse necessário. Para prevenir ilações deste teor, afigura-se ponto assente que a personalidade do ser humano e os consequentes direitos a ela associados, se devem ter como dados pré-jurídicos, constituindo “o núcleo fundamental do Direito Civil”. São “realidades extrajurídicas e pré-jurídicas sem as quais o próprio Direito não existiria e que lhe constituem o fundamento ôntico e ético, também chamadas «dados pré-legais». (...) Trata-se de realidades que têm existência independente do Direito e que o condicionam, que este não pode ignorar, porque lhe são de certo modo prévias”. É da *natureza das coisas*.

§ 30. *Propriedade privada e eficiência económica*. A propriedade privada pode também encontrar justificação na eficiência económica.

“An owner of property rights possesses the consent of fellowmen to allow

him to act in particular ways. (...)

Property rights convey the right to benefit or harm oneself or others. Harming a competitor by producing superior products may be permitted, while shooting him may not. A man may be permitted to benefit himself by shooting an intruder but be prohibited from selling below a price floor. It is clear, then, that property rights specify how persons may be benefited and harmed, and, therefore, who must pay whom to modify the actions taken by persons. The recognition of this leads easily to the close relationship between property rights and externalities”.

Externalidade – em tradução literal – é o custo (externalidade negativa) ou o benefício (externalidade positiva) em que incorre quem a eles não deu causa. Em contrapartida, internalizam-se custos ou benefícios (mas, em especial, os primeiros) quando os respetivos autores os façam – voluntária ou forçadamente – repercutir sobre si. De harmonia com tal ideia, “property rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization”. Tomando a propriedade fundiária como paradigma e, sobretudo, fazendo comparação com a propriedade em comum (compropriedade ou figura afim), “the... private ownership of land will internalize many of the external costs associated with communal ownership, for now an owner, by virtue of his power to exclude others, can generally count on realizing the rewards associated with husbanding the game and increasing the fertility of his land. This concentration of benefits and costs on owners creates incentives to utilize resources more efficiently. (...).

The development of private rights permits the owner to economize on the use of those resources from which he has the right to exclude others. Much internalization is accomplished in this way”.

A principal dificuldade construtiva que esta tese apresenta situa-se, logo, no seu próprio ponto de partida. O reconhecimento da propriedade privada põe-se, para ela, como um dado adquirido. A questão a dilucidar relaciona-se, sobretudo, com a realização da opção entre propriedade individual, propriedade comunitária e propriedade estatal. Das três, a que se apresenta economicamente mais eficaz, diz-se, será a primeira. Mas que razão justifica, antes de tudo, a existência do direito de propriedade, seja qual for o seu titular? A eficiência económica é relativa. Ela define-se por comparação, não em termos absolutos. Somente é incontestável – para quem assim pense – que a propriedade singular é *mais* eficiente do que aquela que pertencer em comunhão a certo grupo. Mas entre o modelo económico que suponha a sua presença e aquele que a não suponha (na titularidade de qualquer sujeito) será igualmente certa a conclusão?

Em todo o caso, a perspetiva em análise acentua uma grandeza que às demais nem sempre assiste: alerta para a dimensão individual que à propriedade privada deve subjazer. Por várias razões que entroncam sempre, todavia, no amparo que por seu intermédio se pretende conferir à liberdade individual. Só nesta medida se justifica o reconhecimento de uma natureza análoga à dos

“Direitos, Liberdades e Garantias”. Com efeito, o respetivo conceito pode também encontrar-se por simples oposição ao de propriedade pública. Quando assim for, *v.g.* a compropriedade será também propriedade privada. Do ponto de vista económico, contudo, aquela apresenta-se mais ineficiente do que a propriedade singular. O que aduz um argumento a favor do maior reconhecimento que a ela se deve conceder.

No que ao senhorio sobre o corpo respeita, esta visão permite acentuar a conveniência de ele ser individual – de pertencer ao sujeito nele integrado. Não à comunidade, ao Estado ou a qualquer outro ente de natureza coletiva. A crítica geral de que esta perspetiva é suscetível assemelha-se àquela de que a anteriormente descrita é alvo. Através da atribuição do domínio sobre o corpo humano tem-se em vista conferir proteção à dignidade do ser que nele se materializa. A simples sugestão de tal se encontrar dependente de considerações de índole económica basta para a ofender.

§ 31. *Propriedade privada como dado pré-jurídico.* Se a propriedade privada assentar as suas raízes em simples contingências de ordem histórica, deve inferir-se que, depois, se trata apenas de lhe encontrar uma legitimação. Na origem, a sua obtenção ter-se-á alicerçado essencialmente no uso da força por parte daqueles que assim se tornaram os respetivos titulares. Deste modo, o surgimento do conceito de direito de propriedade, o seu âmbito, o seu objeto, a sua natureza, fundar-se-ão nas razões fortuitas próprias de qualquer devir histórico. De onde se infere também, por outro lado, que a *private property* é um dado pré-jurídico. O Direito reconhece-a porque um longo processo social anterior lhe deu origem e forma. O respetivo conceito cristalizou-se, em traços gerais, antes de ela receber consideração jurídica.

Daí que, por exemplo, “from the purely theoretical point of view, legal guaranty by the state is not indispensable to any basic economic phenomenon. The protection of property, for example, can be provided by the mutual aid system of kinship groups”. O Estado poderia, portanto, inexistir, bem como o Direito dele proveniente, que a *private property* não deixaria, só por isso, de ser tutelada. O que, no mínimo, demonstra que lhe é anterior.

Pelo menos o direito de propriedade sobre a terra resulta, historicamente, da congregação de interesses entre os diversos membros de um grupo social que, ao defrontar interesses contrapostos de outros grupos, provocou o respetivo fechamento (como é próprio das agremiações). Despontou então uma tendência “to set up some kind of association with rational regulations; if the monopolistic interests persist, the time comes when the competitors, or another group whom they can influence (for example, a political community), establish a legal order that limits competition through formal monopolies; from then on, certain persons are available as «organs» to protect the monopolistic practices, if need be, with force. In such a case, the interest group has developed into a «legally privileged group» (*Rechtsgemeinschaft*) and the participants have become «privileged

members» (*Rechtsgenossen*)”.

Assumindo este ponto de partida e assumindo igualmente que a soberania sobre o corpo se constrói por analogia com a propriedade de coisas tangíveis, dele decorre, confirmando uma afirmação anterior, que não há de ser o Direito a conceder a cada indivíduo o domínio sobre si próprio, incluindo o seu corpo. Ao contrário, a respetiva existência impõe-se-lhe como elemento com o qual deve simplesmente lidar. A *self-ownership* não pressupõe a instituição do Estado e do seu Direito.

A generalidade das instituições jurídicas (contratos, direitos subjetivos, respetivos modos de aquisição, etc.) é, primeiro, moldada pela prática social. Só depois o Direito intervém para lhes dar reconhecimento e estabilidade e para, eventualmente, lhes conferir regras mais adequadas. Assim, tanto tem origem pré-jurídica a *private property* como *v.g.* o usufruto ou a servidão de passagem. A dignidade e a liberdade individual encontram-se, contudo, mais dependentes da receção da primeira do que dos segundos. Elas em nada sairiam beliscadas se estes últimos fossem banidos (como *v.g.* sucedeu com a enfiteuse). Não se pode dizer o mesmo, em geral, para a propriedade privada. O que significa que o caráter pré-jurídico de certa instituição não explica tudo.

§ 32. *Propriedade privada e luta de classes.* Mais radicalmente, o processo histórico que conduziu à apropriação pode explicar-se fundado unicamente na luta de classes, motivada por razões de índole económica, e na conseqüente subjugação daquela que for tida como perdedora ante a vencedora. “The so-called primitive accumulation, therefore, is nothing else than the historical process of divorcing the producer from the means of production. (...)”

The economic structure of capitalist society has grown out of the economic structure of feudal society. The dissolution of the latter set free the elements of the former”.

“The immediate producer, the labourer, could only dispose of his own person after he had ceased to be attached to the soil and ceased to be the slave, serf, or bondsman of another. To become a free seller of labour power, who carries his commodity wherever he finds a market, he must further have escaped from the regime of the guilds, their rules for apprentices and journeymen, and the impediments of their labour regulations. Hence, the historical movement which changes the producers into wage-workers, appears, on the one hand, as their emancipation from serfdom and from the fetters of the guilds, and this side alone exists for our bourgeois historians. But, on the other hand, these new freedmen became sellers of themselves only after they had been robbed of all their own means of production, and of all the guarantees of existence afforded by the old feudal arrangements. (...)”

The industrial capitalists, these new potentates, had on their part not only to displace the guild masters of handicrafts, but also the feudal lords, the

possessors of the sources of wealth. In this respect, their conquest of social power appears as the fruit of a victorious struggle both against feudal lordship and its revolting prerogatives, and against the guilds and the fetters they laid on the free development of production and the free exploitation of man by man. The *chevaliers d'industrie*, however, only succeeded in supplanting the chevaliers of the sword by making use of events of which they themselves were wholly innocent. They have risen by means as vile as those by which the Roman freedman once on a time made himself the master of his *patronus*.

The starting point of the development that gave rise to the wage labourer as well as to the capitalist, was the servitude of the labourer”.

Difícilmente se poderá sustentar que o processo foi intencionalmente conduzido. E, menos ainda, que na sua raiz se encontrem causas de natureza exclusiva e meramente económica. Mas, no essencial, acerta-se na descrição da base factual que historicamente explica a concentração da riqueza na titularidade de uns quantos e a conseqüente subordinação dos demais. Assim se dilucida, pelo menos, a progressão que desembocou na Revolução Industrial.

Num ponto fundamental, Marx vai encontrar fundamento na tese central de Locke: é o trabalho que dá ou acrescenta valor às coisas (matéria-prima), ainda que, depois, ele seja objeto de apropriação por aqueles que o não prestam. Uma coisa pode, assim, ter utilidade sem conter valor (*v.g.* o solo virgem). A doutrina marxista servirá de alicerce então, por exemplo, para a *skill exception*. Somente, portanto, aquelas partes do corpo humano que hajam sido manipuladas adquirirão valor. As demais, serão eventualmente coisas – por terem préstimo –, mas daquele serão desprovidas. De onde resultará a conclusão, não inteiramente coincidente com os dados legais no que às segundas respeita, de que o *human body* e as *body parts* não manuseadas se encontrarão fora do comércio.

§ 33. *Propriedade privada: existência e obtenção.* Da exposição anterior há uma inferência que de imediato se afigura legítima. Discutir a natureza da propriedade privada envolve dois subtemas decerto conexos, mas autónomos:

- (i) razão pela qual ela *existe* e se considera;
- (ii) razão pela qual a sua *aquisição* deve ser tutelada.

As duas vertentes não se encontram indissociável nem necessariamente ligadas, ainda que tipicamente assim suceda. Com efeito, uma coisa *v.g.* é admitir que sobre material genético humano possa incidir propriedade privada; outra é que ela se conceda a esta ou àquela pessoa (no exemplo, àquela de quem originalmente fazia parte ou, diversamente, àquela que porventura o haja manipulado).

(i) A existência da propriedade privada, bem como o seu conteúdo típico – “uso, fruição e disposição” (artigo 1305.º, Cód.Civil) –, não parecem encontrar explicação diferente daquela que se avança para generalidade dos principais

institutos jurídicos: a História. A propriedade privada surge e adquire o âmbito que hoje se lhe reconhece pelas contingências próprias da progressão – social, económica, política – da espécie humana. As razões que justificam o seu aparecimento e a delimitação dos seus contornos são, pelo menos, obscuras. E, decerto, não puramente racionais. Encontrará apoio em necessidades individuais e coletivas, em razões económicas, em ambições pessoais ou em anseios sociais, na tutela da dignidade e da liberdade individual. Nada deve, contudo, a planos de ordem lógica.

(ii) A proteção que se concede a quem a haja adquirido funda-se, primordialmente, na pretensão de manutenção da paz pública. É a razão geral e é, neste ponto, semelhante à justificação que se apresenta para legitimar a tutela da posse. Aliás – como, de resto, ainda hoje sucede para a maioria dos leigos –, na origem, os dois institutos dificilmente se diferenciariam. Modernamente sobrevém, em acréscimo, um outro motivo: a garantia de autonomia pessoal que, frente ao poder autoritário do Estado, a sua titularidade concede. Como já se assinalou, esta razão somente alcança, todavia, aqueles que a ela hajam acedido. Embora, em relação a estes, seja verdadeira.

O que antecede não impede, contudo, o reconhecimento de outros fundamentos particulares que – como o trabalho (no que toca *v.g.* à especificação) ou a utilidade (no que tange *v.g.* a alguns casos de acesso) – podem sustentar certas hipóteses de aquisição da propriedade.

Com efeito, o modo de constituição do direito de propriedade interfere com a sua justificação. Adquirir por ocupação ou por usucapião encontra fundamento diverso daquele que subjaz à aquisição por especificação. Àquelas preside a utilidade social. A esta o trabalho (ao menos quando ela se dê em benefício do especificador). Importa, em todo o caso, que a lei não considere ilegítimo o título aquisitivo. Sendo por ela acolhido, é irrelevante que patenteie alguma eventual dose de iniquidade (*v.g.* a usucapião de má fé; a ocupação do solo, nos EUA, durante a *March to the West*; a legalização, nos termos da lei n.º 91/95, de 02 de setembro, das chamadas Áreas Urbanas de Génese Ilegal).

A natureza do objeto, por outro lado, também interfere com a referida sustentação. A propriedade sobre um animal ou sobre um meio de produção encontra justificações, pelo menos, parcialmente distintas. Certamente não será (para já) com base no trabalho que a aquisição da primeira geralmente assentará. Ao invés, a titularidade do bem de produção fundar-se-á genericamente no princípio da utilidade. É a ilação que se extrai do facto de ele, quando se encontre em abandono, poder ser objeto de expropriação, ou “de arrendamento ou de concessão de exploração compulsivos” (artigo 88.º, Constituição).

§ 34. *Propriedade privada e posse.* Como se viu ao longo da exposição antecedente:

(i) Uma coisa é a razão pela qual se legitima a existência do direito de

propriedade privada e a concessão da sua titularidade a certa pessoa: o trabalho, a utilidade, a posse mantida durante longo tempo, a ocupação, a justiça, a liberdade, o hipotético contrato original, etc. O Cód.Civil dá expressão ao significado destes eventos ao prever e consagrar os diferentes títulos de aquisição que podem subjazer à propriedade (artigo 1316.^o). Eles concretizam, consoante as hipóteses, um *direito geral de apropriação* de que todos os indivíduos são titulares para satisfação das respetivas necessidades.

- (ii) Outra coisa, inteiramente separada, é a razão que historicamente esclarece o surgimento do instituto da *private property*.

Não se mantendo presente a separação, o debate confunde-se.

“How did I acquire «ownership» of my body? I did not labour for it, and I did nothing to deserve it. Is it a gift? How do I behave toward a gift?”. A formulação destas interrogações é suficiente para permitir a verificação de que se torna geralmente descabido estender sem reservas as tradicionais explicações avançadas para justificar a existência da propriedade privada – tal como acima sucintamente se descreveram – ao domínio sobre o corpo. Não foram pensadas para tal hipótese. Elas idealizaram-se tendo em consideração a propriedade sobre coisas inanimadas. Mesmo aquela passagem de John Locke preliminarmente transcrita nem é indubitável, nem parece ter o exato alcance que alguns lhe pretendem (ou pretenderam) imprimir.

“Proprietà è sempre un minimo de appartenenza, di poteri esclusivi e dispositivi conferiti a un determinato soggetto dall’ordine giuridico. Parlare soltanto di proprietà, anche se al plurale, significa restare ben racchiusi entro la nicchia de una cultura dell’appartenenza individuale”.

“La proprietà è sicuramente anche un problema tecnico ma non è mai soltanto, ..., un problema tecnico: dal di sotto, i grandi assetti delle strutture, dal di sopra, le grandi certezze antropologiche pongono sempre la proprietà al centro d’una società e d’una civiltà. La proprietà no consisterà mai in una regoletta tecnica ma in una risposta all’eterno problema del rapporto fra uomo e cose, della frizione fra mondo dei soggetti e mondo dei fenomeni”.

Pesem embora todas as dificuldades e incertezas, afigura-se plausível, quase certo, que o direito de propriedade encontre o seu alicerce histórico na *posse*. Os primeiros possuidores – que nela se investiram pela força e pela falta de resistência – exerceram um senhorio de facto sobre os bens de que assim se apropriaram, o qual, na origem, subsistiu pelas mesmas razões. Trata-se, no fundo, de uma específica aplicação do *princípio da prioridade (first-in-time)*. Com o advento do Estado e do Direito, houve necessidade de lhe dar uma capa jurídica que, sobretudo, servisse para o validar. Dada a forma, absoluta e irrestrita, como os possuidores até aí se comportaram no exercício do poder factual que o seu estatuto social lhes conferia, o Estado, ao reconhecê-lo, através da lei, sob o molde de propriedade (*o que é próprio*), reproduziu a exata configuração que recebeu (ou

que lhe foi imposta). A descrição que os diversos ordenamentos jurídicos dela fazem espelha, portanto, um modelo instituído pela prática continuada e pela sua prolongada reiteração. O que, em si, nada tem de especial. São quase sempre estes os contornos que motivam o surgimento da lei, especialmente quando por ela se intenta dar corpo a instituições socialmente consolidadas.

Não se duvida, por exemplo, que, originalmente, aquele que caçasse certa presa se tornaria dono dela ao adquirir a respetiva posse. Por sempre assim ter sido, as primeiras leis costumeiras relativas ao tema tê-lo-ão reconhecido. Não significa que a razão ainda seja atualmente procedente, pois não se trata agora de explicar a gênese do conceito de direito de propriedade, mas apenas de eventualmente o conceder a alguém tal qual ele hoje se concebe. Para aquele efeito, contudo, a possibilidade que o caçador tinha, por causa da sua posse, de fazer o que lhe aprouvesse com o animal capturado justificou que, mais tarde, o reconhecimento jurídico fosse conferido no exato sentido imposto pela prática instaurada, acobertando-a.

§ 35. *Self-ownership e posse*. Adotando este ponto de partida, tão-pouco custa aceitar que a perceção social da propriedade sobre o corpo há de ter tido início, ou fundamento, na ideia de *posse* sobre ele.

É manifesto que cada qual domina factualmente a utilização do seu corpo: conduzindo-o por onde entender, sentando-se, movendo-se, mantendo-se inativo, embarcando em algum veículo, participando em alguma atividade desportiva, sujeitando-o a agressões (guerra, combate, etc.), expondo-o a perigos (incêndio, condução automóvel, pesca, caça, uso de drogas ou de tabaco, etc.), submetendo-o a intervenções cirúrgicas, a tratamentos médicos ou a experiências científicas, etc.. Daqui até à afirmação da existência de propriedade sobre o corpo medeia, efetivamente, um pequeno passo. E alguma espécie de senhorio jurídico existirá certamente, pois não se pode aceitar que ele se encontre dotado de natureza puramente factual. Torna-se imprescindível identificar, portanto, a capa que juridicamente o há de legitimar. Ela fundar-se-á, com certeza, no reconhecimento da presença de um domínio de facto sobre o corpo que autoriza a pessoa a dar-lhe um uso autónomo, ainda que, porventura, de modo mais limitado do que, por comparação, sucede na generalidade dos casos de senhorio sobre coisas corpóreas. Com efeito, a liberdade individual também se manifesta quando a pessoa utiliza o seu corpo: na livre movimentação, na forma como se veste ou se apresenta, na ingestão de medicamentos, no desenvolvimento de atividades fisicamente arriscadas, etc. Neste sentido, a pessoa há de ser tida, portanto, como *dona* do seu corpo. O que não significa que dele seja proprietária nos termos e para os efeitos do artigo 1305.º do Cód.Civil. Ao invés, daqui apenas se infere que mais ninguém o *controla* para além do próprio. Neste sentido, é possível dizer-se que a este se confere, sobre o seu corpo, um poder de autoridade e uma (consequente) reserva exclusiva de aproveitamento. O que não equivale a atribuição ou reconhecimento de *full ownership*.

E. Propriedade e posse do corpo

§ 36. *Aproximação ao conceito de posse.* Deve, na sequência, precisar-se então o seguinte ponto: “humans legally own their bodies as private property or merely possess them with the right to quiet enjoyment”?

A posse é, na sua essência, uma espécie de senhorio ou de domínio de facto sobre uma coisa (artigo 1251.º, Cód.Civil). Para fixar o respetivo conceito e efeitos é geralmente irrelevante que o possuidor seja, simultaneamente, titular do *direito de fundo* (propriedade, usufruto, servidão predial, etc.) suscetível de a justificar. Basta controlar materialmente a sua utilização.

Faz parte do uso jurídico discutir a natureza da posse em função de um binómio elementar: direito subjetivo *versus* mero facto jurídico. E, para quem perfilhe a primeira conceção, a discussão evolui para outro binómio: direito relativo *versus* direito absoluto (*maxime* direito real).

§ 37. *A posse como situação relativa.* Dando sequência à tradição mais vincadamente iniciada por Savigny, a posse seria um direito de natureza creditícia – ou seja, portanto, um direito subjetivo relativo, a incluir, por essa razão, no Direito das Obrigações. A justificação encontrar-se-ia no seguinte.

A posse cifra-se, nesta versão, na vontade de atuar o senhorio de facto sobre certa coisa. A sua violação (esbulho, turbação, etc.) constitui violência contra essa vontade dado que coloca um obstáculo ao seu pleno e normal exercício. Consequentemente, atentar contra a posse significa produzir uma ofensa sobre a própria pessoa do possuidor.

Daí a razão para Savigny proceder à integração dos interditos possessórios nos *delitos* ou nos *quase-delitos* (consoante quem importunava a posse alheia o fizesse, respetivamente, com dolo ou com negligência). Com efeito, adotando esta perspetiva, o interdito permitia reagir contra uma injustiça cometida sobre o possuidor. Pelo que, por conseguinte, o que através dele se fazia valer dizia respeito ou era relativo (como em qualquer situação do género) àquele que cometesse tal delito ou quase-delito. Por outras palavras, o interdito fundava-se em razões que *inter-relacionavam* exclusivamente o demandante com o demandado.

A verdade, porém, é que, na ótica da violação, todos os direitos subjetivos, seja qual for a sua espécie (reais, de crédito, de personalidade, de autor, de propriedade industrial, etc.), são relativos. Uma vez lesado o direito, o respetivo titular atua, e só pode atuar, qualquer que seja a sua finalidade, contra o autor da lesão (ou seja, da violação).

A admitir o entendimento que se critica e para manter o nível comparativo, o direito de propriedade também seria então um direito relativo porque, quando violado, ao seu titular cabe intentar, por exemplo (se for esse o caso),

ação de reivindicação contra quem eventualmente o tenha esbulhado e ação de indemnização contra o mesmo pelo dano que provavelmente não teria sofrido não fosse o esbulho. As razões invocadas em uma e em outra ação (*rectius*, num e noutro pedido) são, na verdade, *relativas* ao espoliador.

Acrescem dois argumentos que não sendo especificamente resultantes da aplicação da teoria da vontade à fundamentação da tutela possessória, acarretam aqui consequências particulares.

Primeiro, como explicar, com este entendimento, a proteção do possuidor formal, especialmente do possuidor *injustus* (ou seja, daquele que, por exemplo, adquiriu a posse com violência ou clandestinamente). Exceto (mas apenas em certa medida) contra o esbulhado, é inegável que tal possuidor também dispõe dos interditos possessórios. E então se, por seu turno, for de novo espoliado, a injustiça que cometeu merece amparo apesar de tudo? A vontade ilícita deve ser patrocinada?

Segundo, por outro lado, como sustentar esta conceção quando a vontade do possuidor seja juridicamente irrelevante (*v.g.* menores, interditos ou dementes)? Qual será então o *quid* que se tutela?

§ 38. *A posse como direito subjetivo real.* A afirmação de que a posse é um direito pressupõe que, primeiro, ela seja qualificável como direito subjetivo.

A posse tem, porém, natureza *sui generis*.

A categoria direito subjetivo é puramente jurídica. É, sobretudo, uma realidade pensada. Ao passo que a posse, envolvendo geralmente o domínio material sobre certa coisa, adquire uma natureza acentuadamente factual.

Não se vê, contudo, como será possível, sem contradições, harmonizar a concessão de tutela judicial à posse com o entendimento segundo o qual se trata de situação de ordem puramente material (ações judiciais para defesa de um não direito?).

Além disso, a posse, ao configurar-se como uma situação com algumas facetas de precariedade e transitoriedade, apresenta semelhanças com as expectativas jurídicas:

- (i) ambas são protegidas por si, apesar e independentemente de a titularidade do direito sobre o bem em causa ainda não pertencer ao respetivo possuidor ou titular da expectativa e mesmo que isso nunca chegue a suceder;
- (ii) ambas produzem efeitos imediatos - *v.g.* aquisição de frutos (artigo 1270.º, Cód.Civil), possibilidade de prática de atos conservatórios (artigo 273.º, Cód.Civil), etc. - que também não dependem da titularidade do direito sobre o bem.

A ilação tira-se, pois, no seguinte sentido: se as expectativas jurídicas são reconhecidamente direitos subjetivos, não se vê razão para recusar a mesma qualificação à posse, especialmente quando, tanto do ponto de vista qualitativo

como quantitativo, os efeitos jurídicos que lhe são imputáveis até superam os daquelas.

§ 39. *A posse como presunção de titularidade.* Numa perção encetada por Jhering, a posse pode ser vista como uma “guarda avançada” do *direito de fundo* (sobre a coisa possuída) do qual o possuidor seja pretensamente titular.

A tutela possessória funda-se, assim, numa presunção de titularidade. Protege-se a posse porque, tipicamente, o possuidor tem o direito que a justifica. E também, já agora, porque sendo essa a normalidade, se facilita a prova e, portanto, a eficácia da tutela. Enquanto numa ação petitória, especialmente na de reivindicação, o demandante deve fazer prova “de um distante modo de aquisição” nisso incluindo as respetivas “condições internas e externas”, nas ações possessórias basta-lhe demonstrar a existência da própria posse.

Ao proceder assim, corre-se o risco de conferir tutela a quem a não merece (v.g. o ladrão) uma vez que a titularidade sobre o *direito de fundo* não se discute, em princípio, na ação possessória. Mas as vantagens suplantam os defeitos. E, razão mais importante, os institutos jurídicos fundam-se no socialmente típico, não no atípico.

§ 40. *Posse e detenção.* Pode assentar-se, assim, na seguinte ideia: a posse é um facto, não meramente material, mas social; e depois jurídico. De todo o modo, um facto.

De particular, em relação a outros factos jurídicos apresenta:

- (i) Primeiro, uma variedade e multiplicidade de efeitos jurídicos que não são, porventura, tão habituais naqueles outros;
- (ii) Segundo, a possibilidade de recurso a um conjunto de ações que se destinam não à tutela de um direito, como é vulgar, mas à proteção do próprio facto em si mesmo considerado. Elas amparam a possibilidade de “nas traseiras” da posse existir o correspondente *direito de fundo*. Até prova do contrário, ele está (ainda que presumivelmente) na titularidade do possuidor.

A posse deve ser qualificada, pois, como uma situação jurídica única no seu género, insuscetível de recondução aos quadros conceituais normais.

O mesmo se diga, também por isso, para os chamados efeitos da posse. Eles surgem, em geral, por associação à titularidade aparente que esta transparece. Eventualmente acrescerá, para cada efeito em concreto, alguma razão justificativa particular. Por exemplo: na usucapião, a vantagem objetiva em obter a sincronização entre a titularidade aparente e a efetiva; na aquisição de frutos, a proteção da boa-fé (que legitima a parcial irretroatividade da restituição ao titular efetivo).

Quando se coloca a questão de saber se os requisitos de existência da posse estão ou não estão verificados, o que se procura saber, no fundo, é se

verdadeiramente há posse ou apenas detenção (artigo 1253.º, Cód.Civil). Esta ainda é soberania de facto sobre uma coisa, mas juridicamente irrelevante.

Numa forma de colocação de um problema que é recorrente em Direito, força-se a sua resolução fundada no critério de “ou tudo ou nada” a partir de factos que são, pelo menos, externamente idênticos ou muito parecidos. O que evidentemente dificulta sobremaneira a realização da separação. A verdade, porém, é que o detentor *v.g.* não pode adquirir por usucapião (artigo 1290.º, Cód.Civil) e também não pode proteger a sua situação recorrendo às ações possessórias.

Quando, diferentemente, a questão da eficiência da posse é colocada, o que está em consideração é, sobretudo, apurar as suas características. São estas que fazem variar a amplitude de efeitos de que o possuidor beneficia ou pode beneficiar.

Ao menos em relação às partes do corpo humano que dele hajam sido destacadas, o problema é suscetível de ser colocado de idêntica maneira. Elas são coisas, primeiro. E dentro do comércio, segundo [artigo 1267.º, n.º 1, alínea b), *in fine*, Cód.Civil]. É concebível, por isso, que a respetiva posse caiba, designadamente, ao dono do corpo e a sua detenção pertença a outrem (cf., de novo, *v.g.* o caso *Yearworth vs North Bristol NHS Trust* (2009) EWCA Civ 37, (2010) QB 1, (2009) 3 WLR 118, (2009) 2 All ER 986 CA). Até onde for permitido pela analogia das situações, a pertinência da distinção tira-se, portanto, para os efeitos usuais (*v.g.* ações possessórias ou usucapião que, como regra, não ficam ao alcance do detentor).

§ 41. *Posse e soberania sobre o corpo.* O regime da posse – salvo, em parte, no que respeita aos respetivos modos de constituição – funciona *ex post facto*, como “último remédio”. A ele se recorre apenas quando, por qualquer razão, se revele que, afinal, a titularidade aparente não coincide com a efetiva.

Assim, por exemplo: aquele que atua como proprietário fica submetido ao regime do direito de propriedade até que, eventualmente, se mostre que não beneficia de tal titularidade; aquele que atua como titular de uma servidão de passagem fica sujeito ao regime correspondente a esse direito até que, eventualmente, se prove que afinal dele não é titular; etc. Só a partir do instante em que se produzam as referidas demonstrações começam a operar as regras possessórias.

Com os devidos ajustes, esta percepção estender-se-á às situações de posse sobre material genético que haja sido destacado do corpo ao qual originariamente se ligava. Em geral, nestas circunstâncias, a dissonância entre poder de facto e titularidade efetiva raramente se colocará. Quando, eventualmente, tal substância se encontre sob o domínio de terceiro, a falta de coincidência entre dono e possuidor apresentar-se-á usualmente de modo notório. Se assim não for, todavia (como sucedeu na hipótese da *cell line* objeto da decisão proferida no já referido pleito *Moore vs Regents of the University of California*), nada obsta

a que o regime da posse se aplique tanto quanto possível, no que respeita, designadamente, à presunção de titularidade (artigo 1268.º, Cód.Civil), às ações possessórias (artigos 1276.º a 1285.º, Cód.Civil) e à usucapião de coisas móveis (artigos 1287.º e 1299.º, Cód.Civil).

Já no que toca ao próprio corpo, a dissociação entre posse e titularidade afigura-se inconcebível. Se aquele apenas pode pertencer à pessoa nele materializada, ela há de ser, simultânea e necessariamente, sua dona e sua possuidora.

Põe-se assim a questão: será o instituto da posse inteiramente extensível ao domínio de facto sobre o corpo humano e sobre o material genético que dele haja sido separado?

Atendendo à definição que resulta do preceito contido no artigo 1251.º do Cód.Civil (“*posse é o poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real*”), para produzir, em bloco, os efeitos que lhe são conferidos pelos artigos 1268.º a 1300.º do Código Civil, o domínio de facto em que ela se cifra há de ter por referência o exercício de um direito real. Ainda que se torne possível asseverar a existência de posse em relação a direitos de natureza não real (o que não se revelará particularmente difícil para quem perfilhe a chamada conceção *objetiva*), ela não se encontrará então dotada de toda a referida eficiência.

Supõe-se, por outro lado, que o poder de facto incida sobre uma coisa. É certo que a presença deste elemento não se infere a partir da definição transcrita. Mas o instituto da posse está concebido neste pressuposto. Poder-se-á debater se, para este efeito, vale igualmente coisa incorpórea. Mas supõe-se sempre uma *res*.

Assim sendo, a posse sobre o corpo humano, no sentido técnico do artigo 1251.º do Cód.Civil, não é sequer ideia passível de colocação. Mesmo quando se entenda – o que, de todo o modo, não se afigura curial – que cada indivíduo é proprietário do seu corpo, certo é que este não é coisa enquanto nele houver vida. Será antes objeto de direitos. Mas, como já antes se acentuou, os correspondentes conceitos não equivalem.

Já, ao invés, o mesmo não se pode afirmar, ao menos tão seguramente, em relação às partes do corpo que dele hajam sido apartadas. Especialmente, como se defendeu atrás, a partir do instante em que lhe quadre a qualificação de *coisa* dentro do comércio. Por isso, pergunta-se: encontrar-se-á igualmente excluído, quanto a estas, a aplicação do instituto da posse com a conseqüente produção dos respetivos efeitos? Será impensável, por exemplo, que alguém adquira propriedade sobre sangue alheio através da usucapião? O problema é, pelo menos, imaginável. Custa admitir, é certo, que tendo o plasma sanguíneo sido obtido de forma ilícita – *v.g.* mediante dolo ou coação –, aquele que dele se assenhoreou possa, depois, invocar prescrição aquisitiva para legitimar a posse. Mas, por contraposição, já não se mostra tão difícil aceitar que, havendo ele entrado licitamente no comércio jurídico (*v.g.* devido ao assentimento do dador), algum intermediário a jusante a possa alegar em seu benefício. Suponha-se *v.g.*

que, até chegar ao recetor, o sangue é objeto de transferências sucessivas e que, alguma delas, não sucede validamente por razões formais. O mesmo raciocínio se pode estender à dádiva de esperma, de óvulos, de medula ou, em geral, de demais tecidos ou células. E se algum dia se puder constatar a existência de um verdadeiro mercado de órgãos humanos (ainda que estreitamente gerido e vigiado), não se vê razão que impeça igual exercício.

O fundamento da usucapião reside (i) tanto na utilização que o possuidor desprovido do *direito de fundo* faz do objeto que formalmente não lhe pertence, (ii) como na inércia da pessoa afetada. Uma vez que não se encontra vedada a sua eficácia aquisitiva quando o primeiro se encontre de má-fé (pois apenas os competentes prazos se tornam então mais longos), só pode concluir-se que o ardil, o estratagema, o artifício, também se legitimam pelo decurso do tempo. É assim para todos os efeitos, e não só especificamente para este. Recorde-se o exemplo de escola da aquisição por usucapião da propriedade sobre prédio cujo senhorio foi obtido mediante compra e venda verbal ou aquele outro em que o possuidor a alcançou por, inicialmente, ter usurpado imóvel alheio. A usucapião serve sempre para validar o que antes, em maior ou menor grau, era ilegítimo, ilícito, ilegal, irregular. A passagem do tempo, em especial quando ela se estenda longamente, é um fator de estabilização e de cimentação de situações puramente factuais.

O respetivo alicerce encontra-se também na falta de reação da pessoa que por ela seja, real ou potencialmente, prejudicada. Somente se justifica conceder um direito ao possuidor e, simetricamente, extinguir direitos incompatíveis pertencentes a outrem, na suposição de os seus titulares terem tido a oportunidade de reagir contra o exercício da posse e, não obstante isso, terem tomado a opção de não o fazer. Apenas se pode garantir que esta opção é livre e espontânea (ou seja, apenas se pode dizer que houve verdadeira inércia), na medida em que a posse suscetível de conduzir à usucapião tenha sido constituída e exercida pública e pacificamente (artigo 1297.º, Cód.Civil). Quando assim for, a inércia da pessoa afetada pode interpretar-se como uma forma de consentimento (tácito) para a aquisição alheia. E esta dever-se-á caracterizar como gratuita. A usucapião sobre material genético não se mostra, portanto, descabida. Independentemente do modo, lícito ou ilícito, mediante o qual a respetiva posse se alcançou. Importa apenas que ela não se tenha obtido, nem se tenha mantido, oculta ou violentamente.

F. A autonomia individual e o domínio sobre o corpo.

§ 42. *Autonomia individual e soberania sobre o corpo.* “In situations involving human existence, the law depends on concepts of liberty and personal tort, not private property”. A afirmação, na sua essência, é indisputável. Mas quando se debate a liberdade pessoal e o seu âmbito, a soberania sobre o corpo é questão

que forçosamente surge envolvida. Ainda que, porventura, como consequência ou afloramento.

A autonomia individual constitui um modo de expressão, do ponto de vista jurídico, da liberdade pessoal [*auto* (próprio) + *nomos* (regra ou norma) = autogoverno (da cidade-estado, na origem)]. Representa um corolário do reconhecimento da dignidade humana e tem, constitucionalmente, incontáveis emanações (liberdade de movimentos, liberdade de deslocação, liberdade de fixação do domicílio, liberdade de emigração e de imigração, liberdade de expressão e de informação, liberdade religiosa, liberdade de ensino, liberdade cultural, liberdade económica, etc.).

Ela acarreta a atribuição a cada indivíduo de uma ampla esfera de atuação independente para, em conformidade, se dotar das regras que o hão de reger. É por isso que, por exemplo a propósito das *diretivas antecipadas de vontade*, como “there is no one true or correct way to die, individuals are free to decide their medical futures for themselves”. É também por isso, ainda por exemplo, que os utentes dos serviços de saúde têm direito a “decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei” [Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de agosto), Base XIV, n.º 1, alínea b)]. É ainda pela mesma razão que a dissecação de cadáver somente se autoriza, em princípio, “quando a pessoa falecida tenha expressamente declarado em vida a vontade de que o seu cadáver seja utilizado para fins de ensino e de investigação científica” (artigo 3.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de julho. Ou, no que toca à dádiva ou colheita de órgãos, tecidos e células de origem humana para transplante, não obstante serem “considerados como potenciais dadores *post mortem* todos os cidadãos nacionais e os apátridas e estrangeiros residentes em Portugal”, é igualmente em homenagem à sua autonomia que se lhes confere a possibilidade de declarar “junto do Ministério da Saúde a sua qualidade de não dadores” (artigo 10.º, n.º 1, Lei n.º 12/93, de 22 de abril). Como resultado da concessão destas faculdades, torna-se possível inferir, assim, que cada qual exerce uma extensa autoridade sobre o seu corpo. E que, por seu turno, ela se apresenta como um pressuposto de diversas manifestações da autarquia do sujeito (*v.g.* integridade pessoal, imagem, voz, saúde, liberdade de movimentação, etc.).

§ 43. *Autonomia individual: conteúdo elementar.* A autonomia individual constitui, em primeiro lugar, uma liberdade de conteúdo *negativo*. Representa primariamente a concessão ao indivíduo de um campo de atuação isento de coerção externa, designadamente por parte do Estado. É o mínimo que através dela se garante. Mas, a ser apenas assim, estar-se-ia a criar um reduto ou uma cerca sem recheio. Por isso, na sua definição, torna-se imprescindível integrar também, pelo menos, o fim que preside ao seu reconhecimento: proporcionar a cada sujeito um instrumento para a sua autorrealização pessoal.

Reconhecer a autarquia individual é ainda cumprir o princípio do respeito pela dignidade do ser humano. Se, por hipótese, fosse executável uma

organização social onde todas as atuações humanas estivessem preordenadas por uma autoridade central superior (*v.g.* o Estado), a diferença entre o Homem e a máquina seria nula. Ambos se poderiam ver como simples instrumentos de uma vontade alheia.

Esta comparação é suficiente para demonstrar que, onde se pretenda reconhecer materialmente a Humanidade, torna-se indispensável assegurar concomitantemente a sua liberdade.

Obrigiar a coletividade a honrar a autonomia do indivíduo demanda, antes do mais, a imposição do princípio da intangibilidade absoluta da vida humana. Por isso, em caso algum haverá pena de morte (artigo 24.º, n.º 2, **Constituição**). “Nossa civilização estabelece uma distinção fundamental, tanto em direito como em moral, entre os homens e os outros seres vivos. O indivíduo humano deve ser protegido contra as reiteradas pretensões da sociedade de tudo julgar consoante os seus interesses, de considerar moral e legal tudo que lhe é útil, imoral e ilegal tudo que lhe é nocivo. Sabemos a que abusos pode conduzir semelhante pretensão e devemos opor-nos a esse processo inevitável em que se começaria por suprimir os monstros, depois os alienados mentais, os esclerosados, os velhos, os doentes incuráveis, e se acabaria suprimindo os adversários do poder estabelecido, da religião ou da ideologia dominante”.

A vida está contida no corpo. A tutela da vida envolve, portanto, a tutela do seu invólucro material. Ambas supõem o reconhecimento – com a consequente concessão de proteção – de um domínio sobre o segundo. Se o corpo não pertencer à pessoa nele materializada, como se justificará a existência de um *direito* à vida ou de um *direito* à integridade física e psicológica na respetiva titularidade? Será necessário entender que estes direitos são *iura in re aliena*?

§ 44. *Autonomia individual: limites legais genéricos.* Como sempre sucede quando se trata de assegurar liberdades, a respetiva concessão não se faz de modo incondicionado ou ilimitado. Geralmente, as autonomias individuais conflituam, em maior ou menor medida (consoante os casos), entre si e com interesses coletivos. Por isso, elas devem necessariamente receber limitações por via das quais se possa proceder às conciliações concretamente requeridas.

A este propósito é de particular importância o que se dispõe no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição. O estabelecimento de restrições *explicitas* a “Direitos, Liberdades e Garantias” fica, por seu intermédio, submetido a uma regulamentação muito apertada, que se lhes aplica diretamente, e que, na medida da analogia existente (artigo 17.º, Constituição), se estende aos restantes direitos fundamentais. Assim:

- somente por Lei ou mediante Decreto-Lei autorizado [artigo 165.º, n.º 1, alínea b), Constituição] se lhe podem impor limitações;
- não é possível, nem mesmo através destas espécies de diplomas, estabelecer restrições com carácter individual e/ou concreto;

- não podem ser dotadas de eficácia retroativa;
- cada restrição deve encontrar-se admitida (ou, eventualmente, imposta) pela própria Constituição;
- devem fundar-se na necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente tutelados, razão pela qual devem respeitar os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação;
- e, mesmo no pressuposto de o seu estabelecimento ter observado todas as anteriores condicionantes, não se pode através delas diminuir a extensão e o alcance do chamado *conteúdo essencial* dos preceitos constitucionais relativos a direitos fundamentais.

Este regime garantístico dos “Direitos, Liberdades e Garantias” (*DLG’s*) está vocacionado para a relação cidadão-Estado. Este, como titular da soberania, encontra-se restringido no seu exercício, em qualquer vertente, pelos direitos fundamentais reconhecidos àquele. Esta é, historicamente, a razão de ser do seu surgimento e reconhecimento. O disposto no artigo 18.º da Lei Fundamental é um dos instrumentos destinados a dar execução a tal propósito.

A *self-ownership* tem, no mínimo, natureza análoga à dos *DLG’s*. Como qualquer outro *DLG*, é também para circunscrever a autoridade do Estado que ela se reconhece a cada ser humano. É por sua causa que, por exemplo (como atrás se alertou), este último não se pode apoderar unilateralmente – sob que pretexto for – do corpo individual ou de alguma sua parcela. Nem agredi-lo ou molestá-lo por qualquer modo. Nem pô-lo em perigo.

Questão diferente se coloca quando se trata de decidir se é legítimo ao próprio cidadão auto ordenar sobre os seus direitos essenciais, incluindo sobre o seu corpo.

§ 45. *Autonomia individual e self-ownership*. O ponto de partida é decerto, portanto, o do respeito pela autonomia privada. Aplicada esta regra: (i) à proteção da saúde, isto significa *v.g.* que “l’homme a le droit de se soigner ou de ne pas se soigner”; (ii) à integridade física, que o indivíduo tem *v.g.* o poder de a pôr em perigo (em atividades temerárias ou arriscadas); (iii) à imagem, que ele detém a possibilidade de *v.g.* se apresentar socialmente como entender e de consentir na sua utilização por terceiro; (iv) à voz, que ele pode *v.g.* usar a língua que entender na comunicação; etc. Os limites que se lhe imponham (*v.g.* vacinação obrigatória, confinamento para prevenir a disseminação de vírus altamente contagiosos) devem inserir-se a título excecional e na medida do necessário para salvaguarda de outros interesses constitucionalmente tutelados (*v.g.* saúde pública). Logo, como princípio, é de afirmar um senhorio sobre o próprio corpo. Nem é imprescindível lei expressa sobre o assunto para firmar a regra. A sua indispensabilidade manifesta-se antes para o efeito inverso: fixação dos marcos dentro dos quais o exercício da autonomia privada há de ser acolhido.

Afigura-se socialmente indisputável que a plena realização do ser humano

compreende o reconhecimento de uma *self-ownership*. Se a pessoa não for dona de si, não se pode dizer que seja livre, dado que o seu (suposto) autocontrolo não lhe pertencerá efetivamente. Se cada qual não tiver alguma espécie de senhorio sobre o seu corpo, a que título poderá, por exemplo, impedir que terceiros se apropriem dele, fazer dádiva de órgãos, tecidos ou células, submeter-se a intervenções cirúrgicas intrusivas, sujeitar-se a exames (*v.g.* radiológicos) prejudiciais para a saúde? Dependerá necessariamente então (como qualquer incapaz de exercício) da intervenção de outrem para o efeito? Ainda que se conceda a mais ampla autarquia individual, inexistindo soberania sobre o corpo, como poderá aquela exercer-se quando pressuponha a utilização deste?

Para prevenir paradoxos desta ordem, a autonomia individual deve envolver, portanto, no que toca ao corpo, (*i*) a concessão do respetivo senhorio ao sujeito, (*ii*) com a consequente exclusão, em relação a ele, de todos os demais. É isso que primariamente significa ser dono do (seu) corpo.

Tal domínio constitui, em simultâneo, um pressuposto no que toca à fundamentação daqueles direitos que se apresentem como emanações ou derivações do corpo – os que *v.g.* versam sobre a integridade física ou psíquica, a saúde, a imagem ou a voz. Sem ele, estes carecem de propósito. Por que outra razão *v.g.* não se torna possível limitar a liberdade de movimentos de uma pessoa a não ser nos casos (excecionais) em que o artigo 27.º da Constituição o permite? Por que outra razão, ainda por exemplo, não se autoriza o médico a intervir cirurgicamente sobre o corpo do paciente sem o respetivo assentimento?

Conjeturar um domínio autoritário sobre o próprio corpo como corolário do reconhecimento da autonomia individual não envolve, contudo, a sua qualificação como *full ownership* ou propriedade plena. Aliás, é o respeito pela própria dignidade pessoal que justamente exige o inverso. Pelas consequências que já atrás ficaram assinaladas (*v.g.* sujeição a expropriação por utilidade pública, concessão de uso, fruição e disposição integral, etc.), considerar o corpo humano objeto de *private property* ofenderia a consideração devida à pessoa. É indispensável e conveniente, portanto, que não se recorra à propriedade vulgar para conferir cobertura jurídica à *self-ownership*. Como, porém, o mesmo exato respeito pela dignidade demanda o reconhecimento da autonomia do sujeito, o domínio sobre o respetivo corpo, ainda que a título distinto do direito de propriedade, põe-se como condição primordial². E, ao mesmo tempo, como requisito prévio à

² “It is widely feared that we no longer possess a property in our own bodies. (...) Tangible rights in human tissue and intangible rights in the human genome have been said to be the subject of a new enclosure movement by researchers, biotechnology corporations and governments. Commodification of the body, broadly construed to include private property rights by third parties in tissue, DNA samples, umbilical cord blood and other substances derived from individuals’ bodies, has caused great, if sometimes belated, outrage among patients’ rights organizations, academic commentators, journalists and the general public, in both the developing and the developed worlds” (Donna Dickenson, *Property in the body – Feminist perspectives*, Cambridge University Press,

aquisição de qualquer outra forma de *ownership* sobre objetos do mundo exterior.

§ 46. *Self-ownership: imagem, voz, integridade física e vida*. Os direitos à integridade física e moral, à saúde, à voz, à imagem são – sobretudo do ponto de vista civil – *direitos negativos* ou *de defesa*. Destinam-se, especialmente, a proibir a intromissão de terceiros na esfera jurídica do seu titular, de modo a considerar ilícita toda aquela que se produza sem a devida anuência³. Positivamente, protege-se “não apenas o conjunto corporal organizado, mas inclusivamente os múltiplos elementos anatómicos que integram a constituição físico-somática e o equipamento psíquico do homem bem como as relações *fisiológicas* decorrentes da pertença de cada um desses elementos a estruturas e funções intermédias e ao conjunto do corpo, nomeadamente quando se traduzem num estado de saúde físico-psíquica”^{4 5}.

Ainda que *v.g.* a tutela da imagem envolva, primeiro, o reconhecimento da liberdade de cada indivíduo se apresentar visualmente como entender, compreende, na sua base, segundo, a proibição de que a pessoa a quem ela pertence seja representada mediante a utilização de qualquer forma de captação (vídeo, película, pintura, caricatura, fotografia, etc.). O retrato não pode, em regra, ser obtido e/ou divulgado sem consentimento do visado (artigo 79.º, n.º 1, Cód.Civil). O mesmo se diga, dada a profunda similitude, para a gravação e/ou difusão da voz.

Já, diversamente, a proteção da integridade física ou da saúde é capaz de envolver a imposição a outrem de deveres de atuação (de auxílio), não sendo suficiente, muitas vezes, a simples abstenção de ingerência. Com efeito, de modo mais intenso do que sucede nos demais direitos de carácter absoluto, à satisfação dos interesses tutelados pela atribuição de certos direitos de personalidade nem sempre basta a imposição a terceiros do dever geral de respeito por posições jurídicas alheias (*neminem laedere*⁶). Não está somente em consideração a questão

Cambridge, 2007, p. 1).

³ Não falta quem visualize – designadamente a propósito do direito de propriedade, ainda que a perspetiva seja claramente passível de extrapolação à generalidade dos direitos absolutos –, que o *uti frui habere possidere* deriva do aludido poder de exclusão de terceiros (cf. *v.g.* Robert S. Taylor, *A Kantian Defense of Self-Ownership*, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 12, n.º 1, 2004). Que a sua razão de ser se há de buscar na concessão de poderes sobre o bem relativamente ao qual ele se reconhece é evidente. Mas que tais poderes sejam exatamente estes e não quaisquer outros não constitui uma dedução lógica. Afigura-se preferível, portanto, partir do princípio precisamente inverso: o poder de irradiação de terceiro é um simples corolário da outorga ao titular do direito de algum ou alguns poderes sobre o respetivo objeto.

⁴ Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, págs. 213/214.

⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/01/2009, Proc. n.º 525/06.4GCLRA.C1: “I – Na delimitação do bem jurídico, e em particular do interesse social perseguido, concebe-se (...) a ofensa à integridade física como desatenção à pessoa da vítima no seu todo, atendo-se o legislador a um entendimento estritamente somático, corporal-objetivo da incolumidade pessoal, na pluralidade das suas dimensões”.

⁶ Mais exactamente: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris*

do surgimento do dever de auxílio que sobre todos incide “em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa”, o qual, quando incumprido, determina o preenchimento do tipo de crime previsto no artigo 200.º do Cód.Penal⁷. Em certos

praecepta sunt haec: honeste vivere alterum non laedere, suum cuique tribuere (Ulpiano, D.1.1.10pr).

⁷ Acórdão da Relação de Coimbra de 02/11/2011, CJ, 2011, t. V, pág.314: “I. No crime de omissão de auxílio, o facto típico deve-se por dolosamente cometido quando o agente, tendo representado a necessidade de auxílio, por o dele carenciado correr risco de vida ou de lesão grave para a saúde, se abstém de o prestar, conformando-se ou mostrando-se indiferente perante a situação (de perigo). II. É indiferente à verificação do elemento objeto do crime a circunstância de a vítima do sinistro ter sido socorrida por outras pessoas que transitavam no local e o facto de uma delas haver chamado uma ambulância por meio de telemóvel”; acórdão da Relação de Lisboa de 03/11/2010, Proc. n.º 252/05.0GTALQ-B.L1-3: “I. O tipo incriminador contido no artigo 200.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal, ao descrever a situação que impõe a ação do agente, exige que ele se encontre perante um «caso de grave necessidade» «que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa». II. Esse caso de grave necessidade não se verifica quando a vítima morreu escassos segundos após o acidente de viação”; acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29/01/2003, Proc. n.º 02P4426: “I – O dever de cooperação entre cônjuges contempla a «obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram» (artigo 1674.º do CCivil). II – O dever de auxílio previsto no artigo 200.º do CPenal tem como fundamento a solidariedade social devida àqueles que se encontram em perigo no que toca a bens jurídicos eminentemente pessoais, a vida, a integridade física ou a liberdade. III – Em face do critério tradicional, o crime de omissão de auxílio do artigo 200.º do CPenal – correspondente ao artigo 219.º da versão originária do CP82 – é considerado como um crime de omissão própria ou pura, também designado de mera omissão ou de omissão simples. IV – Perante uma situação de hemorragia decorrente de aborto espontâneo, carecida de assistência médica, nem a sua gravidade, nem o arrastamento da situação, foram de molde a repercutir-se em lesão da integridade física da vítima. V – O arguido não tem que ser responsabilizado criminalmente pela violação do dever de socorro e auxílio a que estava juridicamente obrigado para com o seu (ao tempo) cônjuge, uma vez que não se está perante um crime de resultado que lhe competia evitar ou impedir – artigo 10.º, n.º 2, do CPenal. V – A situação de «grave necessidade» a que o artigo se refere pressupõe a impossibilidade de a pessoa a socorrer, por si só, poder afastar o perigo que ameaça bens jurídicos pessoais, isto é, a incapacidade de desenvolver a atividade de defesa adequada às circunstâncias, carecendo em absoluto de uma intervenção alheia. VI – Não se verifica a indispensabilidade do auxílio se se provou que foi a própria ofendida quem «telefonou ao número nacional de urgência 112, e foi conduzida por uma ambulância ao mencionado Hospital, ambulância que em cerca de 15 minutos ocorreu à residência», não havendo qualquer indício de que o recorrido a tenha impedido de antes o ter feito. VII – A indiferença do então marido é censurável a vários títulos, porém, tal censura não pode ser

contextos podem despontar específicos deveres de atuação que estão para além daquele: o caso, por exemplo, dos médicos ou dos enfermeiros que, ao menos enquanto estiverem no exercício das suas funções, se encontram vinculados a praticar as operações ou as intervenções necessárias à preservação da vida, da integridade física, da intimidade, etc., do paciente.

Em todo o caso, somente se compreende o amparo – civil e penal – dado à integridade física, à saúde, à imagem e à voz individual no pressuposto de a pessoa ser titular de um direito de natureza dominial sobre o seu corpo. De outro modo, para quê, por exemplo, conceder instrumentos jurídicos ao próprio tendo em vista a preservação da sua integridade física? Não pertencendo o corpo à pessoa nele materializada, qualquer agressão que sobre ele se produzisse haveria de ser legítima ou, no mínimo, não geradora de responsabilidade. Assim seria mesmo supondo que o corpo de cada qual pertence ao Criador. A possibilidade de se instituírem sanções de natureza religiosa contra o autor da ofensa não invalida a conclusão. Ao menos sempre que entre ordem jurídica e ordem religiosa se mantenha uma fronteira nítida.

Por igualdade de razão, esta ilação estende-se à proteção da vida. Uma vez que ela se encerra no corpo de cada sujeito, careceria de fundamento concedê-la caso o seu titular não tivesse, em simultâneo, a respetiva soberania. Tirar a vida contra a vontade do próprio seria juridicamente irrelevante, não fazendo incorrer o seu autor no crime de homicídio, em virtude de o corpo – e, portanto, a vida nele contida – não pertencer ao falecido.

§ 47. *Alcance da tutela à integridade física.* Como quaisquer direitos subjetivos, os relativos à integridade física, à saúde, à imagem ou à voz podem receber restrições legais e voluntárias. Estas assentam, em geral, no consentimento do seu titular (artigos 81.º e 340.º, Cód.Civil). Aquelas vigoram dentro enquadramento definido pelo já referido artigo 18.º da Constituição.

Em particular em à relação integridade física – uma das principais manifestações da *self-ownership* –, a questão que a colocação em vigor de restrições ao seu exercício fundamentalmente põe é a do seu alcance. Poderá através delas decretar-se, designadamente, a agressão física, a intromissão não autorizada nem pretendida no corpo alheio ⁸?

O Tribunal Constitucional já entendeu que *v.g.* a submissão do condutor de veículo automóvel a exame ao teste de deteção de álcool – seja aquele que para o efeito recorre ao ar expirado, seja, se isso for necessário, aquele que supõe recolha de sangue para análise laboratorial – não infringe direitos pessoais do sujeito, mesmo quando supõe intrusão na sua integridade física, na medida em que o

a penal, pois que não se realiza o ilícito-típico”.

⁸ Ver Paula Costa e Silva, *A realização coerciva de testes de ADN em ações de estabelecimento da filiação*, in Estudos de Direito de Bioética, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Almedina, 2005.

“exame para pesquisa de álcool, com o recorte que, nos seus traços essenciais, dele se deixou feito, destinando-se, não apenas a recolher uma prova perecível, como também a impedir que um condutor, que está sob a influência do álcool, conduza pondo em perigo, entre outros bens jurídicos, a vida e a integridade física próprias e as dos outros, mostra-se necessário e adequado à salvaguarda destes bens jurídicos e ao fim da descoberta da verdade, visado pelo processo penal” (acórdão n.º 319/95, Proc. n.º 200/94, de 20/06/1995; cf., igualmente por exemplo, o acórdão n.º 628/2006, Proc. n.º 502/2006, de 16/11/2006). A punção venosa pressuposta na recolha de sangue também já encontrou justificação, igualmente na visão do referido Tribunal, por *“o disposto no artigo 25.º, n.º 1, da Constituição, corolário do reconhecimento da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição), não implicar que ao direito à integridade física seja reconhecida uma prevalência absoluta, imune a qualquer limitação, mas apenas uma «interdição absoluta das formas mais intensas da sua violação», conforme resulta do seu n.º 2 (...). Intensidade que não tem correspondência na colheita imposta de sangue prevista no n.º 8 do artigo 153.º do Código da Estrada, em que a interferência no corpo é muito reduzida – similar, por exemplo, a ações de vacinação que recaem sobre recém-nascidos –, relevando ainda a circunstância de ser realizada em ambiente hospitalar e por pessoal de saúde qualificado”* ⁹ (acórdão n.º 397/2014, de 07/05/2014, Proc. n.º 937/13).

Mas, em litígio de natureza similar, a propósito do preceito contido no artigo 1801.º do Cód.Civil, o mesmo Tribunal disse que *“sabido que as ofensas corporais se podem revestir de gravidade muito diversa, admite-se que se questione, desde logo, se o direito consagrado na CRP abriga o seu titular de todas as ofensas, qualquer que seja a sua gravidade, tendo em conta a natureza, particularmente gravosa, das que o n.º 2 do mesmo artigo 25.º enuncia.*

Parece, no entanto, inequívoco que este n.º 2 apenas se limita a concretizar alguns casos especialmente reprováveis de ofensa à integridade física e moral, não esgotando, nem de longe nem de perto, as situações que, por força do n.º 1 se devem julgar constitucionalmente censuradas.

Vem isto ao caso, pela circunstância de a situação em causa se traduzir num mero exame de sangue (análise), ou seja, aquilo que, nos dias de hoje, se pode considerar, na linguagem da Decisão de 4/12/78 da Comissão Europeia dos Direitos do Homem (in «Decisions et Rapports» n.º 16, p. 185), uma «intervenção banal».

Aceita-se, contudo, na linha daquela «Decisão», que o «exame de sangue», contra

⁹ Cf. também, por exemplo, o acórdão n.º 418/2013, Proc. n.º 120/2011, de 15/07/2013: *“A recolha de amostra de sangue, envolvendo uma punção venosa e a subtração de material biológico que não seria naturalmente expelido pelo organismo, corresponde a uma interferência na integridade física de outrem. Porém, tendo em conta as características de tal intervenção – nomeadamente o facto de ser obrigatoriamente realizada em estabelecimento de saúde, com observância das *leges artis* médicas; o grau de afetação da integridade corporal envolvido, designadamente a duração, a dor ou incómodo infligido, bem como a reversibilidade da lesão, na perspetiva da facilidade de recuperação dos tecidos afetados e da sua (ir)relevância no contexto do funcionamento global do organismo – poderemos concluir que se traduz numa violação do direito à integridade física do visado de grau muito baixo”.*

a vontade do examinado, possa constituir, nos limites da proteção constitucional, uma ofensa à integridade física da pessoa.

Mas o que o preceito constitucional veda é que, sem o consentimento do «ofendido», se imponha coativamente, à força, a intervenção no corpo da pessoa (...).

Na verdade, o artigo 1801.º do Código Civil limita-se a prever, como meio probatório, nas ações de investigação, o exame de sangue, não prescrevendo nem legitimando o uso da força para a sua execução, em caso de recusa – só com o consentimento do R. o exame de sangue se efetua” (acórdão do Tribunal Constitucional n.º 616/98, Proc. n.º 363/97, de 21/10/1998).

O entendimento tem sido ultimamente sustentado em moldes semelhantes ou idênticos pelo Supremo Tribunal de Justiça. Assim, por exemplo (acórdão de 23/02/2012, Proc. n.º 994/06.2TBVFR.P1.S): “I – Quando a lei refere que a conduta de falta de cooperação da parte com o tribunal será apreciada por este em sede de julgamento da matéria de facto, não está a indicar que a convicção do julgador tenha de se formar necessariamente contra o que é o interesse dessa parte. II – Quando a determinação da paternidade se fundava numa conclusão judicial, ou seja, quando se presumia de uma série de factos, sem que se pudesse provar diretamente, um quesito a perguntar se alguém era filho de outrem era conclusivo e não podia ser formulado. No entanto, o surgimento dos testes de ADN, através dos quais é possível fazer a prova direta da paternidade, permite que se elabore tal quesito, que, assim, se configura como meramente factual e cuja resposta positiva ou negativa não resulta da consideração de outros factos. III – Aquele que, culposamente, se recusa a se submeter a testes de ADN em ação de investigação da paternidade em que é réu, fica onerado com o encargo de provar que não é pai, nos termos do art.º 344.º, n.º 2, do C.Civil. IV – O direito à identidade pessoal, por referência a um determinado arquétipo familiar, do réu, em ação de investigação da paternidade, tem de ceder perante o direito à identidade pessoal e genética do filho, nos termos do art.º 26.º da Constituição. V – O pedido de realização de exames de ADN poder ser determinado officiosamente pelo tribunal, nos termos do art.º 265.º, n.º 3, do C.P.Civil. VI – Em ação de investigação da paternidade, deve o réu ser notificado para se submeter aos testes de ADN com a advertência de que a sua recusa injustificada implica a inversão do ónus da prova, nos termos do art.º 344.º, n.º 2, do C.Civil”.

Ainda na visão do Tribunal Constitucional, e também por exemplo, a “agressão voluntária e consciente, consubstanciada em atos de violência física” (“duas bastonadas nas nádegas” e um puxão de orelhas) constitui uma ofensa à integridade física mesmo quando daí não haja resultado qualquer “lesão ou... incapacidade para o trabalho” (acórdão n.º 226/00, Proc. n.º 993/98, de 05/04/2000).

Na mesma linha, deve igualmente entender-se existir lesão inadmissível à integridade física quando, por exemplo, se torne necessário fazer o bombeamento do estômago de um suspeito da prática de um crime para dele extrair, através de vômito, algum elemento de prova (no caso, duas cápsulas contendo morfina)¹⁰.

¹⁰ Cf. *Rochin vs California*, 342 U.S. 165, 72 S. Ct. 205, 96 L. Ed. 183 (1952).

Uma ilação torna-se imediatamente exequível a partir do que antecede: mesmo quando a falta de colaboração com a Justiça, manifestada pela recusa de submissão a teste de ADN ou similar, se considere infundada, não pode o sujeito processual ser fisicamente compelido – *v.g.* manietado e arrastado, por ordem do Tribunal, do Ministério Público, ou de quem for – à execução devida ¹¹. E não é o facto de ela envolver ingerência de reduzida ou ínfima importância no respetivo corpo que justifica solução diversa. Nesta hipótese, a falta de cooperação conduzirá à imposição de pesadas desvantagens ou graves inconvenientes (*v.g.* inversão do ónus da prova, preenchimento do tipo de crime de desobediência), mas não ao cumprimento forçado. Pese embora existir jurisprudência que a ampara ¹², a solução contrária, a admitir-se, ocasiona (em maior ou menor grau) violação da integridade física. A

¹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/05/2012, Proc. n.º 69/09.2TBMUR.P1.S1: *“Em favor da execução forçada aos exames”* (testes de ADN) *“poderia invocar-se, em primeiro lugar, a natureza dos direitos fundamentais implicados no caso. Na verdade, o direito que está em questão é o direito à determinação da localização do indivíduo no sistema de parentesco, através do reconhecimento dos vínculos biológicos de descendência. Ou seja, é o direito à integridade moral (cf. art.º 26.º da CRP), enquanto direito do indivíduo a conhecer a sua história pessoal. Encontra-se ainda em causa o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que impõe uma liberdade de agir, no sentido de conformar a vida. Afinal, está em xeque, também, o direito da autora a constituir uma família, no sentido de ver reconhecidos juridicamente os seus laços biológicos de parentesco (cf. art.º 36.º, n.º 1, CRP).*

Em prol da posição inversa, poder-se-á alegar, com toda a propriedade, que os recusantes podem invocar o seu direito à integridade física, que impede agressões ao seu corpo, bem assim um direito à sua integridade moral, que impede agressões à sua livre vontade (art.º 25.º, CRP) e também ao livre desenvolvimento das respetivas personalidades, enquanto direito geral de agirem livremente.

Com efeito, do confronto entre os direitos conflitantes, no sentido de obter uma concordância prática entre eles, somos de entender pela não admissibilidade da opção de permitir a coerção física ao cumprimento do dever de cooperação. Fazê-lo seria caminhar ao arripio do sistema jurídico português que, a nosso ver, não dá abertura à compulsão pela força.

A este propósito, não podemos deixar de atentar no disposto na alínea a) do n.º 3 do art.º 519.º do Código Processo Civil, de onde resulta claramente que a recusa é legítima se a obediência importar violação da integridade física ou moral das pessoas. Na verdade, os direitos fundamentais em questão revelam-se como um limite inultrapassável à coerção ao cumprimento”.

¹² Cf. *v.g.* acórdão da Relação do Porto de 10/07/2013, Proc. n.º 1728/12.8JAPRT.P1: *“I – As intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, para determinação do perfil de ADN e posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime. II – Mostram-se aceitáveis e legitimadas se estiverem legalmente previstas (i), perseguirem uma finalidade legítima (ii), mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos (iii), revelando-se idóneas (a), necessárias (b) e na justa medida (c). III – Para o efeito essas intervenções corporais devem ser judicialmente determinadas (iv) e estar devidamente motivadas (v), não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes (vi), optando-se, nestes casos e em sua substituição, por qualquer outra mostra de fluído orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN (vii)”.*

argumentação avançada pelo, atrás mencionado, acórdão do Tribunal Constitucional n.º 616/98, Proc. n.º 363/97, de 21/10/1998, afigura-se decisiva. As proibições contidas no n.º 2 do artigo 25.º da Constituição encontram-se enumeradas a título puramente exemplificativo. É a gravidade do que se interdita que explica a referência explícita. Não basta, por isso, a inexistência de tratamentos “cruéis, degradantes ou desumanos” para que, automaticamente, se julgue autorizada a intrusão. Caso contrário, *v.g.* um soco pouco violento dado num braço e às escondidas seria capaz de constituir agressão à integridade física? E o empurrão dado por um passageiro do metropolitano a outro quando intenta abandonar a carruagem apinhada? E a colheita de sangue mediante o emprego de uma seringa? E o arrancamento de um punhado de cabelos? E a introdução não consentida de uma zaragatoa na boca do paciente? A admitir-se a tese, a *slippery slope* avizinhar-se-ia rapidamente.

Atualmente, porém, quando se trate de arrecadar células humanas com vista à obtenção de perfis de ADN para investigação criminal, a lei considera – propiciando e legitimando a *slippery slope* – que a “recusa do arguido na recolha de amostra” que contra si tenha sido decretada autoriza o tribunal a “ordenar a sujeição à diligência nos termos do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal” (artigo 8.º, n.º 4, Lei n.º 5/2008, de 12/02). O que significa que ele é suscetível de a tanto “ser compelido”. Assim, se *v.g.* a colheita se fizer mediante a introdução de uma zaragatoa na boca do arguido, ante a respetiva falta de colaboração, será legítimo manietá-lo e arrastá-lo até ao laboratório e, caso ele próprio o não faça, forçá-lo a abrir a boca. Conclusão que consente a pergunta: mais do que a integridade física, uma permissão desta magnitude não porá em causa a própria dignidade do sujeito?

Em todo o caso, para o que aqui importa, se a pessoa não pode, salvas as exceções legalmente instituídas em conformidade com o artigo 18.º da Constituição, ser constrangida à realização de exames ou testes que contendam com a sua integridade física, o fundamento da proibição em que há de basear-se de imediato a não ser no respeito pela soberania sobre o corpo?

G. Natureza jurídica da soberania sobre o corpo e suas partes.

§ 48. *Natureza da soberania sobre o corpo: delimitação negativa.* A existência de um direito à integridade física que nem sequer tolera as intromissões tidas como banais ou infinitesimais, supõe um direito de domínio ou de senhorio sobre o corpo. Exige, por outras palavras, que o indivíduo dele seja *soberano*. A tutela da integridade pessoal (física e psicológica) desponta como seu (simples) corolário, servindo – tal qual, por exemplo, o direito à saúde – como instrumento de preservação do domínio sobre o corpo. O direito à integridade física é passível, por isso, de ser concebido como “a right of territorial integrity: people

have a right of bodily integrity, because they are and possess their bodies”¹³.

A mesma ilação se tira quando se considera a interdição de interferência com o corpo alheio no âmbito da realização de tratamentos médico-cirúrgicos (incluindo, naturalmente, aqueles que tiverem o transplante como propósito): “Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido” (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina – também conhecida como Convenção de Oviedo, de 4 de abril de 1997 – artigo 5.º-1). A proibição implícita pressupõe a existência de um domínio sobre o corpo. De outro modo não encontra justificação.

Este senhorio, pelas razões que foram sendo apontadas ao longo do texto, não pode visualizar-se como direito de propriedade no sentido típico do artigo 1305.º do Cód.Civil¹⁴. É, por um lado, consideravelmente mais estreito – no que toca, designadamente, aos poderes de uso, de fruição e de disposição. E é, por outro, consideravelmente mais amplo – por não se sujeitar a uma série de limitações, comuns em outras formas de domínio (*v.g.* a não subordinação a atos de natureza expropriativa ou análoga), que inclusivamente as individualizam do ponto de vista constitucional (*v.g.* artigo 62.º, Constituição).

Mantendo afinidade com o direito de propriedade – porque esta é a forma de pertença melhor conhecida e, sobretudo, tecnicamente mais apurada –, só pode concluir-se que o domínio sobre o corpo apresenta carácter *sui generis*. Os traços que o identificam marcam demasiadas diferenças ante aquela outra para que a similitude ainda se possa afirmar¹⁵. O processo de raciocínio é, porém, analógico. A soberania sobre o corpo não equivale a direito de propriedade sobre

¹³ Joke de Witte – Henk Ten Have, *Ownership of Genetic Material and Information*, Soc. Sei, Med., vol. 45, n.º 1, 1997, pág. 56.

¹⁴ “Siendo la propiedad las cosas mismas en cuanto pertenecen a alguien, el contenido de la propiedad depende de la modalidad del aprovechamiento de aquellas cosas: la propiedad de una finca, la de un esclavo, la de una cosecha y de las monedas tienen un contenido muy distinto. De ahí que los romanos se abstuvieran de dar una definición de la propiedad. El término más general para designarla es «señorío» (*dominium*), y en él se manifiesta que la identidad de la relación dominical no está en el contenido sino en el sujeto, es decir, en el comportamiento de éste como «señor» (*dominus*) de la *domus* e de todo el *patrimonium* personal” (Álvaro D’Ors, *Derecho Privado Romano*, 10.ª edição, EUNSA, Navarra, 2008, pág. 203).

¹⁵ “The analysis of property suggests that that persons have limited property rights on their bodies. Too many incidents are lacking to say that persons own their bodies. Restrictions on transfer and the absence of a liberty to consume or destroy, for example, indicate that persons do not own their bodies in the way that they own automobiles or desks. Still, sine the catalog lists a great many things that the law permits or enables people to do with their bodies, it would be a mistake to say that they have no property rights in them at all.” (Stephen R. Munzer, *A Theory of Property*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pág. 43).

coisa corpórea. Mas é por comparação, assinalando diferenças e parecenças, que a sua construção se há de fazer.

Sem prejuízo de ser objeto de tal senhorio, acresce que o respeito pela dignidade inibe a qualificação do corpo como coisa *tout court* (artigo 1302.º, n.º 1, Cód.Civil). O que, só por si, já constitui razão suficiente para lhe negar a natureza de direito de propriedade plena. Com efeito, se o corpo for tido como alvo de *private property*, não se vê como reservar a sua titularidade exclusivamente para o próprio. Se for coisa, há de ter essa qualidade tanto para este como para os demais. E mesmo considerando-a fora do comércio, isso não inviabiliza, por exemplo, a sua expropriação, requisição ou confisco. Diversamente, entendendo-se que o corpo é objeto de um direito de domínio na titularidade do próprio, apenas se está a dizer que aquele o atinge¹⁶. Não se diz que ele é coisa. Menos ainda que se trata de coisa dentro do comércio. Objeto é qualquer realidade (*v.g.* coisa corpórea, bem da personalidade, prestação, obra intelectual) sobre a qual um direito subjetivo incide. Coisa é (apenas) uma das suas espécies¹⁷. A partir do instante em que se entenda que o espírito lidera o corpo humano – ainda que este revista um carácter único e irrepetível e, sobretudo, seja merecedor de uma deferência quase sagrada –, afigura-se inquestionável que, não sendo coisa, é objeto¹⁸.

¹⁶ “The body is the *substratum* of the person, and thus innate to the subject of law. In other words, there can be no distinction between the person as rights-holding subject and the body as the object of rights. If the subject is sovereign, however, there is no necessary logical link between these two propositions, despite the inventiveness of modern biotechnology and late capitalism in finding ever-new ways to commodify things and people alike” (Donna Dickenson, *Property in the body – Feminist perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pág. 6).

¹⁷ “Since objectification is a more extensive category than commodification, the range of ways in which people can be treated as objects is also greater than the variety of modes in which they can be regarded as commodified” (Donna Dickenson, *Property in the body – Feminist perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pág. 31).

¹⁸ “A whole and living human body is undeniably a material substance in the world. It is incontrovertible to say that human bodies are «spatio-temporal continuants consisting of matter, occupying space, excluding other things of the same kind from the space they occupy. In other words, in this most literal sense, a human body is obviously an object. That it is also more than a mere object is not disputed here. It is sensible that we should regard the human body as a repository – if not, indeed, the sum – of our personhood, and therefore as a unique and even sacred object in the world. But in addition to whatever metaphysical attributes the human body embodies, it is also an entity in the world that is exceptionally useful and scarce. For those who require organ transplants, bone marrow, or blood, those who yearn for a child but cannot conceive or bear one, those who suffer from diseases that our genes hold the key to curing, indeed for each of us the human body is the most essential entity in existence” (Meredith M. Render, *The law of the body*, Emory Law Journal, vol. 62, 2013, pág. 582).

O valor moral do corpo humano não estorva, pois, a sua objetivação. Dizer-se que ele é objeto de um senhorio concedido à pessoa que por seu intermédio se materializa não implica dizer que se equipara a qualquer outro objeto de direitos. Tão-pouco envolve a afirmação de que é *res in commercio*. E menos ainda que é suscetível de plena fruição ou que é passível de livre alienação. Basta verificar que tal domínio não vale como propriedade ordinária para que tais ilações se tornem imediatamente possíveis.

“Property language in health care ethics is used to designate the locus of decision making authority: the individual as owner is in control over his own body”¹⁹. Quando vulgarmente se diz que cada ser humano é dono do seu corpo o que se pretende sustentar é que a respetiva soberania, produto da sua autonomia, lhe pertence. E que, por conseguinte, tanto quanto possível, as decisões relativas a ele (sobre a sua saúde, o seu destino, as agressões a que eventualmente se há de sujeitar, etc.) lhe cabem igualmente. É o que do apelo a tal linguagem se extrai. Quando conexcionada com a autonomia pessoal, a “ownership of the self” limita-se a constituir, portanto, uma versão da *self-ownership* a que vulgarmente se tem atribuído a designação de «control self-ownership» («CSO») ²⁰. Ela não implica (até por não se encontrar dotada de carácter técnico) que o conceito de propriedade a que se alude seja aquele que se contém no artigo 1305.º do Cód.Civil. O sujeito é dono do seu corpo no sentido de este ser “coisa própria”. Assim entendido, tal senhorio pode ser visto como um *natural right*, “a right one has independently of institutional arrangements” ²¹. Logo, “if a person has a natural right to move and use his body, then it is morally wrong for another to force him to move his body or for another to use his body in ways the person doesn’t choose”. E, inversamente, “it is morally all right for a person to move and use his body as he pleases, unless such motions and uses would violate another’s rights”²².

Em relação ao seu corpo, o sujeito não se encontra subordinado a autorização ou a aprovação de outrem para decisões que o tenham por alvo ou que o afetem, direta ou indiretamente. Ao invés, elas são fruto exclusivo da sua vontade e, portanto, da sua liberdade. No pressuposto, porém, de serem lícitas. Com efeito, como a preservação do corpo e das suas inerentes qualidades (*v.g.* vida, integridade pessoal, saúde, voz, imagem) é também

¹⁹ Joke de Witte – Henk Ten Have, *Ownership of Genetic Material and Information*, Soc. Sei, Med., vol. 45, n.º 1, 1997, pág. 51.

²⁰ “Control self-ownership (CSO) consists of the rights of use and exclusion, the power of transfer, and an immunity from expropriation with respect to one’s own body and labor power, with these incidents being held permanently and *in rem* (i.e., against the world)” (Robert S. Taylor, *Self-Ownership and the Limits of Libertarianism*, Social Theory and Practice, vol. 31, n.º 4, 2005, págs. 467/468).

²¹ Allan Gibbard, *Natural Property Rights*, Noûs, vol. 10, 1976, pág. 77.

²² Samuel C. Wheeler, *Natural Property Rights as Body Rights*, Noûs, vol. 14, n.º 2, 1980, pág. 172.

do interesse da comunidade (razão pela qual, por exemplo, embora todos tenham “direito à proteção da saúde”, todos têm igualmente o “dever de a defender e promover” – artigo 64.º, n.º 1, Constituição), as limitações que às referidas decisões do dono do corpo se impõem são inúmeras. Especialmente porque – para além daquelas que explícita e diretamente decorrem da lei (artigo 280.º, Cód.Civil) – muitas resultam de cláusulas gerais: *v.g.* a ordem pública (artigo 81.º, Cód.Civil²³) ou os bons costumes (artigo 340.º, Cód.Civil). A sua autonomia, no que ao corpo se refere, encontra-se assim fortemente condicionada e circunscrita. Mais do que porventura sucede com outras manifestações da liberdade pessoal. O reconhecimento de uma *full ownership* sobre o corpo enquanto tal não se concilia com a imposição de tão profundas limitações. O senhorio sobre ele é, assim, menos que absoluto. Será, por comparação, *semipleno*.

É inegável que qualquer espécie de direito de propriedade sofre variações de conteúdo – devidas aos limites de que padece – ajustadas à natureza do respetivo objeto: não é do mesmo teor a propriedade sobre uma esferográfica, um automóvel, uma casa de habitação, um terreno florestal, um monumento nacional. Mas o fundamental – o «*uti frui habere possidere*» – mantém-se, ainda que com variações. Diferentemente, tratando-se do domínio sobre o corpo, as intensas restrições de que, por comparação, é alvo afetam negativamente (conforme se foi demonstrando ao longo do texto) aquela essência. Não é possível, por isso, sustentar a subsistência de identidade com a propriedade vulgar. Mas, não se reconhecendo a existência de um senhorio sobre o corpo, nem o considerando um direito de natureza dominial, como explicar, de outro modo, *v.g.* a gestação de substituição, o *human billboard*, a prostituição, a extração de dentes, a dádiva de órgãos, a transfusão sanguínea, a amputação de membros ou de outras partes do corpo ou fenómenos análogos? Como explicar que, por intermédio da celebração de um contrato de trabalho, uma pessoa ponha o seu corpo ou a sua mente ao serviço de outrem, especialmente quando tal envolva a sujeição a perigos para a vida ou para a integridade física? Não se aceitando que tais condutas, até onde forem lícitas, se fundam nele, como legitimá-las?

§ 49. *Natureza da soberania sobre o corpo: delimitação positiva.* Todos os direitos de natureza dominial mantêm alguma dose de parecença com o direito de propriedade. Este é o paradigma. Isto não significa, no entanto,

²³ Ainda que algumas hipóteses abstratamente enquadráveis no âmbito do artigo 81.º do Cód.Civil se interditem buscando fundamento em outras razões, às vezes mais formais, de distinta ordem. *V.g.* “A contract of slavery... is logically invalid because it extinguishes the legal existence of one party to the contract” (Donna Dickenson, *Property in the body – Feminist perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pág. 7).

que partilhem da mesma natureza, nem, obviamente, que o seu conteúdo se assemelhe. A partir *v.g.* do instante em que tecnicamente se tornou possível implantar um embrião no útero de uma mulher a quem o correspondente material genético não pertence, ele adquiriu um valor que antes não tinha. Deixou de ser útil apenas para a própria gestante. Por respeito à sua dignidade, não se tornou uma coisa. Mas certamente objetivou-se, pois só assim se pode explicar que terceiros, em seu benefício, licitamente o utilizem. A construção jurídica desta particular hipótese obtém-se, portanto, por comparação com a propriedade vulgar. Basta, porém, a constatação de que “a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional” (artigo 8.º, n.º 2, Lei n.º 32/2006, de 26/07) e sempre mediante “autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida” (artigo 8.º, n.º 4, Lei n.º 32/2006, de 26/07), para verificar que o poder de uso sobre o corpo que à gestante se deve reconhecer está longe de ser pleno, como deveria, se de pura *private property* se tratasse. Por isso, como tal não pode ser havido. O mesmo se diga para as demais hipóteses do idêntico género já atrás identificadas (*v.g. human billboarding*, prostituição, pornografia).

A autoridade do próprio sobre o seu corpo não se iguala, pois, ao vulgar direito de propriedade. Falta saber então como vale.

Antes de mais, cabe decerto na categoria do *direito absoluto*. Aquele que não dependendo, para existir, de cooperação alheia, autoriza ao seu titular uma atuação autónoma sobre o respetivo objeto para todos os fins não proibidos.

É também um direito estritamente *pessoal*. Em todos os sentidos da locução. Pessoal por se encontrar intimamente ligado ao ser nele concretizado, razão pela qual lhe é inerente e, por isso, inseparável e, logo, inalienável. Pessoal por se mostrar insuscetível de avaliação pecuniária.

É um direito sobre o qual se edificam ou sustentam os demais direitos de personalidade ligados ao corpo ou que o pressupõem: a vida, a integridade pessoal, a saúde, a imagem, a voz, a identidade genética, etc.

Fruto da liberdade individual, através do seu reconhecimento, visa-se:

- (i) primeiro, atribuir ao titular um espaço autónomo de atuação que lhe permite gozar o respetivo corpo dentro dos limites legais e supralegais que lhe forem assinados;
- (ii) segundo, conceder proteção contra as investidas de terceiros que o possam prejudicar, pôr em perigo ou simplesmente afetar.

Como sucede com a generalidade dos direitos absolutos encontra-se dotado, portanto, de uma vertente positiva [a identificada em (i)] e outra negativa [a identificada em (ii)]. A segunda emerge, como corolário, a partir da primeira.

O domínio sobre o corpo apresenta-se, portanto, como (mais) um tipo

de direito de personalidade. É, com efeito, uma espécie de “direito subjetivo absoluto que cada um tem de defender a sua própria dignidade como Pessoa (...), de exigir o seu respeito e de lançar mão dos meios juridicamente lícitos que sejam necessários, adequados e razoáveis para que essa defesa tenha êxito. Estes meios traduzem-se em poderes jurídicos que existem na titularidade de cada indivíduo, que são inerentes à sua qualidade humana e cujo exercício é livre e depende da autonomia de cada um”²⁴. O corpo humano compõe, enquanto bem da personalidade, o objeto do senhorio que sobre ele versa: corresponde a um aspeto específico da pessoa, efetivamente presente, e suscetível de ser desfrutado pelo próprio²⁵.

Tal qual sucede com a generalidade dos direitos de personalidade, a *self-ownership* obtém-se *originariamente*. Tratando-se de direito pessoalíssimo, não se concebe diferente modalidade de aquisição. E em que instante? Para prevenir arbitrariedades, cabe entender que ela sucede no momento da conceção.

§ 50. *Direitos sobre o corpo?* É plausível recusar liminarmente a qualidade de *direito subjetivo* àquelas situações jurídicas em que o Direito outorga proteção a bens intimamente ligados à pessoa. Saber se sobre o corpo incide um direito de propriedade *stricto sensu* ou qualquer outra espécie de domínio tornar-se-á então uma questão insignificante.

O problema reside, sobretudo, nas ilações que se torna possível extrair da qualificação dos chamados direitos de personalidade como *absolutos*, quando se entenda esta caracterização como sinónimo de ilimitação de conteúdo. Por tal via, diz-se, se legitimaria *v.g.* o suicídio, a escravidão, a mutilação, a prostituição, a doação de órgãos não regeneráveis, etc.

No sentido de irrestritos, inexistem, porém, direitos de qualquer espécie – de personalidade, reais ou de distinta natureza²⁶.

²⁴ Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 53. Cf. igualmente Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, págs. 606 a 622.

²⁵ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo III, *Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 78.

²⁶ “The comprehensive sum of external activity, i.e. life, is not external to personality as that which itself is, immediate and a this. The surrender or the sacrifice of life is not the existence of this personality but the very opposite. There is therefore no unqualified right to sacrifice one’s life. To such a sacrifice nothing is entitled except an ethical Idea as that in which this immediately single personality has vanished and to whose power it is actually subjected. Just as life as such is immediate, so death is its immediate negation and hence must come from without, either by natural causes, or else, in the service of the Idea, by the hand of a foreigner.

A single person, I need hardly say, is something subordinate, and as such he must dedicate himself to the ethical whole. Hence if the state claims life, the individual must surrender it. But may a man take

Adiante, a propósito dos fundamentos da obrigação de indemnizar baseada em *wrongful death*, se considerará mais detidamente a questão. Mas desde já se pode adiantar, pelo que antecede, que a afirmação de uma soberania sobre o corpo não compreende de modo necessário a concessão de uma *full self-ownership*. Dizer que cada pessoa é dona do seu corpo não acarreta dizer que, em relação a ele, tudo lhe está permitido. A imposição de (fortes) limitações é claramente plausível.

§ 51. *Soberania sobre partes do corpo: natureza.* O respeito pela autonomia individual ou pela dignidade humana não se põe com tanta intensidade quando se está ante “human tissue itself which has been lawfully removed by consent or under statutory authority. Such tissue, like the tissue of a corpse, no longer supports human existence. It is no longer the persona of constitutionally protected liberty or personal tort interests”²⁷.

Em relação aos fragmentos ou pedaços do corpo que dele hajam sido desligados, a questão não se põe, portanto, de modo idêntico àquela que se põe para o domínio sobre o corpo²⁸. Uma vez cindidos, eles deixam de se encerrar

his own life? Suicide may at a first glance be regarded as an act of courage, but only the false courage of tailors and servant girls. Or again looked upon as a misfortune, since it is inward distraction n it may be which leads to it. But the fundamental question is: Have I a right to take my life? The answer will be that I, as this individual, am not master of my life, because life, as the comprehensive sum of, my activity, is nothing external to personality, which itself is this immediate personality. Thus, when a person is said to have a right over his life, the words are a contradiction, because they mean that a person has a right over himself. But he has no such right, since he does not stand over himself and he cannot pass judgment on himself. When Hercules destroyed himself by fire and when Brutus fell on his sword, this was the conduct of a hero against his personality. But as for an unqualified right to suicide, we must simply say that there is no such thing, even for heroes” (Georg Wilhelm Hegel, *Hegel’s Philosophy of Right*, 1820, translated, Oxford University Press; First Published by Clarendon Press, 1952, with notes by T. M. Knox, 1896, § 70).

²⁷ Allen B. Wagner, *Human Tissue Research: Who Owns the Results?*, Santa Clara High Technology Law Journal, vol. 3, 1987, pág. 242.

²⁸ Esta diferenciação entre corpo, de um lado, e pedaços que dele que hajam sido apartados, do outro, pode legitimar-se mediante *v.g.* a conjugação entre os seguintes três princípios: “(1) whether it is living or dead; (2) whether it is integrated with the whole person or a separate part; and (3) whether it is involved in a personal relationship or an object relationship” (Radhika Rao, *Genes and Spleens: Property, Contract, or Privacy Rights in the Human Body?*, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 37(1), 2007, pág. 379).

neste ²⁹ e podem ser objeto de distintos direitos ³⁰, eventualmente na titularidade de terceiros. Tal qual a separação de uma parte integrante ou componente de qualquer outra *res corporales* origina a constituição *ex nihilo* de um novo domínio sobre ela no instante em que tal evento sobrevém (cf. *v.g.* artigo 408.º, n.º 2, Cód. Civil), também aqui o direito que, depois da desagregação, recai *v.g.* em células, tecidos ou órgãos do corpo já não há de ser o mesmo que sobre ele incide. Não se vislumbra então alternativa concebível à sua classificação como propriedade plena, nem, sobretudo, se identificam obstáculos para tanto ³¹.

²⁹ “Modern biotechnology muddies the clear distinction between things external to our bodily selves and those intrinsic to us, so that mechanical ventilators or pacemakers are incorporated from outside into our bodies, and parts of our bodies such as tissue samples or DNA swabs may be disaggregated and separated from us. The notion of «external» is problematised and problematic in modern bioethics and biolaw” (Donna Dickenson, *Property in the body – Feminist perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pág. 29). Como se depreende, no sentido que ao longo do texto inúmeras vezes se usou, apenas são entendidas como partes do corpo aquelas que (i) naturalmente e (ii) primitivamente o integram e dele depois são desagregadas. As que lhe acederem a partir do exterior (*v.g.* *pacemaker*), são originariamente coisas móveis submetidas a propriedade vulgar (pertencente, em princípio, àquele que proceder à incorporação). Após a junção, passam a ser objeto do mesmo domínio que recai sobre o corpo de acordo com a regra *accessorium sequitur principale* (“If we were constructed of wires and electric motors, then, given that we were agents, we would have the same rights with respect to plastic and metallic bodily parts that we do with respect to protein parts” – Samuel C. Wheeler, *Natural Property Rights as Body Rights*, *Noûs*, vol. 14, n.º 2, 1980, pág. 175). Claro que a adesão de órgãos ou tecidos extraídos do corpo de outrem produz o mesmo exato efeito pela mesma razão. Equiparam-se, portanto, a objetos artificiais. “Les parties du corps ne sont pas non plus de choses aussi longtemps qu’elles sont rattachées à ce dernier; en revanche, une fois séparées, ce sont des choses. (...) Les appareils, prothèses ou membres artificiels qui sont fixés au corps (l’or utilisé pour obturer une dent, une articulation artificielle) sont assimilés aux parties naturelles de celui-ci; une perruque ou un dentier sont cependant des choses” (Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, tome premier, 3.ª edição, Stämpfli Editions, 1997, pág. 28).

³⁰ “When the human body is fragmented from the person and it becomes possible to disaggregate rights in the body and assign them to different parties, we should employ the property paradigm because it alone possesses the conceptual framework and the vocabulary for allocating rights and responsibilities among all of those who share an interest in a precious resource” (Radhika Rao, *Property, Privacy, and the Human Body*, *Boston University Law Review*, vol. 80, 359, 2000, pág. 364).

³¹ “In the absence of clarity about the legal status of the human body, courts have constructed a collection of circumstantially defined categories for resolving the question of human body ownership and use. For example, deceased bodies are judicially cognizable «quasi property», and traditional property principles apply to the disposition of corpses under certain circumstances. Traditional property principles also apply to some disembodied body parts (for example, sperm, spleens, cells, and foreskins) depending on the circumstances surrounding their separation from the body. A kidney that is separated and «abandoned» in the course of a medical procedure may become the property of the hospital and traditional property principles will apply, while a kidney that is donated from

Para a *body part* dar origem a uma coisa, importa, cumulativamente, que no mínimo:

- (i) tenha sido devidamente apartada, em geral, mediante a concessão de consentimento (explícito ou presumido) pelo próprio;
- (ii) e que se trate de fragmento *separável*³² sem prejuízo – ou, ao menos, sem lesão significativa³³ – para o corpo.

Esta precisão é relevante e tem consequências. Se *v.g.* por acidente um dedo for cortado da respetiva mão e alguém, apoderando-se dele, impedir a vítima de o apanhar e transportar até um hospital para a competente reintegração, haverá responsabilidade por ofensa à integridade física e não por furto. O que materialmente for separado do corpo desrespeitando aquelas condições, continua, não obstante isso, a pertencer-lhe. Representa uma sua extensão, ainda que descontínua.

Conceber como coisas as partes do corpo humano que dele foram regularmente apartadas não implica necessariamente a sua mercantilização (*commodification*). Tal não envolve, nomeadamente, que seja lícita a criação de um mercado de órgãos, de tecidos ou de células onde a oferta e a procura livremente se encontrem e formem os correspondentes preços. Dizer que as *body parts* que hajam sido separadas são coisas significa somente, de imediato, que não são pessoa, nem por ela são alcançadas. É verdade que o respeito pela dignidade do sujeito pode revelar-se inconciliável com a natureza do ato que verse sobre certa *body part*. Isso, no entanto, não exclui a legitimidade de todo e qualquer negócio³⁴.

one spouse to another does not become the property of either spouse. Arrangements that involve the reproductive use of a living human body, such as agreements for surrogacy, are not governed by property principles (instead contract and family law principles generally apply), but disagreements regarding the disposition of human embryos created for in vitro fertilization often are governed by property principles” (Meredith M. Render, *The law of the body*, Emory Law Journal, vol. 62, 2013, págs. 554/555).

³² “Whatever the contextualized set of circumstances or conditions required for the creation and acquisition of property rights in human tissue, all presuppose the separability of these materials from persons” (Muireann Quigley, *Property in Human Biomaterials – Separating Persons and Things?*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 32, n.º 4, 2012, págs. 669; cf. ainda toda a doutrina aí citada).

³³ “São sempre proibidas a dádiva e a colheita de órgãos, de tecidos ou de células quando, com elevado grau de probabilidade, envolvam a diminuição grave e permanente da integridade física ou da saúde do dador” (artigo 6.º, n.º 7, Lei n.º 12/93, de 22 de abril).

³⁴ Aliás, ao menos a propósito das células humanas, “denying individuals property rights in the cells of their body is also a remarkably paternalistic approach to protecting individuals from coercion, particularly in light of the fact that we seem to grant property rights in those cells to research labs. The law, in essence, would be saying: “You have no property rights in the cells of your body when they are outside your body because we must protect you from economic exploitation, but we are perfectly

Geralmente, apenas torna inadmissível a celebração de compra e venda, permuta ou negócio afim. Ainda que esta ilação não se apresente inteiramente segura, nem indisputável³⁵.

Não há de ser, contudo, a variedade mais ou menos diminuta de atos que podem ter por objeto as partes do corpo humano a proibir a sua caracterização como *coisas* suscetíveis de *private property*. Quando pelo artigo 1305.º do Cód.Civil se diz que o proprietário “goza de modo pleno... dos direitos de... disposição”, tal não acarreta fatalmente que esta deva poder operar por intermédio de todos os modos concebíveis (designadamente, de natureza negocial) de alienação/aquisição de direitos. A disposição jurídica não deixa de se caracterizar como *plena* quando ao titular apenas se torne legítimo, para o efeito, recorrer a um único (*v.g.* a doação). Importa é que, quanto a este, o seu emprego não se ache, dentro de estreitíssimos condicionalismos, mingudadamente admitido ou tolerado³⁶. Isto basta para garantir ao titular da propriedade o direito “à sua transmissão em vida ou por morte” (artigo 62.º, n.º 1, Constituição).

É o que sucede, por exemplo, com a dádiva de sangue, de células ou de tecidos. Com efeito, quanto ao primeiro, constitui “dever cívico de todo o cidadão saudável contribuir para a satisfação das necessidades de sangue da comunidade, nomeadamente através da dádiva” (artigo 2.º, n.º 2, Lei n.º 37/2012, de 27 de agosto). E quanto aos segundos, a realização do seu donativo é também “altruísta” e, acentua-se, “solidária” (artigo 22.º, n.º 1, Lei n.º 12/2009, de 26 de março). Neste grupo de casos (os mais significativos), a respetiva disposição é, pois, no mínimo, incentivada.

comfortable letting biotechnology companies and research labs profit from the transfer of such cells” (Robin Cooper Feldman, *Whose Body Is It Anyway? Human Cells and the Strange Effects of Property and Intellectual Property Law*, Stanford Law Review, vol. 63, 2011, pág. 1385).

³⁵ “Many strong arguments support those who argue in favor of a property-like treatment of body parts: (1) the reality of existing markets in body parts; (2) the concrete and well understood rules associated with property; (3) the malleability and flexibility of the legal concept of property; (4) market efficiency in allocating supply to meet demand as well as market incentives’ potential for increasing supply; (5) property’s compatibility with our underlying liberal political philosophies; (6) making it fairer to the donors who are the only ones in a long stream of transactions not receiving compensation; and finally, (7) potentially enhancing the value accorded body parts in our market-based society” (Elizabeth E. Appel Blue, *Redefining Stewardship over Body Parts*, Journal of Law and Health, vol. 21, 2008, págs. 85).

³⁶ Aliás, segundo as conceções correntes, só mesmo ante a liquidação quase total do poder dispositivo se impedirá a qualificação de um direito como *private property*. Pense-se na situação do fiduciário na substituição fideicomissária. Só muito escassamente, “em caso de evidente necessidade ou utilidade para os bens da substituição, pode o tribunal autorizar, com as devidas cautelas, a alienação ou oneração dos bens sujeitos ao fideicomisso” (artigo 2295.º, Cód.Civil). Não é isso, todavia, que tem posto estorvo à sua caracterização como direito de propriedade.

Sobre outras partes do corpo – *v.g.* órgãos – as limitações à disposição serão, porventura, mais profundas (cf. artigo 6.º da Lei n.º 12/93, de 22/04). Por comparação com os exemplos anteriores, a sua dádiva não é propriamente estimulada. Embora tão-pouco – se por mais não for, devido à respetiva escassez³⁷ – seja permitida em moldes muito apertados, salvo para órgãos não regeneráveis. Mas isso não invalida a inferência de que, em relação a elas, ocorrida a sua separação, o direito que as tem por objeto seja de propriedade. Mesmo estando a sua cisão dependente do preenchimento de várias condições, o que é facto é que não se encontra proibida.

Há, geralmente, alguma repugnância em qualificar como *doação* a dádiva de órgãos ou de outras partes do corpo humano. É verdade, para começar, que nem sempre ela se alicerça em contrato. Tipicamente, aliás, assenta no simples consentimento tolerante (artigo 340.º, Cód.Civil) da pessoa que a faz, do qual, como é próprio, não resultam direitos para o beneficiário. Suponha-se, com efeito, que para *v.g.* efetivar a oferta de sangue, o autor deve preencher um formulário a cujo conteúdo a entidade que procede à recolha não põe obstáculos; entra depois numa fila de dadores; mas, ao aproximar-se o seu turno, arrepende-se e recusa submeter-se à colheita. Responderá então por eventuais prejuízos daí provenientes? Considerando-se que algum contrato foi celebrado, incorrerá forçosamente em responsabilidade contratual e, portanto, não restará resposta que não seja a afirmativa!

Sempre que a extração de partes do corpo resulte da simples permissão do sujeito (nos termos do referido artigo 340.º do Cód.Civil), desponta, depois, o problema relativo à justificação da aquisição, a favor do respetivo beneficiário, do direito que sobre ela incide. Inexistindo contrato de alienação, não há base negocial que a sustente. E aquela anuência não é suficiente para o efeito. Caberá entender, como alternativa, que a pessoa que a sofre, ao consentir, abandona o respetivo domínio colocando a *body part* à disposição de terceiro, o qual dela se apropriará, na sequência, por ocupação.

Ao invés, quando, eventualmente, a dádiva se fundar em atribuição contratual gratuita³⁸, nela falta tanto o “espírito de liberalidade” no seu sentido típico (até por a identidade do recetor não ser normalmente conhecida), como o dar-se “à custa do... património” do dador (artigo 940.º, n.º 1, Cód.Civil). Isso não quer dizer, contudo, que se trate de uma figura nova, inteiramente diferente do contrato de doação que se regula no Cód.Civil. Este simplesmente não foi concebido a pensar no enquadramento das hipóteses em apreço. Mas deve com

³⁷ Cf. *v.g.* Robert S. Taylor, *Self-ownership and transplantable human organs*, Public Affairs Quarterly, vol. 21, n.º 1, 2007.

³⁸ *V.g.*: “decorrido o prazo de cinco anos referido no n.º 1” (do artigo 16.º-A da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), podem os espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico ser... *doados* para investigação científica” (n.º 3 do mesmo artigo da referida Lei).

certeza admitir-se que, ante todos os contratos gratuitos nele previstos, o de doação é o que com elas mantém maior proximidade. Até onde a parecença das situações o permitir, cabe, pois, proceder analogicamente.

Sempre que a cedência de *body part* seja fruto de algum contrato para tanto celebrado, ele não é, evidentemente, passível de execução forçada (nos termos gerais dos artigos 817.º a 829.º-A do Cód.Civil). O respeito pela dignidade do obrigado força esta conclusão. Sobrará o direito do respetivo credor à compensação por danos³⁹.

§ 52. «*Uti frui habere possidere*». Como se depreende a partir do que antecede, no que toca à separação de partes do corpo, os poderes de disposição jurídica e de disposição material cruzam-se e, sobretudo, interpenetram-se. A separação material – com a conseqüente transformação do corpo de origem – dá-se tendo geralmente em vista a alienação a favor de outrem.

A linguagem, contudo, não é inteiramente unívoca, nem uniforme.

“El contenido de la propiedad” (para os juristas romanos) “aparece analizado, a propósito precisamente de la propiedad no-civil de inmuebles, mediante la fórmula legal «*uti frui habere possidere*». Los tres primeros términos corresponden a las tres modalidades de aprovechamiento: uso, disfrute y disposición”⁴⁰.

A disposição separa-se (habitualmente, segundo a conceção vulgar⁴¹) em *material* e *jurídica*⁴². A primeira corresponde ao poder de produzir alterações

³⁹ Alberto Trabucchi, *Istituzioni de Diritto Civile*, 25.ª edição, Cedam, Padova, 1981, pág. 96.

⁴⁰ “El verbo *habeo* se refiere al resultado de un acto de adquisición lícita (*cipio*) por el que una cosa se hace propia, y se puede vindicar (D.50, 16, 143 y 164,2). (...) De *habere* deriva una serie de verbos jurídicos: *adhibere* (poner a disposición), *exhibere* (presentar ante el magistrado), *inhibere* (frenar), *perhibere* (aseverar), *prohibere* (impedir), *redhibere* (recuperar lo entregado)” (Álvaro D’Ors, *Derecho Privado Romano*, 10.ª edição, EUNSA, Navarra, 2008, pág. 206). Cf. também v.g. Santos Justo, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 220.

⁴¹ Paradigmaticamente, por exemplo, a propósito da classificação dos negócios jurídicos que distingue os de mera administração dos de disposição, dizia Manuel de Andrade (*Teoria Geral da Relação Jurídica*, Almedina, Coimbra, 1987, 7.ª reimpressão, pág. 59): “É de notar... que a gestão de um património realiza-se ainda mediante *simples actos*, que podem igualmente qualificar-se como de administração (cultivar uma terra, colher os respectivos frutos, etc.) ou de disposição (demolir uma qualquer edificação)”.

⁴² O poder de disposição jurídica sobre qualquer direito subjetivo patrimonial – implícito na regra da livre disponibilidade de que beneficia o seu titular (artigo 62.º, n.º 1, Constituição) –, que fundamenta a sua transmissão, oneração, extinção ou produção de alguma outra modalidade análoga de vicissitude, não é uma simples emanção da capacidade jurídica, da liberdade individual ou da autonomia contratual. Caso contrário, inexistiriam direitos indisponíveis. Ao invés, o poder de disposição está (ou não está) inscrito no conteúdo do próprio direito subjetivo em causa. O que significa que a regra basilar é simples: tem legitimidade para dispor quem for titular de um direito disponível. Tudo depende, pois, do âmbito de que em concreto o direito em causa for dotado.

ou transformações físicas no objeto da propriedade. A segunda é expressão polissémica que alcança, pelo menos, a oneração e a alienação, bem como a renúncia (abdicativa ou, por vezes, a liberatória) ⁴³. Particularmente expressivo desta tendência é o preceituado no artigo 208.º do Cód.Civil dedicado à definição de coisa consumível: aquela “cujo uso regular importa a sua destruição ou a sua alienação”. Certo é, porém, que nem todos os atos de alienação envolvem disposição jurídica, pois, dependendo do património sobre o qual versam, podem configurar simples administração.

No Cód.Civil, em múltiplos lugares (*v.g.* artigos 28.º, n.º 2, 39.º, n.º 4, 63.º, 109.º, 127.º, 153.º, 226.º, n.º 2, 274.º, n.º 1, 622.º, n.º 1, 764.º, n.º 1, 819.º, 834.º, 1305.º, 1408.º, n.ºs 2 e 3, 1701.º, n.º 1), o sentido da locução *disposição jurídica* coincide com aquele que fica enunciado ⁴⁴. Já, ao invés, a expressão *disposição material* não é geralmente usada. Contudo: (i) por contraposição, a *transformação* surge ao lado da *alienação* pelo menos para efeitos de revogação (tácita) do testamento (artigo 2316.º, n.ºs 2 e 3); e (ii) dada a indeterminação de poderes que caracteriza a situação do proprietário, também se afigura mais curial o entendimento segundo o qual no preceito contido no artigo 1305.º se subsumem ambas as espécies.

A diferenciação entre administração e disposição está exclusivamente pensada para atos patrimoniais. E pese embora a falta de acordo na necessidade e utilidade do seu uso, a separação entre disposição material e disposição jurídica está também sobretudo concebida para os mesmos. Não é impossível, todavia, estendê-la aos atos que tenham por objeto o corpo humano. A analogia é suficiente. A sua disposição material envolve, em maior ou menor grau, a respetiva transformação. A disposição jurídica decorre da conseqüente alienação ou abdicção. Quando, portanto, a separação não for seguida de transmissão (*v.g.* vulgar extração de dente ou corte de cabelo), a disposição jurídica subsequente à modificação do corpo dá-se mediante renúncia ou abandono.

⁴³ “Los actos de disposición son aquéllos que alteran la integridad de la cosa. La alteración que implican los actos de disposición puede ser física o jurídica, según se altere la cosa misma o tan sólo su pertenencia jurídica; la alteración puede ser total («consumición») o parcial. Puede haber, pues, cuatro clases de actos de disposición:

- i) De consumición física, cuando se destruye una cosa (... aprovechar unos materiales para una construcción)”;
 - ii) de alteración física parcial, cuando se cambia su función (... excavar una mina...);
 - iii) de consumición jurídica, cuando se dispone de la pertenencia jurídica sin que sufra la cosa misma (... enajenar una cosa...);
 - iv) de alteración jurídica parcial, cuando se conserva la propiedad, pero se grava la cosa misma con un derecho a favor de otra persona (como constituir una servidumbre...)
- (Álvaro D’Ors, *Derecho Privado Romano*, 10.ª edição, EUNSA, Navarra, 2008, pág. 199).

⁴⁴ Cf. Werner Flume, *El Negócio Jurídico, Parte General del Derecho Civil*, tomo segundo, 4ª edição, trad. esp. de *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, págs. 180 a 185.

§ 53. *Soberania sobre o corpo: nascituro*. O reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro – ou seja, ao ser concebido, mas ainda não nascido – não compreende forçosamente a atribuição, a si próprio, de um senhorio sobre o respetivo corpo. A sua capacidade de gozo depende, conforme a natureza das coisas, da sua situação. E esta limita-lhe a titularidade de direitos de que é suscetível.

Mesmo que a vida humana e, portanto, a pessoa ⁴⁵ comece a existir com a conceção, isso não importa, por exemplo, que a interrupção voluntária do processo de gestação – imputável à própria mãe ou a terceiro – equivalha a óbito⁴⁶. Do ponto de vista social não é assim encarado. Daí que o nascimento completo e com vida (artigo 66.º, Cód.Civil) se deva perspetivar como um evento condicional de que depende, não a aquisição da personalidade, mas sim a sua (definitiva) consolidação. Por não ter (ainda) existência autónoma, o ser intrauterino não é uma pessoa inteiramente equiparável às demais (ou seja, às nascidas). À conta disso, certos direitos de personalidade não lhe podem ser estendidos, ao menos na sua plenitude. V.g. estando o aborto permitido em certas circunstâncias (artigo 142.º, Cód.Penal), o direito à vida do feto tem forçosamente, por isso, menor amplitude do que o da pessoa nascida. V.g. o seu direito ao nome, ao não se encontrar ainda (por natureza) lavrado o respetivo assento de nascimento, não pode beneficiar da mesma tutela que se concede ao daqueles cuja nascença se encontra já inscrita. Por seu turno, também por exemplo, o direito ao bom nome e reputação carece de propósito nesta fase.

⁴⁵ É teoricamente possível distinguir o ser humano da pessoa jurídica singular. Uma qualidade não tem que coincidir, no tempo, com a outra. “Being a person is additional to being a human being, albeit everyone who is human has a right to this additional recognition” (Neil MacCormick, *Institutions of law – An essay in legal theory*, Oxford University Press, Oxford – New York, reimpressão, 2008, pág. 108). Viabilizar legalmente esta constatação acarreta aceitar correr, contudo, o óbvio risco de arbitrariedade. Qual a razão para, por exemplo, fixar a aquisição da personalidade no nascimento completo e com vida (artigo 66.º, n.º 1, Cód.Civil)? Por que não um dia depois (artigo 30 do Cód.Civil espanhol na redação anterior à entrada em vigor da Ley 20/2011, de 21 julho)? Por que não apenas com a conquista da *self-consciousness*?

⁴⁶ E se, extraordinariamente, o ser abortado sobreviver à interrupção lícita da gravidez? “The infant, approximately twenty-nine to thirty-one weeks developed, had miraculously been delivered alive and was being given resuscitation and other aid by nurses when the doctor was informed of the situation. Without enquiring about the baby’s condition, he ordered the nurses to render no assistance to her, but while he was returning to the hospital this order was disobeyed by the nurses. When the doctor appeared on the scene, the infant was still breathing. He was charged by another doctor, whom he summoned to the scene, with repeatedly strangling the baby until she finally ceased to breathe or exhibit a heartbeat” (Ellen Frankel Paul – Jeffrey Paul, *Self-ownership, abortion and infanticide*, *Journal of medical ethics*, 1979, 5, pág. 133). O caso, tal como relatado, não pode deixar de ser havido como homicídio.

Segundo o comum estado atual de conhecimentos, o corpo humano, com a sua forma típica, somente surge com o aparecimento do feto. Este segue-se ao embrião. Inexiste acordo, contudo, quanto ao momento a partir do qual tal sucede: tem-se ido desde a oitava semana de gestação até ao fim do seu primeiro trimestre. Ora, em relação ao embrião, torna-se aparentemente difícil assegurar a existência de um domínio sobre o respetivo corpo. Ainda não tem a característica configuração humana. Contudo, não se vê razão para, por exemplo, lhe negar o direito à saúde. E se este desponta a título de manifestação do direito à integridade física, o reconhecimento daquele põe-se como uma necessidade lógica. Além disso, como o processo que conduz do embrião ao feto é gradual e contínuo, inexistindo transformações radicais e abruptas, a separação para efeitos de reconhecimento de um direito à integridade física torna-se escorregadia, melindrosa. Onde cravar a fronteira?

Fazer coincidir o começo da personalidade jurídica do ser humano com o momento da sua conceção ⁴⁷ suscita dificuldades suplementares em matéria de procriação medicamente assistida, designadamente no que respeita aos chamados embriões excedentários. “Na fertilização *in vitro* apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo” (artigo 24.º, n.º 1, Lei n.º 32/2006, de 26/07). “Os embriões que... não tiverem de ser transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos” (artigo 25.º, n.º 1, Lei n.º 32/2006, de 26/07). Decorrido tal prazo, “podem os embriões ser doados a outras pessoas beneficiárias cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, ..., ou doados para investigação científica” (artigo 25.º, n.ºs 5, 6 e 7, Lei n.º 32/2006, de 26/07). É possível, contudo, proceder à descongelação e eliminação dos embriões (artigo 25.º, n.º 3, Lei n.º 32/2006, de 26/07): (i) “cuja caracterização morfológica não indique condições mínimas de viabilidade”; (ii) que “nos seis anos subsequentes ao momento da criopreservação” não “tenham sido utilizados por outras pessoas beneficiárias ou em projeto de investigação”; (iii) cujos beneficiários originais da fertilização *in vitro* simplesmente não assintam na respetiva doação a outrem.

Excetuando aqueles cuja implantação não se puder realizar, deverá entender-se, quanto aos demais, que a sua supressão (qualquer que seja o motivo ou a finalidade) constitui uma forma de aborto legitimada por lei? Independentemente da solução construtiva que, em resposta, se mostrar mais ajustada, certo é que o respeito pela dignidade da pessoa exige o reconhecimento

⁴⁷ Sendo “undoubtedly true that as medical science advances, the stage at which a fetus could be viable will tend to gradually recede towards the point of conception” (Ellen Frankel Paul – Jeffrey Paul, *Self-ownership, abortion and infanticide*, Journal of medical ethics, 1979, 5, pág. 136), fazer coincidir a aquisição de personalidade com o momento da conceção acaba por tornar-se uma exigência ética que, afinal, assenta numa constatação factual.

da sua personalidade jurídica. Trata-se do pressuposto primário. Ele não se pode contornar ou banir com fundamento em meras dificuldades explicativas de ordem técnica. E a natureza jurídica do embrião não há de variar em função da sua implantação no útero da mulher ou da falta dela⁴⁸. Contudo, a própria qualificação como “doação” do ato que origina a transferência do embrião para outro beneficiário, ao ter por objeto o corpo inteiro e não uma simples *body part*, permite inferir que, ao menos para este efeito, a lei o coisificou^{49 50}.

§ 54. *Soberania sobre o corpo e dignidade*. O corpo humano pertence ao mundo sensível. Tem uma existência material como qualquer outro objeto que dele faça parte. O discurso, as ideias e os conceitos que a progressão cultural criou, desenvolveu e aperfeiçoou tendo em vista a construção jurídica dos direitos sobre coisas corpóreas são, por isso, suscetíveis de quase inteira transposição para o corpo humano. Talvez com maior facilidade, aliás, do que aquela que se encontra quando, a propósito das coisas ditas incorpóreas, se tenta a mesma aproximação. São *v.g.* serenamente idealizáveis a *full ownership*, o usufruto ou o penhor sobre o corpo humano. A respetiva aquisição por usucapião ou por ocupação é igualmente pensável. E a experiência histórica confirma-o (através, particularmente, da instituição da escravatura).

Ética e moralmente, porém, a simples translação de ideias transgride o respeito pela dignidade⁵¹. Esta impede, logo à partida, a qualificação como coisa

⁴⁸ “Les embryons fécondés *in vitro* et conservés par congélation ne sont pas de choses. (...) Si néanmoins de tels embryons congelés devaient exister, il conviendrait de les considérer non comme des choses, mais comme des enfants conçus soumis à un régime juridique particulier” (Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, tome premier, 3.^a edição, Stämpfli Editions, 1997, pág. 29).

⁴⁹ “If the law deems frozen embryos «persons», their damage would constitute criminal or tort assault, their destruction would be homicide, and refusal to return them to their «rightful» parents would equal kidnapping. Were the genetic contributors to voluntarily destroy the embryos, such action would constitute abortion or removal of «life support»... If the law deems frozen embryos «property», however, their damage or destruction would equal trespass or conversion, and failure to return them to their rightful owners would be unauthorized possession or theft. The law would permit voluntary destruction of the embryos by their proprietors as a traditional incident of ownership” (Kathleen R. Guzmán, *Property, progeny, body part: assisted reproduction and the transfer of wealth*, University of California, Davis Law Review, vol. 31, 193, 1997, pág. 205).

⁵⁰ O Tribunal Europeu do Direitos do Homem (*Paradiso and Campanelli vs Italy*, Application n.º 25358/12, 27/January/2015), embora recorrendo a aspas, empregou a locução “belonging to them” (aos *applicants*) para se referir a dois embriões implantados “in the womb of a surrogate mother”.

⁵¹ “The body and its parts are somehow different from other things, central to human dignity. They are not commodities. Even though we may sell labor or ideas, or place our health at risk in work or leisure, the conviction that the physical body and its parts should not be for sale is widely held” (Thomas H. Murray, *Who Owns the Body? On the Ethics of Using Human Tissue for Commercial Purposes*, IRB: Ethics and Human Research, vol. 8, n.º 1, 1986, pág. 2).

– seja de que natureza for – do corpo de pessoa viva. E, mesmo entendendo que ele, não sendo coisa é, pelo menos, objeto de direitos, o mesmo obstáculo subsiste quando se pretenda afirmar que sobre o corpo incide um direito de propriedade plena nos termos gerais do artigo 1305.º do Cód.Civil⁵². As consequências daí provenientes acarretariam a equiparação do corpo às demais coisas, ainda que tal rotulagem se pretendesse negar preliminarmente. O apriorismo segundo o qual a *ownership* se confunde necessariamente com a *private property* – do qual se infere que aquela não tem outras formas para além desta – deve, portanto, ultrapassar-se. Quando se diz, por isso, aplicando a *ownership* ao “Eu”, que “the self-ownership thesis asserts, roughly, that agents own their minds and bodies in the same way that they can own extra-personal property. Just as property owners can control, protect, and transfer rights over their property, self-owning agents can control, protect, and transfer rights over themselves”⁵³, a ilação, tirada com esta largueza, mostra-se genericamente inadmissível.

O que verdadeiramente interdita a qualificação do senhorio de que cada qual beneficia sobre o respetivo corpo a título de puro e simples direito de propriedade sobre coisa corpórea são razões pré-jurídicas: todas as que se ligam ou que se extraem a partir da consideração que o Direito deve à dignidade individual. Isso mesmo conduz à necessidade de configurar tal soberania sob diferente capa. Ora, como se encontra em causa a tutela do corpo do indivíduo, há de entender-se que o bem protegido se liga intimamente, por conseguinte, à personalidade. E como, em homenagem à autonomia do sujeito, se lhe deve reconhecer autoridade sobre ele, o senhorio sobre o corpo há de configurar-se como um direito subjetivo (de personalidade).

Os direitos de personalidade são, no mais exato sentido da locução, *direitos originários*: inerem à pessoa, acompanhando-a, no que toca aos mais significativos, da conceção à morte. Os principais constituem-se, em geral, assim que ela tem início, embora, consoante a condição pessoal do próprio titular se for alterando, possam também ir despontando ou emergindo ao longo da vida. Sendo fruto da personalidade jurídica do ser humano, o seu reconhecimento resulta, tal como para aquela, da necessidade de respeito pela dignidade (artigos 6.º e 1.º, respetivamente, da Declaração Universal dos Direitos Humanos).

Como quer que se conceba o direito de propriedade vulgar, torna-se imprescindível, de seguida, justificar a razão pela qual cada sujeito tem um direito de apropriação latente sobre as coisas tangíveis que o mundo lhe proporciona.

⁵² “Humans cannot exist without their bodies. Absent such separate existence, the infused dignity of the human persona may prevent the private property subordination of human bodies at least while the body supports human existence” (Allen B. Wagner, *Human Tissue Research: Who Owns the Results?*, Santa Clara High Technology Law Journal, vol. 3, 1987, pág. 241).

⁵³ Christopher Freiman – Adam Lerner, *Self-ownership and disgust: why compulsory body part redistribution gets under our skin*, Philos Stud, 172, Springer, 2015, pág. 3168.

Uma vez que todos dele são titulares, a aquisição que concretamente se produza a favor de alguém, acarreta, daí em diante, a respetiva privação (ao menos virtual) para os restantes. Diversamente, assumindo-se que todos beneficiam, desde a origem (conceção ou nascimento), de soberania sobre o seu corpo, os demais dela não são despojados, nem sequer em potência. Com efeito, nunca a poderiam ter atingido.

Bibliografia:

- ALVARE, Helen M. *Catholic Teaching and the Law Concerning the New Reproductive Technologies*, Fordham Urban Law Journal, vol. 30, 2002.
- ANDRADE, Manuel de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Almedina, Coimbra, 1987, 7.^a reimpressão.
- AQUINO, S. Tomás de. *Suma de Teologia, Tratado del Hombre*, 4.^a edição, reimpressão, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MMI.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*, edición trilingüe, trad. esp., Gredos, 2012.
- *Obras Completas*, vol. III, tomo I, *Sobre a Alma*, Livro 2, 2, 414a, 15/25, trad. port., Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2010.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *A terminalidade da vida*, in Estudos de Direito da Bioética, vol. IV, APDI/Almedina, 2012.
- ATTAS, Daniel. *Freedom and Self-Ownership*, Social Theory and Practice, vol. 26, 2000.
- AUBY, Jean-Marie. *Le corps humain et le Droit: les droits de l'homme sur son corps*, in Direito da Saúde e Bioética, Lex, Lisboa, 1991.
- AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*, John Murray, London, 1832.
- BALGANESH, Shyamkrishna. *Quasi-Property: Like, But Not Quite Property*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 160, 2012.
- BEAUCHAMP, Tom (ver FADEN, Ruth – BEAUCHAMP, Tom)
- BENTHAM, Jeremy. *Theory of Legislation*, trad. ing. do *Traité de législation civile et pénale*, 1802, editado por Étienne Dumont, Trübner & Co., Paternoster Row, London, MDCCCLXIV.
- BLUE, Elizabeth E. Appel. *Redefining Stewardship over Body Parts*, Journal of Law and Health, vol. 21, 2008.
- BOULIER, William. *Sperm, Spleens, and Other Valuables: The Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts*, Hofstra Law Review, vol. 23, 1995.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação de propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007.
- CANARIS, Claus-Wilhelm
- *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. port., Almedina, Coimbra, 2003.
- CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito Civil de Portugal*, Livro II, tomo IV, Lisboa, Typografia de António José da Rocha, 1847.
- COHEN, Gerald Allan. *Self-ownership, freedom, and equality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- Self-Ownership, World Ownership and Equality*, Social Philosophy and Policy, vol. 3, issue 2, 1986.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo II, *Coisas*, Almedina, Coimbra, 2000; tomo III, *Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*, trad. port. de *I Diritti della Personalità*, Morais Editora, Lisboa, 1961.
- DAMÁSIO, António. *Descartes' Error – Emotion, Reason, and the Human Brain*, Avon

Books, New York, 1994.

DEMSETZ, Harold. *Toward a Theory of Property Rights*, *The American Economic Review*, vol. 57, n.º 2, 1967.

DESCARTES, René. *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences*, chez Antoine-Augustin Renouard, Paris, MDCCCXXIV.

Méditations Métaphysiques, Méditation Sixième – De l'existence des choses matérielles, et de la réelle distinction entre l'âme et le corps de l'homme, trad. fra., 1641, <http://philosophie.ac-creteil.fr/IMG/pdf/Meditations.pdf>.

DICKENSON, Donna. *Property in the body – Feminist perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

D'ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*, 10.ª edição, EUNSA, Navarra, 2008.

DWORKIN, Gerald – Kennedy, Ian. *Human Tissue: Rights in the body and its parts*, *Medical Law Review*, 1, 1993.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, 9.ª edição, trad. bras., Civilização Brasileira, 1984.

EVERETT, Margaret. *The social life of genes: privacy, property and the new genetics*, *Social Science & Medicine*, 56, 2003.

FADEN, Ruth – BEAUCHAMP, Tom. *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1986.

FELDMAN, Robin Cooper. *Whose Body Is It Anyway? Human Cells and the Strange Effects of Property and Intellectual Property Law*, *Stanford Law Review*, vol. 63, 2011.

FICHTER, Joseph H.. *Sociologia*, trad. bras., reimpressão, Editora Herder, São Paulo, 1969.

FLUME, Werner. *El Negócio Jurídico, Parte General del Derecho Civil*, tomo segundo, 4ª edição, trad. esp. de *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

FREIMAN, Christopher – Lerner, Adam. *Self-ownership and disgust: why compulsory body part redistribution gets under our skin*, *Philos Stud*, 172, Springer, 2015.

GIBBARD, Allan. *Natural Property Rights*, *Noûs*, vol. 10, 1976.

GOLD, Richard. *Body Parts: Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials*, Georgetown University Press, Washington, 1996.

GONZÁLEZ, José. *Wrongful birth, Wrongful life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, *Quid Juris*, Lisboa, 2014.

GROSSI, Paolo. *Il dominio e le cose – Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1991.

GUZMÁN, Kathleen R.. *Property, progeny, body part: assisted reproduction and the transfer of wealth*, *University of California, Davis Law Review*, vol. 31, 193, 1997.

HAVE, Henk Ten (ver WITTE, Joke de – HAVE, Henk Ten).

HEGEL, Georg Wilhelm. *Hegel's Philosophy of Right*, 1820, translated, Oxford University Press; First Published by Clarendon Press, 1952, with notes by T. M. Knox.

HETTINGER, Ned. *Patenting Life: Biotechnology, Intellectual Property, and Environmental Ethics*, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol. 22, 1995.

HONORÉ, Anthony M.. *Ownership in Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical*, Clarendon Press, 1961.

HUME, David. *Treatise of Human Nature*, Oxford University Press, edited by L. A. Selby-Bigge, 1965.

Essays, Moral, Political, and Literary, Edited and with a Foreword, Notes, and Glossary by Eugene Miller, revised edition, Indianapolis, Liberty Fund, 1987.

INGRAM, Attracta. *A Political Theory of Rights*, reimpressão, Clarendon Press, Oxford, 2002.

- JANSEN, Robert P.S.. *Sperm and ova as property*, Journal of medical ethics, 1985, 11.
- JHERING, Rudolf von. *Sobre o fundamento da protecção possessória*, trad. port., Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2007.
- JORALEMON, Donald. *The Battle for Body Parts*, Medical Anthropology Quarterly, vol. 9, n.º 3, 1995.
- JUSTO, António Santos. *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- KANT, Immanuel. *Lectures on Ethics*, trad. ing., Cambridge University Press, Cambridge, 1997.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, trad.port., 5.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KENNEDY, Ian (ver DWORKIN, Gerald - KENNEDY, Ian).
- KIRK, G.S. - Raven, J. E. - Schofield, M.. *Os filósofos pré-socráticos*, 6.ª edição, trad. port., Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- LARRAÑAGA, Ignácio. *As Forças da Decadência*, Paulus Editora, Apelação, 2004.
- LERNER, Adam (ver FREIMAN, Christopher - LERNER, Adam).
- LOCKE, Margaret M. (ver SCHEPER-Hughes, Nancy - LOCKE, Margaret M.).
- LOCKE, John. *Two Treatises of Government, Second Treatise of Government*, Richard Cox editor, Wheeling, Illinois, 1982.
- LUKÁCS, Georg. *History and Class Consciousness*, trad. ing., Merlin Press, London, 1968.
- MACCORMICK, Neil. *Institutions of law - An essay in legal theory*, Oxford University Press, Oxford - New York, reimpressão, 2008.
- MARQUES, J.P. Remédio. *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, vol. I - *Direito de Autor. Direito de Patente e Modelo de Utilidade. Desenhos ou Modelos*, Almedina, Coimbra, 2007.
- MARX, Karl. *Capital. A Critique of Political Economy*, english edition first published in 1887, edited by Frederick Engels, Progress Publishers - Moscow, vol. I, Book One: The Process of Production of Capital.
- MERRIL, Thomas W. (ver SMITH, Henry E. - MERRIL, Thomas W.).
- MIRANDA, Jorge. *A Constituição e a dignidade da pessoa humana*, Revista Didaskalia, XXIX, 1999.
- MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de Direito Civil (parte geral)*, Atlântida Editora, Coimbra, 1932.
- MUNZER, Stephen R. *A Theory of Property*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- MURRAY, Thomas H.. *Who Owns the Body? On the Ethics of Using Human Tissue for Commercial Purposes*, IRB: Ethics and Human Research, vol. 8, n.º 1, 1986.
- NAFFINE, Ngaire. *The Legal Structure of Self-Ownership: Or the Self-Possessed Man and the Woman Possessed*, Journal of Law and Society, vol. 25, n.º 2, 1998.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell Publishers, Oxford, 1999, Reprint.
- NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2015; vol. II. Almedina, Coimbra, 2017.
- NWABUEZE, Remigius N.. *Biotechnology and the New Property Regime in Human Bodies and Body Parts*, Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev., vol. 24, 2002.
- PANICHAS, George E.. *Hume's Theory of Property*, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, vol. 69, n.º 3, 1983, Steiner Verlag.
- PARFIT, Derek. *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford, 1987.
- *Personal Identity*, The Philosophical Review, vol. 80, n.º 1, 1971, págs. 3-27.
- PASSINHAS, Sandra. *Propriedade e Personalidade no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2017.
- PATEMAN, Carole. *Self-ownership and property in the person: Democratization and a tale of two concepts*, The Journal of Political Philosophy, vol. 10, n.º 1, 2002.

- PAUL, Ellen Frankel; Paul, Jeffrey. *Self-ownership, abortion and infanticide*, Journal of medical ethics, 1979, 5.
- PAUL, Jeffrey (ver PAUL, Ellen Frankel – PAUL, Jeffrey).
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, trad. Bras. de Éthique et Droit, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- PHILLIPS, Anne. *It's my body and I'll do what I like with it: bodies as objects and property*, in Political Theory 39(6), SAGE Publications, 2011.
- PLATÃO. *Diálogos – Fédon*, trad. bras, Editor: Victor Civita, Porto Alegre, 1972.
- PLATÃO. *República*, trad. ing., second edition, Basic Books, 1991.
- POPE, Thaddeus Mason. *The maladaptation of Miranda to advance directives: a critique of the implementation of the patient self-determination act*, in Health Matrix, vol. 9:139, 1999.
- QUIGLEY, Muireann. *Property in Human Biomaterials – Separating Persons and Things?*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 32, n.º 4, 2012.
- RADIN, Margaret Jane. *Reinterpreting Property*, University of Chicago Press, Chicago and London, 1993.
- RAO, Radhika. *Genes and Spleens: Property, Contract, or Privacy Rights in the Human Body?*, Journal of Law, Medicine & Ethics, 371, 35, 2007.
- RAO, Radhika. *Property, Privacy, and the Human Body*, Boston University Law Review, vol. 80, 359, 2000.
- RAVEN, J.E. (ver KIRK, G. S. – RAVEN, J. E. – Schofield, M.).
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*, Revised Edition, Harvard University Press, Cambridge, 1991.
- RENDER, Meredith M. *The law of the body*, Emory Law Journal, vol. 62, 2013.
- ROSE, Carol M.. *Possession as the Origin of Property*, The University of Chicago Law Review, 52:73, 1985.
- ROTHBARD, Murray N.. *The Ethics of Liberty*, New York University Press, New York – London, 1998.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contract social ou Principes du droit politique*, Union Générale d'Éditions, Paris, 1963.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- SANTO AGOSTINHO. *O cuidado devido aos mortos (De Cura pro Mortuis Gerenda)*, Patrística, vol. 19, Editora Paulus, 2002.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. esp. de System des heutigen römischen Rechts, tomo I, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Das Recht des Besitzes*, trad. esp., Editorial Comares, Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Granada, 2005.
- SCHEPER-HUGHES, Nancy; Lock, Margaret M.. *The Mindful Body: A Prolegomenon to Future Work in Medical Anthropology*, Medical Anthropology Quarterly, New Series, vol. 1, n.º 1, 1987.
- SCHOFIELD, M. (ver KIRK, G. S. – RAVEN, J. E. – SCHOFIELD, M.).
- SEABRA, António Luiz de. *A Propriedade*, vol. I, parte I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1850.
- SHARP, Lesley A.. *The commodification of the body and its parts*, Annu. Rev. Anthropol, 2000, vol. 29.
- SILVA, Paula Costa e. *A realização coerciva de testes de ADN em ações de estabelecimento da filiação*, in Estudos de Direito de Bioética, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Almedina, 2005.
- SINGER, Joseph William. *Original Acquisition of Property: From Conquest & Possession to Democracy & Equal Opportunity*, Indiana Law Journal, vol. 86, 2011.

- SMITH, Henry E. – MERRIL, Thomas W.. *The Morality of Property*, William and Mary Law Review, vol. 48, 2007.
- STEINAUER, Paul-Henri. *Les droits réels*, tome premier, 3.ª edição, Stämpfli Editions, 1997.
- STURGES, Melissa L.. *Who Should Hold Property Rights to the Human Genome? An Application of the Common Heritage of Humankind*, American University International Law Review, vol. 13, n.º 1.
- TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, vol. I, 1.ª parte, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1930.
- TAYLOR, Robert S.. *Self-Ownership and the Limits of Libertarianism*, Social Theory and Practice, vol. 31, n.º 4, 2005.
- TAYLOR, Robert S.. *A Kantian Defense of Self-Ownership*, The Journal of Political Philosophy, vol. 12, n.º 1, 2004.
- THOMPSON, Judith Jarvis. *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge – London, 1990.
- THOMPSON, Judith Jarvis. *A defense of abortion*, Philosophy & Public Affairs, vol. 1, n.º 1, 1971.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni de Diritto Civile*, 25.ª edição, Cedam, Padova, 1981.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 53.
- WAGNER, Allen B.. *Human Tissue Research: Who Owns the Results?*, Santa Clara High Technology Law Journal, vol. 3, 1987.
- WALL, Jesse. *The Legal Status of Body Parts: A Framework*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 31, n.º 4, 2011.
- WEBER, Max. *Economy and Society*, trad. ing., edited by Guenther Roth and Claus Wittich, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-London, 1978.
- WHEELER, Samuel C.. *Natural Property Rights as Body Rights*, Noûs, vol. 14, n.º 2, 1980.
- WILKINSON, T.M.. *Consent and the Use of the Bodies of the Dead*, Journal of Medicine and Philosophy, 37, 2012.
- WITTE, Joke de; HAVE, Henk Ten. *Ownership of Genetic Material and Information*, Soc. Sei. Med., vol. 45, n.º 1, 1997.