

CONTRIBUTOS PARA A BIOÉTICA EM PORTUGAL

COORDENAÇÃO:

João Ribeiro da Silva

António Barbosa

Fernando Martins Vale



*Centro de Bioética
Faculdade de Medicina
Universidade de Lisboa*



Edições Cosmos



APIFARMA *Edição apoiada pela APIFARMA de Lisboa*

*Na capa: Fragmento de "As Tentações de Santo Antão" J. Bosch
Gentilmente cedido por o Museu Nacional de Arte Antiga*

© 2002, Edições Cosmos / Centro de Bioética
Faculdade de Medicina - Universidade de Lisboa

Composição: Edições Cosmos
Impressão: Garrido, Artes Gráficas

Abril de 2002

ISBN 972-762-238-0
Depósito legal 180032/02

Sem autorização expressa do editor não é permitida a reprodução parcial ou total desta obra desde que tal reprodução não decorra das finalidades específicas da divulgação e da crítica.

Deliberação jurídica e bioética

Rui Pinto Duarte

Faculdade de Direito - Universidade Nova de Lisboa

Agradecimento

Fui convidado para falar sobre «Deliberação Jurídica» num simpósio sobre «Deliberação e Bioética». Como nada no meu *curriculum vitae* indicia conhecimentos sobre Bioética e pouco nele há que me habilite a dissecar os processos de ponderação e decisão dos juristas, é óbvio que na base do convite esteve exclusivamente a amizade do seu autor, o Professor João Ribeiro da Silva.

À face da dificuldade em que me colocou, hesito sobre se devo agradecer o convite. Já no que respeita às palavras com que o Professor João Ribeiro da Silva me apresentou, devo não apenas agradecer como esclarecer que são inteiramente desajustadas, só explicáveis por amizade. Como professor e como advogado, dedico-me a matérias prosaicas, como contratos, propriedade e empresas. Não sou filósofo, nem nunca me dediquei à metodologia mais do que qualquer jurista que segue a carreira académica o faz. Intervir neste simpósio é pois uma honra imerecida, sobretudo ao lado de figuras como as do Professor João Ribeiro da Silva, do Professor Jacinto Nunes, do Almirante Rebelo Duarte e do Professor Dinis da Gama.

1. *Restrição do tema.*

A expressão «Deliberação Jurídica»¹ abrange, à letra, todos os processos de ponderação e decisão jurídica – isto é, não apenas os que têm por objecto situações concretas da vida, como também os que têm por objecto a formulação de normas. Se o Parlamento ou o Governo legislarem sobre algo que tenha a ver com a Bioética, haverá uma deliberação que simultaneamente toca o Direito e a Bioética.

Nesta intervenção vou restringir-me à deliberação que precede a resolu-

ção de situações concretas, ou seja, à deliberação jurisdicional. Tomarei como paradigma a situação do juiz que tem de decidir um caso que lhe é presente. Procurarei expor criticamente os principais parâmetros gerais do processo de ponderação e de decisão do aplicador do Direito, buscando, na parte final, cruzar os problemas que os mesmos suscitam com questões da Bioética.

Dirijo o meu discurso a não-juristas e a pessoas sem uma especial preparação filosófica, pelo que o mesmo em pouco poderá interessar a quem aqui se encontre e seja versado em Direito ou Filosofia.

2. O dever de obediência à lei por parte dos juízes. O repúdio legal dos factores extra-legais.

O art. 8.º do nosso Código Civil formula muito claramente o dever de julgar e o dever de obediência à lei por parte dos juízes. Do n.º 1 de tal artigo consta que o tribunal não pode abster-se de julgar mediante a invocação da falta ou obscuridade da lei ou a alegação de dúvida insanável acerca dos factos em litígio e o n.º 2 estabelece que o dever da obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo².

O repúdio da relevância dos factores extra-legais é reforçado noutras regras que o Código Civil dedica às fontes do Direito. Do art. 4.º consta a regra de que os tribunais só podem resolver segundo a equidade quando a lei o determine ou quando as partes nisso acordem e a lei não o impeça. O art. 3.º reduz a relevância dos usos aos casos em que a lei a estabeleça.

A lei, só a lei – salvas excepções contadas – traça, segundo ela própria, os parâmetros de deliberação do juiz.

3. A contraposição entre lei e Justiça.

Onde há sociedade há Direito, repetem todos os livros de introdução aos estudos jurídicos. Como só há Homem em sociedade, o Direito deve ser tão antigo quanto o Homem. Igualmente antiga deve ser a distinção entre as ideias de lei e de Justiça. A contraposição entre a norma que o poder político formulou ou sancionou (e que o juiz deve aplicar) e a norma que é tida por justa é uma constante da História do Pensamento. O mais clássico dos exemplos é, provavelmente, o discurso de Antígona, na peça de Sófocles que tem o mesmo nome, acerca do decreto do Rei Creonte que determinava que seu irmão Polinices ficasse insepulto.

Perguntada, primeiro, sobre se conhecia a ordem que tinha transgredido, Antígona respondeu que sim; perguntada depois sobre como se tinha atrevido à transgressão respondeu: «... Zeus não pretendeu impor-me proibições, nem Dike, a deusa que está com os númenes subterrâneos, jamais fixou aos homens normas parecidas. Além disso, eu não acreditava que os éditos humanos tivessem força suficiente para conferirem a um mortal a faculdade de violar as leis divinas, que nunca foram escritas mas são imutáveis. Não é de hoje nem de ontem que elas vivem: são eternas e ninguém sabe determinar o tempo em que foram promulgadas»³.

As leis não escritas invocadas por Antígona constituem o Direito Natural, cujo conceito e relevância não são nada pacíficos⁴. Para alguns, o seu conteúdo é imutável, para outros vai variando em função das épocas; há quem lhe atribua origem divina e quem o radique na natureza humana; se tem havido quem acredite na sua existência objectiva também tem havido quem lhe negue qualquer utilidade; certos pensadores declaram ilegítimas e não vinculativas as normas do poder político que o contrariam, mas muitas leis dos Estados (como o referido art. 8.º do Código Civil) tendem a ignorá-lo.

Seja-se ou não jurisnaturalista e seja qualquer for o jurisnaturalismo que se perfilhe, parece-me óbvio que no processo de aplicação da lei estão sempre presentes (ainda que de forma sub-reptícia) as concepções dos aplicadores da lei sobre o justo e o injusto.

Mesmo os mais ferozes críticos da ideia de Direito Natural não podem fugir à contraposição entre lei e Justiça e têm frequentemente dois olhares sobre o mesmo problema: o que deriva da leitura da norma legal e o que resulta das suas concepções próprias.

Parece-me inquestionável que as concepções de Justiça dos aplicadores da lei têm um papel relevante nos resultados do seu trabalho – por muito difícil que seja definir objectivamente qual ele seja em cada caso.

4. *Aplicação do Direito e operações lógicas: crítica da ideia de que a aplicação da lei é reconduzível a um silogismo.*

4.1. Como a teoria política foi transformada em dogma metodológico⁵.

Creio que foi no século XVIII que se desenvolveu a ideia de que a aplicação da lei é reconduzível a uma mera operação lógica.

O autor mais vezes citado a esse respeito é Montesquieu, nomeadamente no passo do *De l'Esprit des Lois* (de 1748) em que afirma que os juízes são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei⁶.

A verdade, porém, é que, ao escrever isso, Montesquieu não quis retratar a realidade, mas definir um sistema político desejável. No quadro da teoria da separação dos poderes, aos juízes deveria estar vedado interferir no conteúdo das leis. Mesmo quando as normas fossem demasiado rigorosas, os juízes deveriam reduzir-se a seres inanimados, incapazes de moderar esse rigor⁷.

A recondução expressa do mecanismo de aplicação da lei a um silogismo aparece na famosíssima obra de Beccaria *Dos Delitos e das Penas* (de 1766). Depois de negar aos juízes o poder interpretar as leis penais, Beccaria afirma: «Para qualquer delito deve o juiz construir um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a acção conforme ou não à lei; a conclusão, a liberdade ou a pena»⁸.

Tal como Montesquieu, Beccaria não queria escrever sobre Lógica Jurídica. Os tempos seguintes, contudo, transformaram aquilo que inicialmente foi formulado no contexto da teoria política em dogma metodológico. Durante os séculos XIX e XX tornou-se comum o entendimento de que a aplicação das normas jurídicas pode e deve consistir essencialmente em operações lógicas.

4.2. Algumas falhas da «visão silogística» da aplicação do Direito.

Essa «visão silogística» da aplicação do Direito tem múltiplas falhas, que não posso aqui aprofundar⁹. Deixo apenas algumas notas.

Em primeiro lugar, realce-se que cada homem é diferente dos demais e que essas diferenças interferem no raciocínio. As idiosincrasias têm repercussões nos processos deliberativos. Mesmo admitindo que é possível estabelecer uma lógica apreensível igualmente por todos, não é possível ignorar que há «interferências» de índole não intelectual no raciocínio. O excesso (e a falta!¹⁰) de afectividade repercutem-se sobre o processo intelectual.

Em segundo lugar, há que dizer que a «visão silogística» assenta na cisão entre, por um lado, as operações de determinação dos factos e, por outro, as operações de determinação do sentido da lei e da sua aplicação e que essa cisão falseia a realidade. Pelo menos em muitos casos, não é possível separar o apuramento dos factos da interpretação da lei: é à luz dos conceitos utilizados nas normas potencialmente aplicáveis que se procuram e estabelecem os factos.

Em terceiro lugar, sucede que só por hipocrisia se pode ignorar que os julgadores, antes de concluírem a sua tarefa, têm em conta as suas consequências! Se é sustentável que a aplicação da lei consiste na subsunção dos factos à previsão da norma e na aplicação da estatuição desta, é certamente mais óbvio que nenhum juiz termina a sua sentença sem se defrontar com os

seus resultados práticos. A decisão definitiva é muitas vezes uma escolha entre várias decisões possíveis, feita em função dos resultados práticos de cada uma. Na aplicação da lei não há inferências dedutivas puras...

Em quarto lugar, frise-se que a premissa maior do pretense silogismo é uma proposição normativa – com uma natureza diferente da premissa menor, que descreve um facto. Essa diferença de natureza levanta as maiores dúvidas quanto à legitimidade lógica do raciocínio.

Em quinto lugar – e por último – note-se que o juízo subsuntivo inerente à «visão silogística» da aplicação do Direito apresenta facetas que põem em causa essa mesma visão. Chamo a atenção para duas: a selecção da realidade implicada pela aplicação das normas e a necessidade de concretização que muitos conceitos legais impõem. Começando pela primeira, sublinho que a previsão das normas é uma descrição de uma situação da vida que é muito mais esquemática do que cada situação real. Para operar a subsunção, o aplicador tem de fixar os factos, escolhendo uns e rejeitando outros; essa «dialéctica» entre os elementos da previsão da norma e a fixação dos factos relevantes só muito forçadamente pode ser qualificada como uma mera subsunção... Passando à segunda, lembro que muitas normas utilizam conceitos vagos (como boa-fé, bons costumes, bom pai de família, etc.) cujos sentidos apresentam grandes variações, em função das situações específicas. A aplicação desses conceitos exige um esforço de concretização por parte do julgador que não é certamente também uma mera subsunção.

5. *O carácter contraditório do sistema jurídico.*

5.1. Considerações gerais.

Se a aplicação de cada elemento (entenda-se norma) do Direito não é uma operação meramente lógica, a articulação dos vários elementos não é algo que esteja logicamente assegurado. Os juristas falam de sistema jurídico (nomeadamente para designar o Direito de cada Estado), mas sistema (entendido como conjunto organizado e coerente) é um resultado pretendido – e não um dado! A velha ideia de que o Direito não tolera antinomias¹¹ não pode hoje ser vista como mais do que um objectivo sempre em fuga...

O (cada) sistema jurídico é contraditório, começando as contradições nos próprios valores básicos. Usando um exemplo das minhas aulas sobre propriedade, direi que, desde há muito, cada Direito considera um valor relevante que os espoliados, os que são privados de um bem contra o disposto na lei, sejam protegidos, mormente por meio da restituição do bem em cau-

sa, mas que, também desde há muito, cada Direito considera um valor relevante proteger quem adquiriu algo de boa-fé, ainda que o alienante não fosse titular de um direito sobre o bem que lhe permitisse alienar. A essa protecção soma-se a protecção que em todos os Direitos é dada à própria posse, pelo simples facto de acontecer, decorrido que seja certo tempo sobre o seu início.

Já Cícero qualificou como de grande dificuldade a situação em que se encontrou Arato de Sícion, após ter restabelecido os direitos de seiscentos cidadãos que tinham sido exilados e que antes eram os mais ricos da cidade: por um lado, era injusto ficarem privados da propriedade aqueles cujos direitos cívicos tinha restaurado e que tinham sido espoliados; por outro lado, também não era justo desalojar aqueles que ocupavam as terras, passados que eram dezenas de anos sobre a espoliação durante o qual o período as terras tinham sido objecto de transacções jurídicas normais¹².

Os próprios direitos fundamentais (entendendo como tal os consagrados na Constituição) são conflitantes entre si: pense-se, por exemplo, no direito à reserva da vida privada e no direito a informar.

Para além das contradições em abstracto entre valores, princípios ou normas, há ainda a assinalar que é o julgamento dos casos concretos que mais acarreta – ou põe a claro – as contradições dentro do «sistema» jurídico. A individualização tem por consequência inevitável as quebras de coerência¹³ sistemática.

A existência de contradições no «sistema jurídico» é reconhecida nas leis. A ideia de inconstitucionalidade implica obviamente esse reconhecimento. Mas, as leis também admitem contradições entre normas do mesmo nível hierárquico. Por exemplo, um facto pode ser tido por ilícito à luz de uma norma e por lícito à luz de outra. O Código Penal português (art. 31.º) diz que os factos nele descritos como crimes não são puníveis «quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade», acrescentando que não são ilícitos os factos praticados:

- a) Em legítima defesa;
- b) No exercício de um direito;
- c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou
- d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.

Outro exemplo está na figura do «conflito de deveres», sobre a qual o Código Penal (art. 36.º) determina: «Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da

autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrifica».

Julgo que o tratamento das contradições de deveres jurídicos é um aspecto que interessa especialmente às Ciências da Vida. Vou referir-me a duas situações vulgares.

Os médicos (e os demais profissionais de saúde) estão legalmente obrigados a guardar sigilo¹⁴. Esse dever, por vezes, porém, conflitua com outros deveres, nomeadamente com o dever de proteger terceiros e com o dever de testemunhar.

5.2. Sigilo médico e dever de proteger terceiros.

O primeiro tipo de conflito tem sido muito falado a propósito da(o) Sida. Abordando o conflito de deveres em causa, Costa Andrade escreve que «Hoje é praticamente consensual a licitude (...) da revelação do segredo relativo a doença grave e transmissível com vista à salvaguarda da vida e da saúde de terceiros»¹⁵. Referindo-se à Sida, concretiza o mesmo Autor: «Trata-se, é certo, duma doença cuja notícia acarreta para o seu portador custos – em estigma, distanciação social, discriminação – dificilmente sustentáveis; mas face à qual não pode deixar de se proteger a vida e a saúde de terceiros». «Por vias disso, os autores são hoje unânimes em reconhecer ao médico o direito de necessidade de informar os familiares do portador da doença que se recusa a fazê-lo bem como outros médicos ou profissionais de saúde que vão lidar com ele»¹⁶. Acrescente-se apenas que o «direito de necessidade» é uma das figuras que o Código Penal regula no já referido capítulo sobre «causas que excluam a ilicitude e a culpa», estabelecendo, sob essa designação, que:

«Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos:

- a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;
- b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e
- c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado».

5.3. Sigilo médico e dever de colaborar com a Justiça.

O segundo tipo de conflito não é tão citado, mas é também muito relevante. Como conciliar o dever de colaborar com a Justiça, nomeadamente testemunhando, e o dever de guardar segredo?

Aqui a norma legal mais relevante é o art. 135.º do Código de Processo Penal que determina que os médicos (a par dos ministros de religião, dos advogados, dos jornalistas, dos membros das instituições de crédito e das demais pessoas a quem a lei permite ou impõe que guardem segredo profissional) podem escusar-se a depor sobre os factos abrangidos pelo segredo profissional. A autoridade judiciária perante a qual a escusa seja invocada, se a entender ilegítima, pode requerer ao tribunal (ou ao tribunal da instância imediatamente superior se a invocação for perante um tribunal) que ordene a prestação do depoimento.

A prestação de testemunho com quebra do segredo profissional (o que não abrange o segredo religioso) será ordenada sempre que a referida quebra «se mostre justificada face às normas e princípios aplicáveis da lei penal, nomeadamente face ao princípio da prevalência do interesse preponderante».

Creio que a tendência dos tribunais é a de, por princípio, considerar que não se justifica a quebra do sigilo médico. Valha como exemplo uma decisão recente do Tribunal da Relação de Coimbra que considerou justificada a escusa de uma médica que invocou o segredo profissional para não depor em processo em que se averiguava a existência de um crime de aborto¹⁷.

6. *Biologia e Direito, deliberação jurídica e Bioética.*

Na sua redacção original, vigente até 1969, o §1589 do Código Civil Alemão (publicado em 1896 e entrado em vigor em 1900) determinava que um filho ilegítimo e o seu pai não valiam (não eram considerados como) como parentes.

Melhor exemplo da ruptura entre o jurídico e o biológico será difícil de encontrar¹⁸. Mas a norma em causa serve também de exemplo aos limites da lei e do legalismo.

Os juízes que aplicaram a norma não podem ter deixado de pensar não apenas na ruptura que a mesma estabelecia com a realidade biológica como – pelo menos, em certo ambiente social – no seu conflito com outras ordens normativas, *ex g.* a Moral e o Direito Natural.

Na verdade, o processo deliberativo de cada juiz envolve as suas representações da lei, mas envolve muitos outros factores, nomeadamente, as suas convicções pessoais mais profundas, as forças sociais de constrangimento e o seu domínio da linguagem¹⁹. Em matérias que contendam com a Bioética, as coisas não fugirão a este panorama. Apenas será mais nítida a influência das concepções prevalectes na sociedade e das próprias convicções do julga-

dor. Já houve quem dissesse que na prática biomédica o Direito e a Moral são gémeos siameses²⁰.

* Reconstituição da intervenção oral realizada em 8 de Fevereiro de 2001, com algumas notas suplementares.

¹ Ao longo de todo este texto, a palavra deliberação é utilizada no sentido que tem em Filosofia e não no sentido que tem na Dogmática Jurídica (o de decisão de um órgão colectivo).

² Sobre a formulação do dever de obediência à lei no Código Civil, escreveu recentemente Diogo Freitas do Amaral: «O n.º 2 do artigo 8.º, nos termos rígidos e apertados em que se acha redigido, só encontraria justificação nos quadros de um pensamento positivista extremo. No mínimo, entendo que se lhe deveria apor uma restrição: o dever de obediência à lei não pode ser afastado com fundamento na mera injustiça ou imoralidade do conteúdo do preceito legal, salvo em caso de inconstitucionalidade. Com efeito, a maior parte das situações de injustiça ou imoralidade da lei determinarão hoje em dia, quase de certeza, uma inconstitucionalidade material da norma em causa, dado o carácter abrangente e valorativo da nossa Constituição» («Da Necessidade de Revisão dos Artigos 1.º a 13.º do Código Civil», in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano I, n.º 1, 2000, p. 16).

³ Utilizo a tradução de Fernando Melro (Editorial Inquérito, 5.ª ed., p. 35).

⁴ Contam-se por milhares as obras sobre Direito Natural ou que abordam o tema. Entre as de carácter ensaístico, é de salientar, ainda hoje, o texto de Hans Kelsen que foi publicado em português sob o título *A Justiça e o Direito Natural*, com tradução e prefácio de João Baptista Machado (Coimbra, Arménio Amado, 1963). Entre as didácticas, na nossa literatura, destacam-se as páginas de Mário Bigotte Chorão, no seu livro *Introdução ao Direito* (Coimbra, Almedina, 1989, sobretudo pp. 139 segs.)

⁵ Nas reflexões que apresento neste número está muito presente o que escreveu António Castanheira Neves, in *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade*, Coimbra, Livraria Almedina, 1967, pp. 105 segs.

⁶ V. o livro XI, n.º 6 (*De la constitution d'Angleterre*).

⁷ Nas *Oeuvres Complètes*, Paris, Seuil, 1964, p. 589.

⁸ Na edição da Gulbenkian (tradução de José de Faria Costa), p. 68.

⁹ Tentei resumir o que penso sobre o assunto no meu livro *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos* (Coimbra, Almedina, 2000), a pp. 109 e segs.

¹⁰ Estou a pensar no que António Damásio escreveu no seu livro *O Erro de Descartes*, nomeadamente na frase «a redução das emoções pode constituir uma fonte igualmente importante de comportamento irracional» (p. 72 da 2.ª edição portuguesa, da Europa-América, 1994).

¹¹ Sobre esta ideia e sobre os processos de superação das antinomias aparentes, v. Norberto Bobbio, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Turim, G. Giappichelli Editore, 1960, *maxime* pp. 82 segs.

¹² V. o *De Officiis*, livro II, parágrafos 81 segs. (na edição das Edições 70, sob o título *Dos Deveres* – Lisboa, 2000 – v. p. 110).

¹³ Sobre isto, v. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Gulbenkian, 1989 (tradução de A. Menezes Cordeiro), *maxime* pp. 199 segs.

¹⁴ Já depois da minha intervenção oral que este texto reconstitui, foi publicada, entre nós, uma obra que dá um panorama actual do tratamento jurídico do segredo médico: trata-se do livro

de Carlos Neves (aliás, médico de profissão) intitulado *Bioética Temas Elementares* (Lisboa, Fim de Século, 2001, pp. 47 segs.).

¹⁵ V. *Comentário Coimbricense do Código Penal*, tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 797.

¹⁶ *Op. cit.*, pp. 797 e 798.

¹⁷ Trata-se do acórdão de 5 de Julho de 2000, publicado na Colectânea de Jurisprudência, ano XXV, tomo IV, pp. 43 e 44.

¹⁸ Karl Engisch, num livro muito famoso entre os juristas, utilizou o preceito legal em causa para abordar a falta de «naturalidade» do Direito (com tradução de João Baptista Machado, o livro está editado em português pela Gulbenkian sob o título *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tendo sido objecto de muitas edições; na 1.ª ed., de 1965, v. pp. 9 segs. e 13 segs.)

¹⁹ Há, obviamente, imensas reflexões sobre o tema. Entre as contemporâneas merecem-me uma referência especial as páginas que Ronald Dworkin (que, diga-se de passagem, é autor de um livro acerca do aborto e da eutanásia, intitulado *Life's Dominion*) dedicou ao tema no capítulo *Jurisprudence Revisited* do seu livro *Law's Empire* (Fontana Press, pp. 87 segs.).

²⁰ V. as informações e as críticas de João Carlos Loureiro, no artigo «Les Principes de la Bioconstitution du Type 'État Constitutionnel Européen'», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Universidade de Coimbra, vol. LXXV, 1999, p. 455, no texto e na nota 124.